

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

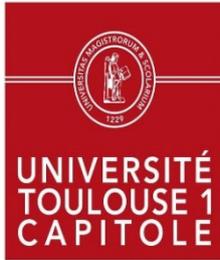
LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THESE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'université de Toulouse Capitole (UT1)

Ecole doctorale : **Sciences juridiques et Politiques**

Présentée et soutenue par

Desmond Vidor LEYO

Le 16 septembre 2021

Le mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit privé et sciences criminelles**

Unité de recherche : **IEJUC**

Directeur de thèse : Monsieur MOUSSA THIOYE Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

JURY

Rapporteur : Monsieur Ndiaw Diouf, Professeur titulaire à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Doyen honoraire de la Faculté de droit et science politique, Sénégal

Rapporteuse : Madame Ndèye Coumba Madeleine Ndiaye, Maître de conférences agrégée à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Sénégal

Suffragant : Monsieur Deen GIBIRILA, Professeur émérite de l'Université Toulouse 1 Capitole, membre du jury

Suffragant : Madame Marie Rakotovahiny, Maître de conférences HDR à l'Université Toulouse 3 Paul Sabatier, membre du jury

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières de l'auteur ».

DEDICACE

A mes très chers Papa, EDZIMVOULA Grégoire, EKANGA Dominique Xavier, AYEISSA Firmin, EKANGA Alain et IWOBA Armand, pour tous leurs sacrifices, leur amour, leur tendresse, leur soutien et leurs prières tout au long de mes études ;

A mes très chers Maman, Frères et Sœurs, LEYO Anne Sophie, LEYO Raymonde, NGALA Chantal, YOUBANGOYE Christiane, PEPA Marie Odile, TCHIMBEMBE Christian, TCHIMBEMBE Firmine, KARANGOYA Eva, TSOUAMBEMBE Jérôme, IBARA Daunal, MOROLONGO Marius, LEYO Edzims, LEYO Karitani, EDZIMVOULA Gélc YOUBANGOYE Dominique, PEPA Michel et EDZIMVOULA Annabelle, pour leurs encouragements permanents, et leur soutien moral ;

A toute ma famille pour leur soutien tout au long de mon parcours universitaire ;

Que ce travail soit l'accomplissement de vos vœux tant allégués, et le fruit de votre soutien infailible, Merci d'être toujours là pour moi.

REMERCIEMENTS

La réalisation de cette thèse a été possible grâce au concours de plusieurs personnes à qui je voudrais témoigner toute ma gratitude.

*Je voudrais tout d'abord adresser ma reconnaissance à mon directeur de thèse Monsieur le professeur **MOUSSA THIOYE** pour sa patience, son soutien, sa grande disponibilité et surtout ses judicieux conseils qui ont contribué à alimenter ma réflexion. Son exigence m'a grandement stimulé. Je désire aussi remercier les professeurs de l'université de Toulouse I et ceux de l'Institut Catholique de Toulouse, qui m'ont fourni les outils nécessaires à la réussite de mes études universitaires.*

*L'enseignement de qualité dispensé par le Master « contrats et responsabilités des professionnelles » dirigé par Monsieur **DIDIER KRAJESKI** et Monsieur **JEROME JULIEN** a également su nourrir mes réflexions et a représenté une profonde satisfaction intellectuelle, merci donc aux enseignant-chercheurs.*

*Je tiens à remercier spécialement Madame **CECILE LE GALLOU** pour le temps qu'elle a consacré à m'apporter les outils méthodologiques indispensables à la rédaction de mon mémoire.*

MERCI.

Résumé

Au sens général, le mimétisme s'entend de toute reproduction des gestes, des attitudes d'autrui.

En droit, le mimétisme est considéré comme la transposition de certaines règles juridiques d'un Etat vers un autre. Ainsi, l'objectif général de la réalisation de notre recherche vise à étudier en quoi le droit de l'OHADA est dominé par une telle pratique dans l'édiction des Actes uniformes alors que la règle de droit doit être élaborée en fonction des besoins du peuple qu'elle est destinée à régir.

La mondialisation de l'économie exige l'harmonisation des droits et des pratiques du droit. Cette exigence constitue pour des pays en développement comme les nôtres une priorité pour créer les conditions favorables à l'instauration d'un espace de sécurité juridique et judiciaire indispensable pour drainer des flux importants d'investissements, car investir est déjà en soi un risque, même s'il est calculé; s'il faut doubler ce risque premier inéluctable de celui d'un système juridique fluctuant, ondoyant et insaisissable, il n'y aura pas beaucoup de possibilités d'attirer des investisseurs. C'est dans cette optique que les Etats de l'Afrique francophone, notamment, ont pensé à juste titre élaborer une législation uniforme et moderne en vue de pallier les insuffisances et la vétusté des multiples législations nationales.

En effet, le principal point faible du dispositif mis en place par l'OHADA réside dans son éloignement des réalités socio-économiques et culturelles africaines. Or, il est écrit dans l'esprit des lois que « *les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles ont été faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre...* ». Dans le même sens, le professeur Michelle Alliot affirmait que « *le droit d'un pays est lié aux habitudes d'un peuple, à sa mentalité, à ses croyances religieuses, qu'il devrait être impossible d'appliquer aux peuples africains le droit de la France* ».

Ainsi, à l'examen de l'état de la législation de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, la plupart des textes étudiés, notamment ses Actes uniformes, montrent que le droit de l'OHADA n'a pas répondu au souci de territorialité, autrement dit, aux réalités sociales des Etats membres.

Il permet de constater que le législateur communautaire a transposé de façon « plagiaire » les prescriptions étrangères, notamment françaises, à l'occasion de ses interventions. Ce mimétisme juridique peut être expliqué, entre autres causes très diverses, par le « fait colonial » qui, quoique révolue politiquement, continue d'influencer beaucoup de pays africains dont les lois ne sont pas toujours en harmonie avec leurs réalités socio-économiques. Dans le cadre de l'OHADA, l'étude du mimétisme juridique pose la question relative à d'énormes difficultés que génère ce phénomène compliquant d'autant l'application du droit uniforme dans les pays membres.

Malgré de nombreux handicaps ou difficultés qu'il engendre, le mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA a une portée qui peut s'avérer très considérable car il est considéré comme une méthode

de construction de ce droit.

L'objectif de notre thèse est non seulement de montrer ou démontrer l'existence du mimétisme juridique dans l'espace OHADA, les faiblesses ou handicaps qu'il y présente ou qu'il y génère, les atouts qu'il peut y marquer, mais également son devenir ou son avenir en termes de vivacité.

SUMMARY

In a general sense, mimicry means any reproduction of the gestures, the attitudes of others.

In law, mimicry is seen as the transposition of certain legal rules from one state to another. Thus, the general objective of carrying out our research aims to study how OHADA law is dominated by such a practice in the issuance of Uniform Acts when the rule of law must be developed according to the needs of the people it is intended to govern.

The globalization of the economy requires the harmonization of rights and legal practices. This requirement constitutes a priority for developing countries like ours to create the conditions favorable to the establishment of an area of legal and judicial security essential to attract significant flows of investments, because investing is already a risk in itself, even if it is calculated; if this inevitable primary risk is to be doubled with that of a fluctuating, wavering and elusive legal system, there will not be many opportunities to attract investors. It is with this in mind that the States of French-speaking Africa, in particular, have rightly thought of developing uniform and modern legislation with a view to overcoming the shortcomings and obsolescence of the multiple national laws.

Indeed, the main weakness of the system put in place by OHADA lies in its distance from African socio-economic and cultural realities. However, it is written in the spirit of the laws that "the laws must be so specific to the people for whom they were made, that it is a very great chance if those of one nation can be suitable for another ...". In the same sense, Professor Michelle Alliot affirmed that "the law of a country is linked to the habits of a people, to its mentality, to its religious beliefs, that it should be impossible to apply to African peoples the law from France".

Thus, on examining the state of the organization's legislation for the harmonization in Africa of business law, most of the texts studied, notably its Uniform Acts, show that OHADA law has not addressed the concern for territoriality, in other words, the social reality of the member states.

It shows that the Community legislature has transposed plagiarized foreign prescriptions, notably French, during his interventions. This legal mimicry can be explained, among other very diverse causes, by the "colonial fact" which, although politically outdated, continues to influence many African countries whose laws are not always in harmony with their socio-economic realities. Within the framework of OHADA, the study of legal mimicry raises the question relating to the enormous difficulties that this phenomenon generates, which complicates the application of uniform law in member countries.

Despite many handicaps or difficulties it generates, legal mimicry in OHADA law has a range which can turn out to be very considerable because it is considered as a method of constructing this law.

The objective of our thesis is not only to show or demonstrate the existence of legal mimicry in the OHADA space, the weaknesses or handicaps that it presents or that it generates there, the advantages that it can mark there, but also its future or its future in terms of liveliness.

SOMMAIRE

DEDICACE	Erreur ! Signet non défini.
SUMMARY	Erreur ! Signet non défini.
TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	Erreur ! Signet non défini.
INTRODUCTION GENERALE	Erreur ! Signet non défini.
PREMIERE PARTIE :.....	Erreur ! Signet non défini.
LES MANIFESTATIONS DU MIMETISME JURIDIQUE DANS LE DROIT DE L'OHADA	Erreur ! Signet non défini.
TITRE I :.....	Erreur ! Signet non défini.
LE DROIT FRANÇAIS : UNE VERITABLE SOURCE D'INSPIRATION POUR LE LEGISLATEUR OHADA	Erreur ! Signet non défini.
CHAPITRE I :.....	Erreur ! Signet non défini.
LE MANQUE D'ORIGINALITE DU LEGISLATEUR OHADA DANS L'ELABORATION DES ACTES UNIFORMES.....	Erreur ! Signet non défini.
Section 1 : La reproduction conforme des principes de base des lois, jurisprudence et doctrine françaises par le législateur communautaire	Erreur ! Signet non défini.
Section 2 /Rapport d'inclusion entre le droit OHADA et le droit français : preuve une nouvelle fois du mimétisme juridique	Erreur ! Signet non défini.
CHAPITRE II	Erreur ! Signet non défini.
LES RAISONS DU CHOIX : POURQUOI UNE INSPIRATION DU DROIT FRANÇAIS ?	Erreur ! Signet non défini.
Section 1 : Le facteur historique	Erreur ! Signet non défini.
Section 2 / Le rôle considérable joué par la France et /ou les juristes français dans l'initiation, le financement et l'élaboration des règles du droit africain des affaires : l'un des facteurs du mimétisme juridique	Erreur ! Signet non défini.
Section 3 / L'inspiration du droit français par le législateur communautaire : source d'un climat de confiance propice au développement dans l'espace OHADA	Erreur ! Signet non défini.
B- La perception de l'OHADA dans les provinces anglophones du Cameroun	Erreur !
Signet non défini.	
TITRE II :.....	Erreur ! Signet non défini.
LA PART DES AUTRES SOURCES D'INSPIRATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE	

..... **Erreur ! Signet non défini.**

CHAPITRE I : **Erreur ! Signet non défini.**

L'INSPIRATION DU LEGISLATEUR OHADA DES NORMES INTERNATIONALES .. **Erreur ! Signet non défini.**

Section 1 : L'inspiration du législateur OHADA des principes UNIDROIT et des règles de la convention relative au transport international de marchandises par route **Erreur ! Signet non défini.**

Section 2 : La présence des règles ou dispositions de la Convention de Vienne et de la CNUDCI dans les Actes uniformes OHADA **Erreur ! Signet non défini.**

CHAPITRE II : **Erreur ! Signet non défini.**

L'INSPIRATION DU LEGISLATEUR COMMUNAUTAIRE DES REGLES DU DROIT INTERNE DES PAYS MEMBRES ET DES CELLES DE LA COMMON LAW **Erreur ! Signet non défini.**

Section 1 : L'intégration des règles du droit interne des pays membres dans le corpus législatif OHADA **Erreur ! Signet non défini.**

Section 2 : L'inspiration du législateur OHADA des règles de la Common Law **Erreur ! Signet non défini.**

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE **Erreur ! Signet non défini.**

DEUXIEME PARTIE : **Erreur ! Signet non défini.**

L'ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DES REALITES SOCIO-ECONOMIQUES ET CULTURELLES DES PAYS MEMBRES DE L'OHADA DANS L'ELABORATION DES ACTES UNIFORMES PAR LE LEGISLATEUR COMMUNAUTAIRE..... **Erreur ! Signet non défini.**

TITRE I : **Erreur ! Signet non défini.**

LA FAIBLE INTERVENTION DU LEGISLATEUR OHADA DANS CERTAINES PRATIQUES CONTRACTUELLES D'AFFAIRES DANS LES RELATIONS FAMILIALES **Erreur ! Signet non défini.**

CHAPITRE I : **Erreur ! Signet non défini.**

LA SITUATION DU CONJOINT DU CHEF D'ENTREPRISE AU REGARD DE L'ACTIVITE DE L'ENTREPRISE DANS L'ESPACE OHADA **Erreur ! Signet non défini.**

Section 1 : L'absence de reconnaissance du statut de l'époux du commerçant, du chef d'entreprise ou de l'entrepreneur par le législateur communautaire **Erreur ! Signet non défini.**

Section 2 : La nécessité de protection du conjoint du commerçant par les règles du droit communautaire et les conditions d'accès aux statuts par rapport au mode de conjugalité du couple **Erreur ! Signet non défini.**

CHAPITRE II : **Erreur ! Signet non défini.**

LA POLYGAMIE ET L'ABSENCE DE CONSECRATION DE LA NOTION DE COEPOUSE

DANS LES ACTES UNIFORMES	Erreur ! Signet non défini.
Section 1 : La conception monogamiste du droit OHADA dégagée par l'Acte uniforme relatif au droit commercial général sur le commerçant	Erreur ! Signet non défini.
Section 2 : Les activités économiques comme l'un des facteurs explicatifs de la polygamie justifiant ainsi, la nécessité de prise en compte du régime matrimonial des acteurs économiques par le législateur OHADA.....	Erreur ! Signet non défini.
TITRE II :	Erreur ! Signet non défini.
LES ENTREPRISES DU SECTEUR INFORMEL, UNE SPECIFICITE LOCALE MAL PRISE EN COMPTE PAR LE LEGISLATEUR COMMUNAUTAIRE.....	Erreur ! Signet non défini.
CHAPITRE I :	Erreur ! Signet non défini.
LA CCJA, UNE JURIDICTION REGIONALE INADAPTEE AU SECTEUR INFORMEL, AUX TPE ET AUX PME ; LE DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES INAPPROPRIE AU SECTEUR INFORMEL	Erreur ! Signet non défini.
Section 1 : Le droit des procédures collectives inapproprié au secteur informel, le secteur informel, le grand exclu du règlement judiciaire des difficultés de l'entreprise	Erreur ! Signet non défini.
Section 2 : Les lourdes contraintes et inquiétudes d'une portion de citoyens OHADA liées à la saisine de la CCJA	Erreur ! Signet non défini.
CHAPITRE II :	Erreur ! Signet non défini.
LES FAIBLESSES, LES ATOUTS ET L'AVENIR /LE DEVENIR DU MIMETISME JURIDIQUE DANS LE DROIT OHADA	Erreur ! Signet non défini.
Section 1 : Les faiblesses et les atouts du mimétisme juridique dans le droit OHADA.....	Erreur ! Signet non défini.
Section 2 : L'avenir ou le devenir du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA	Erreur ! Signet non défini.
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	Erreur ! Signet non défini.
BIBLIOGRAPHIE	Erreur ! Signet non défini.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

Aff. : Affaire (s)

Al: Alinéa (s)

Art : Article (s)

AU : Acte uniforme

AUA : Acte uniforme relatif à l'arbitrage

AUCTMR : Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par la route

AUDCG ou AUDC : Acte uniforme portant droit commercial général

AUPC ou AUPCAP : Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif

AUVE ou AUPSRVE : Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

AUS : Acte uniforme portant organisation des suretés

AUSC ou AUSCGIE : Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique

CA : Cour d'Appel

C.C.J.A. : Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

C.civ. : Code Civil

C.com. : Code de Commerce

Civ.1^{re}, 2^e, 3^e : Cour de Cassation, 1^{re}, 2^e, 3^e chambre civile

CMR : Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route du 16 mai 1956

C.P.C : Code de procédure Civile

CRIM : Cour de cassation, chambre criminelle

CVIM : Convention de Vienne (des Nation Unies) sur les contrats de vente internationale de marchandises

D : Recueil Dalloz

D. Aff : Recueil Dalloz affaires

ERSUMA : Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature

GIE : Groupement d'Intérêt Economique

J.O. OHADA : Journal officiel de l'OHADA

J.P : Juridis périodique

JCP : Jurisclasseur périodique

JCP éd. A : Jurisclasseur périodique, Semaine juridique, édition affaires

JCP éd. G ou JCP.G : Jurisclasseur périodique. Semaine juridique, édition générale

OAPI : Organisation Africaines de la Propriété Intellectuelle

OHADA : Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires

Ohadata : Base de données doctrinale et jurisprudentielle de l'association UNIDA sur le droit OHADA

Pén ou Pénant : Revue de droit des pays d'Afrique

PUA : Presse universitaire d'Afrique

PUF : Presse universitaire de France

RACCJA : Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

RCCM : Registre du commerce et du crédit mobilier

RCS : Registre de commerce et des sociétés

RAI : Revue du droit des affaires internationales

Recueil CCJA : Recueil de jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA

Réf : Référé

Rép.civ.Dalloz : Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil

Rev : Revue

Rev.Arb. : Revue de l'Arbitrage

Rev.dr.Unif : Revue de droit uniforme

Rev.Proc.Coll : Revue des procédures collectives

Rev.Sociétés : Revue de droit des sociétés

RJ. Com : Revue de jurisprudence commerciale

RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires

RPCCJA : Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

RTD civ : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com : Revue trimestrielle de droit commercial

SCS : Société en commandite simple

Soc : Arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle

T.G.I : Tribunal de grande instance

T.P.I : Tribunal de première instance

Trib.com : Tribunal de commerce

INTRODUCTION GENERALE

Au tournant des années 1870, la France, comme d'autres puissances européennes, s'engage dans une politique de conquêtes coloniales, principalement en Afrique subsaharienne et en Asie, où elle s'assure le contrôle de la péninsule indochinoise. Comme pour ses principaux concurrents (Angleterre, Allemagne, Belgique, Italie etc.) cette politique ouvre une ère nouvelle dans l'histoire de la colonisation. Celle-ci, était en effet, précédée par l'esclavage dont le but était de capturer des esclaves en Afrique et les déporter vers les plantations des Antilles et des Amériques.

L'abolition de la traite par le congrès de Vienne, puis de l'esclavage par l'Angleterre en 1834, par la France en 1848, d'une part, la conquête définitive de l'Inde par l'Angleterre d'autre part, vont profondément modifier ce système et faire émerger une nouvelle conception : « la colonisation territoriale » qui se traduit par le contrôle complet des territoires conquis, la mise en place d'une administration militaire et civile et la volonté de tirer un profit économique de ces territoires.

La vie sociale en Afrique précoloniale était caractérisée par la dynamique des groupes sociaux qui s'articulaient plus autour du respect de la coutume et des modèles de comportements. Cette dynamique des groupes sociaux a contribué largement à assurer et à maintenir la cohésion ainsi que l'harmonie dans la société africaine. N'est-ce pas la finalité de tout ordre juridique ?

Les coutumes africaines, à l'époque précoloniale, étaient extrêmement nombreuses et variées. Elles se distinguaient d'une communauté à une autre et d'une ethnie à une autre. Les différences peuvent être liées à divers facteurs tels que la langue, la proximité, l'origine, l'histoire, la structure sociale et l'économie. Par exemple, le système de droit coutumier d'un groupe ethnique dans une ville peut être différent de celui d'une ville voisine, même si les deux groupes parlent la même langue. Mais les règles de droit qui découlaient de ces coutumes, présentaient certaines caractéristiques communes à tous les groupes ethniques. Ces traits communs, qui sont reconnus par de nombreux auteurs, confirment indirectement l'unité profonde du fonds coutumier africain. Ce qui permet de différencier ce droit des autres systèmes notamment occidentaux.

Toutefois, le mode de l'organisation sociale de l'Afrique précoloniale est tombé en désuétude en raison du contact avec le monde occidental.

En effet, l'Afrique noire a connu deux systèmes de colonisation : le système britannique d'administration indirecte et le système des pays latins (France, Espagne, Belgique...) d'assimilation des peuples indigènes. Mais dans les deux cas l'objectif et le résultat étaient les mêmes. Il s'agissait d'aboutir à une domination culturelle, politique, économique et juridique des peuples africains. L'avènement de la colonisation a, tout simplement, eu pour conséquence l'imposition d'un nouveau

système de droit pour assurer la réalisation de ces objectifs et la régression du droit traditionnel africain.

Pour réussir à changer les structures socio-économiques africaines le droit était l'outil incontournable. Les réformes entreprises dans ce sens ont abouti à la dénaturation pure et simple du droit coutumier déjà en place. Désormais, le droit coutumier africain cessera d'être uniquement paysan, avec l'introduction de nouveaux droits jusque-là méconnus tels que le droit des sociétés, le droit du travail, le droit commercial particulièrement les effets de commerce, le droit maritime etc. Le droit ne sera plus le fruit de la volonté des anciens mais celle du colonisateur qui cherche à imposer sa législation jugée supérieure au droit coutumier.

Par ailleurs, le régime des terres se transforme. La propriété individuelle se développe au détriment de la propriété collective. Les ventes foncières deviennent, en conséquence, possibles. Le droit ne vise plus à protéger la communauté ou le groupe, mais l'individu en tant que réalité isolée et autonome. Une conception individualiste inspirée des droits européens a été imposée aux pays colonisés au mépris des valeurs ancestrales fondées sur la solidarité et la vie communautaire.

Ainsi, la colonisation dont le fondement principal était prétendument d'apporter la « civilisation » au continent qualifié par « un européen de culture général » d'un pays désolé, d'un continent des fièvres, auquel ne pouvaient s'adapter que les aventuriers et les missionnaires, un continent où les indigènes étaient considérés comme des « barbares »¹, un continent des « laissés-pour compte », de la misère et de la pauvreté, le continent que les jeunes désespérés fuient en masse au péril de leur vie, le continent des zones grises occupée par des bandes armées enquêtes d'enlèvement, le continent aux rives hostiles parcourues par des pirates extrêmement déterminés, le continent nouveau foyer du terrorisme, le continent frappé de catastrophe et de guerre, le continent de l'assistance internationale et de l'aide humanitaire, a entraîné la destruction des structures sociales, culturelles, religieuses, politiques et économiques des sociétés africaines. Avec la colonisation, le droit coutumier s'est retrouvé dans une situation précaire. Les pays africains sont placés dans une situation de dépendance pure et simple par rapport au colonisateur et, en conséquence, leurs droits cessent d'être des droits autonomes. La création même du droit revient à l'autorité coloniale étrangère dont les normes, les rapports juridiques ainsi que les sources de droit n'ont aucun lien sinon très peu, avec les nécessités africaines.

Au moment de la décolonisation, l'entreprise coloniale avait achevé sa mission dite « civilisatrice ». La décolonisation n'a pas permis aux colonisés de revenir sur leurs anciennes structures d'organisation sociale, politique et économique.

1

A. CESAIRE : Y'a-t-il une civilisation Africaines ? Texte d'une conférence donnée en Italie dans le cadre des programmes de l'Associazione Culturale Itallana en janvier 1962.p.16.

Les valeurs africaines ont été bannies et reléguées au second plan. Il fallait adopter la façon de faire et de vivre du modèle occidental à travers la politique d'assimilation imposée par le colonisateur².

Lors de l'indépendance des nouveaux États africains, il fallait suivre la logique tracée et laissée par le colonisateur. C'est ainsi que sur le plan juridique, ces nouveaux États africains ont adopté divers textes de droit dont la caractéristique fondamentale est le « **mimétisme** » juridique du modèle occidental. Comme l'a indiqué **R. GERALD** : « l'imitation plutôt que l'innovation est l'essence de l'homme »³.

Il est opportun de souligner que, avec les indépendances, les nouveaux États africains étaient confrontés à un problème de choix. Certains États étaient pour une décolonisation totale de leurs droits, d'autres cédaient au réflexe du « **mimétisme** » du système juridique de l'ancienne métropole.

Les notions de mimétisme⁴, d'influence⁵, de réception, d'inspiration qui sont utiles à l'explication du phénomène « d'imitation » sont quasiment inconnues du répertoire sémantique du juriste⁶. Il en est de même du terme « influence » qui est utilisé dans le cadre d'études menées sur l'imprégnation d'un droit national par un droit supranational⁷. À être utilisé dans trop de sens, ce dernier terme devient vide de sens.

C'est pourquoi la notion de mimétisme qui comprend la dimension « imitation » du phénomène peut être pertinente.

² R. GOUÉMO : *Le Congo-Brazzaville de l'état postcolonial à l'état multinational*. Ed, l'Harmattan, fév.2004.

³ R.GERALD, *les origines de la culture*, éd. Desclée de Brouwer, 2004.

⁴ Sur le terme : J. REILLER, « Régulation administrative, régulation judiciaire...régulation globale ? », *justice*, n°1,2000, pp.71-80. Pour l'emploi du terme pour décrire le phénomène d'importation du droit étranger : D.ABARCHI, « problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Revue du droit des pays d'Afrique (Penant)*, n°842, pp.88-105.

⁵ Voir É. GRIMAUX, *L'influence du droit anglo-américain sur les valeurs mobilières émises par les sociétés anonymes en droit français*, 2004, Litec, 447 p. ; S. ROZYCKI, *L'influence du constitutionnalisme français sur la constitution polonaise du 17 mars 1921*, les presses modernes, 1930, Dr Th Paris, 1930.

⁶ Sur ces difficultés terminologiques, voir W. WIEGAND, « The reception of american Law in Europe », *American Journal of Comparative Law*, n°39, 1991. Cf. également C-M. HERRERA, « Les conditions d'impositions et de succès du paradigme Kelsenien », in : D. ROUSSEAU (dir.), *le droit dérobé*, CERCOP, 2003.

⁷ Exemples : M. GAUTIER, *L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures*, Bruylant, 2003,707 p. ; H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, PUAM, 2002,573 p. ; L. LEVOYER, *L'influence du droit communautaire sur le pouvoir financier du parlement français*, LGDJ, 2002,451p.

La notion de mimétisme peut revêtir plusieurs sens. Elle peut consister dans le règne végétal ou animal en une capacité à se confondre avec des éléments d'une autre espèce, mais elle peut aussi s'agir d'une reproduction involontaire du comportement d'autrui.

En droit, on pourrait définir le mimétisme comme la transposition d'une norme ou d'un texte juridique d'un État vers un autre, une exportation plus ou moins consciente et plus ou moins complète.

Partant de cette définition, peut-on affirmer l'existence du mimétisme ⁸ juridique dans le droit africain ?

Le mimétisme juridique est une réalité bien africaine. L'introduction des droits occidentaux en Afrique, par le biais de la colonisation au départ, est à l'origine de cette tendance. Elle est devenue depuis lors un phénomène de mode apprécié par les États africains.

Ainsi, l'objectif général de la réalisation de notre recherche vise à étudier en quoi le droit de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) est aussi à son tour dominé par une telle pratique dans l'édiction des actes uniformes alors que la règle de droit doit être

élaborée en fonction des besoins du peuple qu'elle est destinée à régir ⁹.

Il est clair que ces cinq décennies d'indépendance politique des États d'Afrique noire, en particulier membres de l'OHADA n'ont en rien brisé les chaînes de la dépendance juridique à l'égard de l'ancien colonisateur. Ainsi, si les colonisations ont par les droits impériaux, transmis des systèmes juridiques à majorité européens, les décolonisations n'ont pas toujours eu pour conséquences de renier cette influence juridique bien au contraire. Si la colonisation en Afrique (notamment Francophone) a vu le droit français coexister avec le droit coutumier ou musulman pour au final être de plus en plus supplanté par ce dernier suite à l'indépendance, le droit OHADA a su conserver la majorité des acquis apportés par l'ancien envahisseur de ses États membres. Aujourd'hui l'héritage français demeure bien présent.

8

*Au demeurant, le terme mimétisme comporte des origines et des significations multiples et fait intervenir différentes disciplines des sciences sociales, allant de la sociologie (R. Callois, *le mythe et l'homme* Gallimard, 1987, spéc.ch.1ere; G.TARDE, *les lois de l'imitation*, F.Alcan, 1890 « édition fac-similé, Elibron Classics, 2005 ».) et de l'anthropologie (M.TAUSSIG, *Mimesis and Alterity : A particular History of the Senses*, Londres, Routledge, 1993) aux relations internationales (N.POLAT, *international relations, Meaning and Mimesis*, Londres, Routledge, 1993.).*

Aristote nous enseigne que l'imitation se loge au cœur de la culture. « L'homme se diffère des autres animaux en ce qu'il est plus apte à l'imitation (Aristote, Poétique, livre 4, p.1448b.).

*Le mimétisme produit des représentations altérées ou (re) travaillées, ou encore des imitations exagérées -mais il y'a toujours une ressemblance, de même qu'un processus de recreation (S.VINOLO, R. GERALD, *du mimétisme à l'harmonisation : "la violence différante"*, éd. le harmattan, 2006. Dans le champ des sciences sociales, le mimétisme est recouvert, avant tout, part le qualificatif mimétique: on doit à B.WALTER, R. GIRALD ou encore M. TAUSSIG l'élaboration d'un outillage conceptuel, de la capacité mimétique (mimetic faculty) à l'excès mimétique (mimetic excess, voire vertigo), en passant par le conflit mimétique ou encore la crise mimétique.*

9

La transposition d'un système étranger surtout en droit des affaires, présente rapidement des limites pour des raisons diverses : contextes économiques différents, composition spécifique des juridictions commerciales, environnement culturel divers.

En effet, quelle que soit la parenté des sources, quelle que soit le caractère prégnant du mimétisme juridique, le législateur ne peut pas se limiter à un seul modèle sans avoir eu en tout cas, intégré consciemment dans la genèse de ses textes une analyse lucide des insuffisances, des imperfections et des modifications les plus récentes .tel est le cas de l'OHADA qui ne s'est pas vraiment dégagé du passé colonial des États membres dont elle garde des traces nettes.

Jusqu'à présent, le législateur africain ou OHADA en particulier a simplement adopté des règles (en particulier dans le domaine du droit des affaires) approuvées dans le pays de l'ex-colonisateur et a utilisé les mêmes outils pour légiférer. Il a essentiellement transposé les textes élaborés par un législateur européen notamment français en pratiquant seulement un maquillage et laissant le fond inchangé.

Les juristes africains ou le législateur communautaire en particulier qui adoptent le modèle occidental ont tendance à copier le modèle à partir duquel ils ont été formés, car peut-être ils pensent qu'il est le meilleur.

Bien que meilleure ou encore porteuse d'une importante crédibilité aux Etats membres en matière des affaires sur la scène internationale comme le soulignent certains auteurs, l'OHADA n'a pas mis fin au mimétisme juridique qui a prévalu jusqu'à là dans les États Africains.

Il est bon temps, en matière juridique d'insister sur les spécificités nationales (africaines) car s'il y a un domaine où les particularismes culturels, les identités ethniques, les valeurs religieuses sont censées s'exprimer, c'est bien celui de la législation. Les législateurs africains doivent rédiger des textes originaux, adaptés aux pays auxquels ils s'appliquent, fondés sur le refus de tout modèle. Les convergences avec d'autres systèmes juridiques sont regardées avec méfiance par certains acteurs de droit, accusées de relever d'un mimétisme réducteur¹⁰, considéré comme la marque d'un manque d'indépendance, presque comme une trahison par rapport aux besoins d'une population africaine légitime attachée à ses coutumes et à ses pratiques ancestrales, celles qui ont fait leur preuve.

L'on aurait pu s'attendre avec l'indépendance à une volonté affirmée de rompre avec l'influence française et de profiter de la pleine souveraineté conquise pour se doter d'un système législatif autonome, intégrant les spécificités nationales (africaines) ce que la plupart des observateurs accusaient les autorités françaises de ne pas avoir assez prise en compte. En Afrique francophone, l'ensemble des codes hérités de la colonisation sont modernisés ou remplacés, mais sans perdre le contact avec la référence française conçu comme un utile point de comparaison que ce soit pour s'en

10

Une critique nuancée du « mimétisme » juridique dans le monde, dans les politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet, Paris 1993. Sur L'« hybridation » ou le « métissage », également pour en dénoncer les dangers mais surtout et d'une façon générale, sur la « compétition juridique » dans le monde, cf. O. DUTHEILLETY DE LAMOTHE et M-A. DE LATOURNERIE, l'influence internationale du droit français, Paris 2001.

inspirer ou pour s'en démarquer.

En effet, avant d'aller dans le vif de notre travail, quelques rappels paraissent devoir être concernant l'idée de la création d'une organisation chargée d'harmoniser le droit des affaires en Afrique, les institutions qu'elle regroupe, les domaines dans lesquels elle intervient ainsi que les instruments juridiques mobilisés pour la matérialisation du droit uniforme OHADA.

Le Traité OHADA

C'est le 17 octobre 1993 que l'OHADA a été mis sur pied par le Traité de Port Louis. Ce dernier a été révisé le 17 octobre 2008 en marge du sommet de Québec.

L'avènement du projet.

L'idée de la création de l'OHADA a pris corps en avril 1991 à Ouagadougou.

Suite aux observations formulées par des opérateurs économiques ainsi que par les acteurs de la vie professionnelle, les ministres des finances de la zone franc ont décidé d'organiser une réflexion sur la faisabilité d'une harmonisation progressive du droit des affaires suite à un ralentissement des investissements constatés dans leur région ou leurs pays respectifs ayant entraîné un impact négatif sur les programmes de développement économique dans chacun de leur pays.

L'initiative est lancée officiellement à Paris, en octobre de la même année, à l'occasion de la réunion des ministres des finances de la zone franc.

Ainsi, il a été demandé à la France de financer une mission d'une importance capitale dont l'objet était d'établir un diagnostic des difficultés et préconiser des remèdes.

.La mission de faisabilité.

Composée de sept membres, la responsabilité de cette mission a été confiée à Keba MBAYE, juriste sénégalais de grande renommée, ancien vice - président de la cour internationale de justice de la Haye, décédé en 2007.

Au cours d'une première étape, au printemps 1992, la mission consistait non seulement à informer et consulter les plus hautes autorités des Etats de la zone franc sur les principes essentiels du projet, mais également à prendre contact avec les dirigeants des entreprises et des acteurs de la vie professionnelle.

Le 17 septembre 1992, Keba MBAYE présente le rapport de la mission devant les ministres des finances des Etats de la zone franc. Ceux-ci en approuvent tous les termes et adhèrent définitivement

11

Sur les codes promulgués après l'indépendance : H. EL.OUFIN « la codification du droit Marocain » A. BOUDAHRAIN, « la technique législative marocaine en question ».

au projet. Ils donnent également toute orientation utile à la poursuite des travaux.

Lors de la conférence des chefs d'Etats et de délégations de France et d'Afrique tenue à Libreville les 5 et 6 octobre 1992, M. Abdou Diouf, président de la république du Sénégal, rend un rapport qui expose l'économie générale du projet, consistant pour l'essentiel à améliorer l'environnement juridique des entreprises en remédiant à l'insécurité juridique et judiciaire.

Après l'adoption de ce rapport, le communiqué final de la conférence approuve le projet et décide sa mise en œuvre immédiate. Cette même conférence d'octobre 1992 décide également de constituer un « directoire » de trois membres pour la mise en œuvre du projet. Ce directoire est composé de Keba MBAYE, président, Martin KIRSCH et Michel GENTOT.

La mission du directoire.

Sur la base de l'inventaire comparatif des textes en vigueur, des experts travaillant sous la responsabilité du directoire ont élaboré des avant-projets d'harmonisation. Leur objectif rédactionnel était de privilégier la formulation juridique commune la plus simple, la plus moderne, la mieux adaptée et donc la plus efficiente.

La détermination des domaines d'intervention.

Dans le respect des grands objectifs du projet, diverses matières sélectionnées par la conférence des présidents ont fait l'objet d'une harmonisation selon une méthode de travail fondée sur la concertation.

a) Les objectifs.

Pour ce qui concerne les objectifs, Il est apparu nécessaire de sauvegarder les avantages attendus de l'OHADA, tels qu'ils avaient été présentés lors de son lancement :

- La facilitation des échanges et des investissements ;
- La garantie de la sécurité juridique et judiciaire des activités des entreprises ;
- L'encouragement recours à l'arbitrage et aux autres modes de règlement amiable des différends.

Le droit de l'OHADA est ainsi utilisé, pour propulser le développement économique et créer un vaste marché intégré enfin de faire de l'Afrique, un pôle de développement.

b) Les matières susceptibles d'être harmonisées.

Concernant les matières susceptibles d'être harmonisées, KEBA MBAYE et son équipe ont travaillé sur la base du rapport du président Abdou Diouf, qui indiquait la liste des matières susceptibles d'être harmonisées, précisant ainsi le « périmètre » de l'OHADA, à savoir :

- Le statut juridique des commerçants et des entités ayant une activité économique ;
- Le droit des sociétés ;

- Le droit des transports ;
- Le droit de la vente des marchandises ;
- Le droit des suretés ;
- Le droit du recouvrement des créances ;
- Le droit des procédures collectives ;
- Le droit de la concurrence ;
- Le droit de l'arbitrage ;
- L'information financière.

Le droit du travail avait été ajouté à cette liste déjà conséquence, en considération de ses liens étroits avec le droit des affaires.

La nécessité économique de sécuriser les rapports de droit-

Après avoir consulté les plus hautes autorités des pays de la zone franc et contacter les dirigeants des entreprises et acteurs professionnels, le directoire a mis en évidence un constat unanime, émanant de ces derniers : celui d'une grande insécurité liée au droit des affaires, insécurité juridique d'une part (1), insécurité judiciaire d'autre (2).

1) L'insécurité juridique. - Ses causes sont connues de longue date et ses conséquences peuvent être très préjudiciables au développement économique, notamment à l'égard de certains secteurs comme le secteur bancaire.

a) *Définitions et sources.* - On appelle ici « insécurité juridique » la situation d'incertitude dans laquelle peut se trouver un opérateur économique sur l'issue d'une éventuelle procédure à laquelle il pourrait être partie, et son impuissance à infléchir le cours de la justice dans le sens de l'équité si besoin était. Cette situation résultait de la confusion qui régnait dans les sources du droit, insuffisamment fiables : il est en effet difficile d'échapper aux multiples inconvénients d'un droit inadapté.

S'agissant de la loi, si les textes sont trop anciens, ils s'appliquent mal à des situations contemporaines par définition. D'autre part, leur rédaction peut être plus récente, mais viciée ou inopérante pour diverses raisons : insuffisance des recherches d'antériorité lors de la rédaction, défaut de décret d'application s'il en a été prévu par la loi, conflit du texte nouveau avec d'autres non abrogés ou non modifiés, défaut de publication au *journal officiel défailant*...

S'agissant de la jurisprudence, c'est le défaut de publication (presque générale) qui constitue un obstacle majeur. Cette carence fait obstacle à la construction d'une jurisprudence africaine fiable en tant que source de droit.

Bref, la sédimentation désordonnée des sources du droit, sans que l'on sache toujours laquelle est véritablement applicable, la confusion des textes et les conflits entre textes, les incertitudes même sur

le droit applicable, ce cumul de facteurs avait créé une insécurité juridique récurrente.

12

b) *Enjeux économiques.*- Or, il est constant que la « sécurité juridique » fait partie intégrante des préoccupations légitimes des opérateurs économiques désireux d'investir, ou à la recherche d'un lieu d'implantation d'entreprise, ou en quête d'un marché pour leur produits, ou encore de main-d'œuvre pour leur fabrications. Les décisions d'investissement, qui procèdent avant tout de la confiance des investisseurs, sont largement conditionnées par ces considérations. On comprend que la situation qui vient d'être décrite ait pu constituer un facteur de réticence justifiée de leur part, donc d'isolement de la région, qui se trouvait ainsi pénalisée par rapport à d'autres régions plus attractives sur ce point.

Les conséquences du sous-investissement corrélatif sont incalculables.

En outre, les décisions d'assistance au développement ou de coopération, prises par les bailleurs de fonds internationaux dont dépend souvent la situation économique des pays concernés, peuvent également être influencées par un contexte d'insécurité juridique et judiciaire.

A l'intérieure même des pays concernés, cette insécurité est un facteur déterminant des difficultés bien connu du secteur bancaire. Les exemples de responsable bancaire déroutés par inefficacité de leurs garanties ou de leurs actions en recouvrement de créances sont malheureusement légion. Il en va de même pour l'efficacité, à l'inverse surprenante, de certaines actions en responsabilité engagées contre les banques. On sait que ce contexte judiciaire a pu contribuer aux récents sinistres du secteur bancaire africain, privé ou institutionnel.

Sans doute serait-il très abusif d'imputer la responsabilité de toutes les défaillances bancaires

12

Conseil d'Etat, rapport public 1991- De la sécurité juridique, La Documentation française, 1991 ; Conseil d'Etat, rapport public 2006-sécurité juridique et complexité du droit, La documentation française, 2006.

V.not. M. FROMONT, le principe de sécurité juridique, ADJA 1996, 178, Lagarde, Jurisprudence et insécurité juridique, D.2006, 678 ; B. BONNET, L'analyse des rapports entre administration et administrés au travers du prisme des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, RFDA 2013, 718V. Not. M.HEERS, la sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ? RFDA 1995, 963 ; B. PACTEAU, la sécurité juridique un principe qui nous manque ?

La sécurité juridique est une notion protéiforme déjà reconnue depuis le droit romain à travers « ses deux sous-principes d'orientation et de réalisation (J.M. DOULAS de ROUSSEL et P. RAIMBAULT, « Nature et racine du principe de sécurité juridique : une mise au point », RIDC 1-2003, cité par M. PINAULT et R. LAFARGUE, « incertitude et insécurité juridique » dans le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude, p.11.).La « certitudo » qui est la boussole du sujet de droit, son guide face à des choix en univers incertain. La « securitas » qui est le respect de la règle et du contrat, leur effectivité. C'est le fait que l'autorité en assure pratiquement la mise en œuvre et ne vienne pas les modifier par son arbitraire ou son bon plaisir. Au-delà de la polyvocité (l'expression est empruntée à M. BOUDOT, le slogan sécuritaire : rapport final du Xème congrès de l'association internationale de méthodologie juridique, La revue du Notariat, Vol.110,sep. 2008,p717.L'auteur utilise aussi la métaphore d'un « palimpseste » pour parler de la sécurité juridique) des concepts (sécurité, sûreté, certitude,...) juridiques, elle a pu être synthétiquement énoncée par T. PIAZZON comme « l'idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridique de leurs actes ou comportements, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation ».

Au-delà de ces définitions quelque peu savantes, on peut caractériser l'insécurité juridique à travers la situation prévalant avant l'avènement de l'OHADA. En effet, le caractère disparate des textes, l'impossibilité pour le justiciable de connaître sans efforts considérables et dispendieux bien souvent le contenu de la législation applicable à une situation, le caractère incomplet des textes sont autant d'éléments générateurs d'insécurité juridique.

africaines de ces dernières années aux seules carences du droit des sûretés ou droit des entreprises en difficultés, ou de recouvrement des créances. On n'ignore pas que la responsabilité du secteur public, en charge de la gestion de nombreux établissements sinistrés, et les conditions même de distributions du crédit étaient principalement en cause.

Cependant, la « contribution négative » des faiblesses législatives et jurisprudentielles à ces drames économiques est indéniable, même si elle n'est qu'indirecte.

La conséquence en est aujourd'hui que le secteur bancaire ne sort que lentement d'une certaine réserve, en proie à une crise de confiance dans l'attente d'une meilleure efficacité de ses garanties, de ses éventuelles actions en recouvrement, et d'une vigilance accrue des magistrats en cas de mise en jeu de la responsabilité bancaire.

La clarification et la modernisation des règles et procédures du droit des affaires sont donc des conditions de sécurisation des crédits bancaires ; celle-ci détermine à son tour la solidité des systèmes bancaires, elle-même condition de la confiance qu'ils peuvent inspirer pour le drainage et la mobilisation de l'épargne. Lesquels donnent aux banques les moyens de financer la croissance espérée. Il s'agit donc là d'une exigence aux répercussions macro-économiques considérables, compte tenu notamment des limites du secteur financier informel dans ce domaine.

2) L'insécurité judiciaire. - Il est plus délicat d'exprimer les causes de l'insécurité judiciaire, dont les conséquences négatives sur l'économie sont globalement identiques à celles de l'insécurité juridique.

a) Définition et manifestation. - Domaine plus sensible, l'insécurité dite judiciaire résulte d'une incertitude, très critiquable et que personne ne conteste, pesant sur l'issue de toute action en justice.

La qualité du travail de la justice, dans la région, est souvent contestée. Cela résulte de facteurs divers mais convergents, parmi lesquels on cite, à juste raison, le plus souvent :

- La saturation des juridictions ;
- Leurs moyens limités ;
- Le statut et la rémunération des magistrats ;
- La nécessité de mettre à jour leur formation.

L'insécurité judiciaire se manifeste de façons très diverses : décisions contestables, décisions en délibéré depuis plusieurs années, exécutions impossibles, négligences diverses, méconnaissance des règles de déontologie, accueil des moyens dilatoires les plus évidents et renvois à répétition qui finissent par décourager les demandeurs de bonne foi... A noter que ces reproches peuvent aussi s'adresser à des axillaires de justice négligents, voire peu scrupuleux.

Il faut admettre également que l'insécurité juridique dont il vient d'être question pouvait en quelque sorte nourrir l'insécurité judiciaire. En effet, en laissant perdurer les facteurs de confusion entre

sources du droit applicable, on abandonne au magistrat un champ d'appréciation personnelle débordant de son cadre usuel. Des lors que les textes sont clarifiés, mis à jour et cohérents, cette marge d'interprétation retrouve des proportions raisonnables.

b) *L'amélioration de la formation des magistrats.* - On conçoit donc que la formation des magistrats soit au cœur de la réponse que devra recevoir le problème de l'insécurité judiciaire, qu'il s'agisse de formation initiale ou de formation continue. Le traité de Port-Louis l'a d'ailleurs affirmé dès son préambule. C'est, notamment, la mission de la nouvelle école régionale supérieure de la magistrature. Au niveau universitaire, l'harmonisation des législations engendrant naturellement celle des enseignements, il devrait en résulter une densification des échanges universitaires régionaux (ouvrages, revues, doctrines, colloques ...). Il y a là matière à émergence d'une culture juridique africaine autonome, qui se nourrira de ces échanges. Au niveau jurisprudentiel, cette culture pourra trouver ses références propres dans une jurisprudence régionale plus indépendante, crédible et surtout publiée, même si elle continue de puiser et inévitablement son inspiration dans ses sources historiques.

Les instruments institutionnels et juridiques de l'OHADA

L'intégration juridique se met en œuvre au sein de l'espace OHADA, sur des bases institutionnelles et juridiques.

a) Les instruments institutionnels

Pour mener efficacement ses nobles objectifs qu'elle s'est assignés, l'OHADA s'est doté d'un certain nombre d'institutions que : la conférence des chefs de l'État et de gouvernement, le Conseil des Ministres, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (la CCJA) et le secrétariat permanent auquel est rattaché l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA).

La conférence des chefs de l'État et de gouvernement.

La conférence de chef de l'État et de gouvernement¹³, est le benjamin des organes de l'OHADA. Il ressort du traité de Port-Louis tel que révisé à Québec, notamment en son article 27 al1, qu'« *elle est présidée par le chef de l'État ou de gouvernement dont le pays assure la présidence du conseil des Ministres. Elle réunit en tant que besoin, sur convocation de son président, à son initiative ou à celle du tiers des États parties. Elle statue sur toute question relative au traité. La conférence ne délibère*

13

Consacré par l'article 3 du traité OHADA.

valablement que si les deux tiers des États parties sont représentés.

Les décisions de la conférence sont prises par consensus ou, à défaut, à la majorité absolue des États présents ».

On le constate bien, le champ de compétence de la conférence paraît sans limites aucunes¹⁴. Il s'est d'ailleurs posé la question de la pertinence de son émergence au sein d'une organisation technique comme l'OHADA. En effet, à titre de comparaison, ses consœurs que sont l'organisation Africaine de la propriété intellectuelle (OAPI)¹⁵ et la conférence inter-africaine des marchés d'assurances (CIMA)¹⁶, brillent par leur efficacité, dû en grande partie à leur totale indépendance vis à vis du champ politique. Les professeurs Pougoué et Kalieu le relève alors fort à ce propos, la conférence peut être porteuse d'inconvénient certains, au rang des quels le risque de « transformer l'OHADA en organisation politique »¹⁷

Toutefois, le vaste champ du droit des affaires tel que défini à l'article 2 du traité OHADA, et les difficultés que cela peut entraîner dans la détermination de nouvelles matières, ainsi que sur les questions de financement ou de nomination de responsables, justifie sans doute la naissance de cet organe, qui on l'espère, jouera pleinement son rôle d'impulsion et de définition des grandes orientations de la politique d'harmonisation.

. Le conseil des ministres.

Autre fois l'organe suprême de l'OHADA, le conseil des ministres¹⁸ est désormais, le deuxième organe politique de l'organisation.

Concernant sa composition, il est composé des ministres de la justice et des ministres des finances des États membres. Il s'agit là d'une composition originale car en règle générale les conseils des ministres des organisations sous régionales sont composés de ministres d'un même département. Ainsi, trois raisons peuvent expliquer cette composition conjointe :

- D'abord une raison historique car d'une part, il s'agit des matières judiciaires et, d'autre part, l'idée du projet d'harmonisation est une idée des ministres de justice qui a été reprise par les

14

Voir dans ce sens les commentaires du professeur M. KAMTO, in *OHADA Traité et Actes uniformes commentés et annotés, juriscope*, 2014, p.52.

15

Créée par l'accord de Bangui du 2 mars 1977 dans sa version révisée le 24 février 1999.

16

Créée par le traité du 10 juillet 1992.

17

P-G. POUGOUE et Y-R. KALIEU ELONGO, *Op.cit.* p.103.

18

Consacré par l'article 3 du traité.

ministres des finances ;

- Ensuite, les domaines relevant du droit des affaires ont surtout une prédominance économique et financière
- Enfin surtout, à notre sens, pour responsabiliser des ministres des finances quant au devenir de l’OHADA. En effet, nombre d’organisations ont cessé d’exister par manque de crédits, les ministres des finances étant souvent réticents pour effectuer des inscriptions budgétaires et ou débloquer des crédits pour des contributions aux organisations sous régionales, alors même qu’il existe d’autres urgences ou priorités. Réticence que l’on comprend aisément quand on sait les difficultés financières auxquelles sont confrontés ces États.

Au-delà de ces considérations, la mixité de cette composition peut être révélatrice de la volonté des chefs de l’État de faire de cette organisation un instrument d’intégration techniquement performant et bien conduit. En effet, la présence du ministre de la justice est un gage du respect des normes juridiques pour l’élaboration des Actes, tandis que celle du ministre des finances est un gage de respect des engagements économiques et financiers, pris par les États membres dans le cadre de leur intégration, le tout constituant un ensemble cohérent.

S’agissant de son fonctionnement, la présidence du conseil est assurée, à tour de rôle et par ordre alphabétique, par chaque État membre pour un mandat d’un an. Toutefois, les États adhérents assurent pour la première fois la présidence du conseil des ministres dans l’ordre de leur adhésion, après le tour des pays signataires du traité. Lorsqu’un État n’est pas en mesure d’assurer la présidence, quand elle lui revient, il est remplacé par celui qui vient immédiatement après lui suivant l’ordre alphabétique ; lorsque la cause de l’empêchement aura cessé, ledit État saisit en temps utile, le Secrétariat Permanent pour décision à prendre par le conseil des Ministres, relativement à son tour de présidence.

Le Traité OHADA ne mentionne pas lequel du Ministre des finances ou celui de la justice, d’un même État, assure la présidence du conseil. Dans le silence dudit texte il convient de considérer que la présidence est assurée suivant la pratique dans chaque État membre ; aussi, le conseil sera sans doute présidé par l’un ou par l’autre suivant que l’État qui en assure la présidence considère la prééminence des aspects juridiques ou celle des aspects économiques ou financiers.

Cependant, il faut admettre qu’il s’agit là d’un débat théorique car en règle, s’agissant surtout de questions judiciaires, le conseil des ministres est présidé par le ministre de la justice.

Le conseil des ministres se réunit au moins une fois par an sur convocation de son président à son initiative ou à l’initiative d’un tiers des États parties. L’ordre du jour de la réunion est arrêté par le président du conseil sur proposition du secrétaire permanent de l’OHADA.

Lorsqu’il est réuni, le conseil délibère valablement lorsque les deux tiers des États parties sont présentés. Chaque État dispose d’une voix et les décisions sont valablement adoptées à la majorité

absolue des États présents votants. Toutefois, les décisions relatives à l'adoption des Actes Uniformes sont prises à l'unanimité des États présents et votant.

En ce qui concerne les attributions du conseil des ministres, aux termes de l'article 4 du traité révisé, « des règlements pour l'application du présent Traité et décisions seront pris, chaque fois que de besoin, par le conseil des Ministres ». Celui-ci est compétent pour :

- Adopter et modifier les Actes Uniformes ;
- Déterminer le domaine du droit des affaires ;
- Arrêter les cotisations annuelles des États Parties ;
- Adopter le budget de Secrétariat Permanent et de la CCJA ;
- Approuver les comptes annuels de l'OHADA ;
- Nommer le secrétaire permanent et le directeur Général de l'ERSUMA ;
- Élire les membres de la CCJA ;
- Prendre les règlements nécessaires à l'application du Traité ;
- Approuver le programme annuel d'harmonisation du droit des affaires.

Finalement, le conseil des ministres exerce des fonctions administratives et des fonctions législatives. En effet, il est un organe législatif en tant qu'il approuve le programme annuel d'harmonisation du droit des affaires et adopte les Actes Uniformes aux lieux et place des parlements des États parties.

. Le secrétariat permanent

Le secrétariat permanent est l'organe exécutif de l'OHADA. Il est dirigé par le secrétaire permanent.

Le secrétaire permanent¹⁹ représente l'OHADA. Il est nommé par le conseil des ministres pour un mandat de quatre (4) ans renouvelable une fois. Il assiste au conseil des ministres. En outre, c'est le secrétariat permanent qui prépare en concertation avec les gouvernements des États membres, les Actes uniformes qui sont par la suite soumis pour adoption au Conseil des Ministres après avis de la CCJA. Il a son siège à Yaoundé au Cameroun²⁰.

Après les organes de l'OHADA, on retrouve au rang des institutions spécialisées, la Cour Commune de Justice et de l'Arbitrage (CCJA) et l'École Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA).

. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)

19

Le secrétaire Permanent est assisté par trois directeurs chargés des :

- *Affaires juridiques et relation avec les institutions ;*
- *Finances et comptabilité ;*
- *De l'administration générale et journal Officiel de l'OHADA.*

Les directeurs sont nommés par le Secrétaire Permanent dans les conditions prévues par l'article 40 alinéas 2 du traité.

20

Le 30 juillet 1997, le gouvernement Camerounais et l'OHADA signe un Accord de siège en vertu duquel le siège du secrétariat permanent est fixé à Yaoundé (Cameroun).

La CCJA dont le siège est Abidjan, est une Juridiction suprême de l'OHADA. A ce titre, elle assure aux termes de l'article 14 du Traité OHADA, l'interprétation et l'application des Actes uniformes et règlements pris-en en vertu du traité ; le but ultime étant d'uniformiser la jurisprudence communautaire. Elle a été mise en place et à effectivement débuté ses activités le 04 Avril 1997.

Elle est aussi un centre d'Arbitrage dont le rôle est de superviser le règlement des conflits par les arbitres qu'elle désigne, le cas échéant en organisant la procédure et en examinant avant leur prononcé, le projet de sentence Arbitrale. Ce centre d'arbitrage est chapeauté par un secrétaire Général.

L'article 13 du traité indique que le contentieux relatif à l'application des Actes uniformes est réglé en 1ère instance et en appel par les juridictions des Etats partis. En d'autres termes, les juridictions nationales sont chargées d'appliquer en instance et en appel, la réglementation communautaire par les matières relevant de la législation harmonisée. En cas de difficulté d'interprétation, d'application ou de pourvoir en cassation dans ces matières ; c'est la CCJA seule qui doit être saisie.

La mission de la CCJA comme juridiction communautaire est double ; à savoir :

- Donner les avis consultatifs ;
- Statuer comme juridiction de cassation.

Autrement dit, la CCJA d'une fonction consultative, et d'une fonction juridictionnelle.

C'est en vue de se rapprocher du grand public que la Cour a décidé en décembre 2013, d'ouvrir ses portes afin que les uns et les autres puissent se faire l'idée assez précise de ses missions.

Elle est composée de 9 juges inamovibles²¹, élus pour un mandat de sept ans non renouvelable, parmi les ressortissants des États parties²² ayant exercé une fonction de magistrat, d'avocat ou de professeur de droit pendant quinze ans au minimum.

. L'École Régionale Supérieure de la Magistrature (L'ERSUMA).

S'agissant de l'École Régionale Supérieure de la Magistrature, créée par l'article 41 du traité OHADA, elle a pour mission, de former, de recycler et de perfectionner les professionnels du droit des affaires. Elle est basée à Porto Novo au Benin.

En effet, il est essentiel que l'intégration juridique mise en œuvre au sein de l'espace OHADA ne soit pas qu'une réalité dans les textes, mais également dans la pratique et surtout dans l'entendement qu'en

²¹

Article 36 du Traité OHADA. Le principe de l'inamovibilité est consacré dans un but d'assurer une totale indépendance pour le bon fonctionnement de la cour.

²²

Article 31 du Traité OHADA. Le conseil des ministres peut notamment fixer un nombre de juges supérieur à celui prévu, en fonction des nécessités de service et des possibilités financières.

ont les acteurs de premier ordre que sont les magistrats et les auxiliaires de justice.

Rattachée au Secrétariat Permanent, l'ERSUMA est tout de même dotée d'une personnalité juridique et d'une autonomie financière, qui lui permettent d'exercer pleinement ses différentes attributions. En sus de la formation du personnel judiciaire des États membres, il faut notamment ajouter un rôle de centre de documentation et de recherche en matière juridique et judiciaire, dans le domaine du droit OHADA, mais aussi dans le domaine du droit harmonisé d'autres organisations comme la CEMAC, l'UEMOA, l'OAPI ou encore la CIMA pour ne citer que celles-là.

. Les instruments juridiques

« Le droit uniforme OHADA est essentiellement contenu dans des instruments juridiques sui generis que sont les Actes ». Néanmoins, plusieurs autres types d'instruments juridiques sont utilisés pour la réalisation d'une véritable intégration juridique au sein de l'espace OHADA, parmi lesquels les règlements et le traité qui a été abordé dans les précédents paragraphes.

. Le règlement

Le troisième et dernier instrument juridique mobilisé pour la matérialisation du droit uniforme OHADA, est le règlement. Il fait également partie de la nomenclature officielle des actes juridiques de l'OHADA et est aussi adopté par le conseil des ministres.

Le règlement est « édicté en vue de l'application du traité OHADA hors du champ d'intervention de l'Acte uniforme ». S'il diffère de l'Acte uniforme par le fait qu'il n'a pas vocation à remplacer le droit interne des États parties, il n'en bénéficie pas moins des mêmes caractéristiques que sont la primauté et l'applicabilité directe.

En effet, le règlement intervient surtout en matière processuelle, et en matière de fonctionnement interne de l'OHADA ou des organes et institutions, et donc, il peut être ou pas de portée générale.

Jusqu'à maintenant, l'OHADA s'est dotée de deux règlements d'application. Il s'agit du Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 18 avril 1996 modifié le 30 janvier 2014 et du Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 23 novembre 2017.

Concernant le nouveau Règlement d'arbitrage, il innove sur certains points procéduraux :

- La Cour Commune est désormais compétente en matière de litiges relatifs à des investissements lorsque le recours à l'arbitrage est fondé sur un traité ou contrat d'investissement²³. Probablement sous l'influence de la jurisprudence relative à la responsabilité civile de l'arbitre, il est désormais

23

Règlement d'arbitrage de la CCJA, Article 2.1 al. 2.

précisé que l'arbitre doit « poursuivre sa mission avec diligence et célérité »²⁴ ;

- Le règlement prévoit également les modalités de l'intervention volontaire²⁵ et de l'intervention forcée²⁶ à la procédure, ainsi que la possibilité de saisir la Cour Commune en présence de parties multiples²⁷ ou de demandes résultant de plusieurs contrats²⁸ .

. L'Acte uniforme

Le deuxième instrument juridique utilisé pour la réalisation de l'intégration juridique OHADA est l'Acte uniforme. C'est un acte juridique de la nomenclature officielle adopté par le conseil des ministres. Néologisme exclusivement africain , catégorie nouvelle , l'Acte uniforme rompt avec « la tradition juridique habitué aux termes de lois , règlements ou autres directives ». Dans le cadre OHADA , on peut le voir ainsi, il représente la manifestation la plus éclatante du pouvoir normatif de l'organisation, et est en quelque sorte « l'expression de l'immédiateté fédérale » du droit OHADA . Ses effets juridiques, de même que sa nature le rendent à bien des égards , assimilable à la loi en droit interne, qu'il est appelé à remplacer dans ses dispositions contraires, ce qui le singularise fondamentalement par rapport aux règlements et directives au sein de la CEMAC, L'UEMOA ou encore L'union Européenne . Il est la principale source du droit matériel OHADA .

En effet, les Actes uniformes de l'OHADA ont une particularité de créer une législation directement applicable dans les pays -membres de l'OHADA, sans autres procédures dès leur adoption. Il n'est donc prévu aucune procédure étatique gouvernementale ou parlementaire interne.

Les prometteurs du traité ont interdit toute ratification ultérieure des Actes uniformes par les parlements nationaux et ont défendu à quiconque d'émettre les réserves. Ce qui revient à dire qu'aucun État-membre ne peut par exemple décider de manière unilatérale d'une dérogation à telle ou telle disposition d'un Acte uniforme.

C'est un trait distinctif marquant de l'OHADA par rapport à l'Union Européenne.

Le droit OHADA, invocable devant le prétoire par les justiciables, est à ce jour articulé autour des Actes uniformes sur :

²⁴ *Règlement d'arbitrage de la CCJA, Article 4.1 al. 2.*

²⁵ *Règlement d'arbitrage de la CCJA, Article 8.2.*

²⁶ *Règlement d'arbitrage de la CCJA, Article 8.1.*

²⁷ *Règlement d'arbitrage de la CCJA, Article 8.3*

²⁸ *Règlement d'arbitrage de la CCJA, Article 8.4.*

- Le droit commercial général ²⁹ ;
- Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ;
- Le droit des sûretés ;
- Le droit des sociétés, les procédures collectives d'apurement du passif ;
- Le droit des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution,
- Le droit de l'arbitrage, révisé en 2017 ³⁰ ;
- Le droit des sociétés coopératives ;
- Le droit comptable ;
- Le droit de transport de marchandises par route ;
- La médiation, adoptée en 2017 ³¹ .

En effet, l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit du travail élaboré à Douala au Cameroun, le

29

On peut retenir qu'il s'applique à tout commerçant, personne physique, ou morale, ainsi qu'à toute société commerciale, et tout regroupement d'intérêt, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire d'un État partie. Cette Acte uniforme rénove le statut du commerçant et crée un registre du commerce et du crédit immobilier. En effet, il donne une définition plus large de la notion de commerçant, les articles 3 et 4 de l'Acte font une énumération modernisée et enrichie des activités constituant des actes de commerce, (l'Acte s'en tient à la conception française de commerçant). Avant l'adoption de l'Acte, c'était l'article premier du code de commerce français qui définissait les commerçants. IL faut aussi relever qu'il existe plus de distinction entre les hommes et les femmes car aucune autorisation.

30

Le premier texte révisé en 2017 est un nouvel Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, qui vient moderniser celui de 1999. Son esprit est clair : assurer la célérité des recours et l'efficacité des sentences, sans rien perdre de l'objectif de liberté des parties dans l'organisation de la procédure d'arbitrage. En conséquence :

- Le principe compétence-compétence, selon lequel les arbitres ont compétence exclusive pour statuer sur leur propre compétence, évolue. Auparavant, une juridiction étatique n'était compétente pour connaître d'un litige mettant en jeu une clause compromissoire que si celle-ci était manifestement nulle et que le tribunal arbitral n'était pas encore constitué. Cette solution est désormais étendue au cas où la convention d'arbitrage est manifestement inapplicable, permettant ainsi de permettre aux juridictions étatiques, comme en droit français, d'intervenir lorsque la clause compromissoire n'a, à l'évidence, aucun effet sur le litige ;

- La procédure de récusation d'un arbitre est revue et la partie requérante doit désormais l'engager dans un délai "n'excédant pas 30 jours à compter de la découverte du fait ayant motivé la récusation". Cette action s'exerce devant la juridiction de l'État partie compétente en la matière, qui statue désormais dans un délai de 30 jours. Auparavant insusceptible de recours, la décision de la juridiction étatique peut désormais faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour Commune ;

31

L'OHADA est désormais dotée d'un Acte uniforme relatif à la médiation. D'application directe dans les États membres, il consacre les éléments fondamentaux à toute procédure de médiation : la confidentialité, la célérité de l'homologation de l'éventuel accord et la mise en relation avec d'autres procédures de règlement des litiges. Garantie de la confiance des parties, le médiateur doit également être indépendant et impartial et ne peut être aussi arbitre ou expert dans le même différend, sauf convention contraire des parties.

Le texte est applicable à toutes les procédures de médiation initiées après l'entrée en vigueur de cet Acte uniforme, quelle que soit la date à laquelle la clause a été conclue. Sa procédure est applicable aux médiations ad hoc comme institutionnelles, pouvant être mises en œuvre par les parties, une juridiction étatique, un tribunal arbitral ou une entité publique compétente.

24 novembre 2006 constitue aujourd'hui avec l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats, les deux textes encore manquants pour que le droit des affaires puisse être considéré comme étant complètement couvert par l'OHADA.

En retenant une approche de droit économique, le droit de la concurrence, la franchise ainsi que le droit de la consommation sont aussi des branches du droit qui ne sont pas encore couvertes par l'OHADA et pour lesquelles des avant projets d'Actes uniforme font encore défaut.

Toutefois, l'OHADA marque sa volonté d'élargir son champ d'intervention avec ses deux avant projets d'Actes uniformes relatifs au droit du travail et le droit des contrats.

Le traité OHADA a permis au pays-membres de marquer un grand pas en avant car il crée un droit des affaires unique et identique dans les 17 États concernés, instituant ainsi une grande zone commerciale régie par les mêmes règles de droit. L'OHADA permet de la sorte de constituer plus facilement des entreprises supranationales et facilite les investissements régionaux ou internationaux, un nombre croissant d'entreprises étant actives dans plusieurs États-membres.

L'Europe a montré qu'un droit uniforme permet à une économie de se développer plus facilement car toute économie a besoin d'un cadre juridique clair, transparent et uniforme pour tout le territoire. Si le droit est différent d'un pays à l'autre, il est difficile pour les ressortissants d'un pays d'en sortir et d'opérer dans les pays limitrophes ayant des droits différents, car le manque de connaissance d'un droit différent est un obstacle pour le développement d'une entreprise en toute légalité.

L'unification du droit au sein de l'Union européenne se fait par le recours, d'une part, aux directives qui doivent être transposées dans chaque État-membre par les législateurs nationaux et qui n'imposent nullement un droit uniforme car prévoyant un cadre minimal et des choix ouverts et, d'autre part, de règlements directement applicables qui ne règlent qu'une partie des matières dans lesquelles ils interviennent.

Le traité OHOADA propose, pour sa part, une technique d'uniformisation du droit différemment à l'Europe.

En revanche, le principal point faible du dispositif initial mis en place par l'OHADA réside dans son éloignement des réalités socio-économiques africaines. Or, Il est écrit dans *L'esprit des lois* « *que les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles ont été faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre...* » Jean Carbonnier, adepte d'une « *sociologie du droit sans rigueur* », fut le premier à pointer les dérives du mimétisme législatif ou juridique. Le droit étant pour lui un produit de la société qui le crée et veille à son application, il ne saurait y avoir de droit importé voire imposé. Dans le même sens, le professeur Michelle Alliot affirmait que « le droit d'un pays est lié aux habitudes d'un peuple, à sa mentalité, à ses croyances religieuses, qu'il devrait être impossible d'appliquer aux peuples africains le droit de la France ».

Ainsi comme nous l'avions souligné dans les précédents paragraphes, à la lecture de l'ensemble des

Actes uniformes précités, ou encore, à l'examen de l'état de la législation de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, la plupart de ses Actes uniformes montrent que le droit OHADA n'a pas répondu au souci de territorialité, autrement dit, aux réalités sociales, culturelles et économiques des États membres. Il permet de constater que le législateur OHADA a transposé de façon plagiaire les prescriptions étrangères, notamment françaises, à l'occasion de ses interventions.

À la lecture d'une chronique écrite par Pierre Bourel,³² force est de constater que les qualités tant vantées de la construction OHADA s'amenuisent. Le susnommé, formé à l'école française mais praticien du droit africain, qu'il a même enseigné en Afrique, a consacré une fine analyse au droit OHADA. De ses réflexions ressortirent des critiques tant de l'ensemble législatif ainsi élaboré que de la méthode employée pour ce faire.

A l'évidence, une telle position ne pouvait manquer quand on se fie aux opinions d'éminents auteurs quant aux qualités reconnues à une bonne loi, notamment aux principes régissant l'adoption de ces lois. Les spécialistes de la science politique et de la sociologie juridique estiment en effet que, pour peu que l'on se soucie de l'effectivité des lois, il est capital que ces dernières soient créées par le

corps social qui les adopte³³. N'est-ce pas là d'ailleurs l'opinion défendue par les tenants du positivisme sociologique³⁴ ?

On enseigne en effet, que l'insuffisance de préparation des textes législatifs « expose ces derniers à la disqualification de leur statut de normes supérieures, voire de la perte de leur légitimité et de leur normativité ». Sous cet angle, la mission du juriste, difficile mais non impossible, est précisément de

32

P. BOUREL, *A propos de l'OHADA : libre opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, Recueil Dalloz 2007.p.969.

33

*L'approche sociologique qui est celle de L.DUGUIT et R. BONNARD vise à mettre à jour l'existence d'un droit objectif extérieur et antérieur à l'État. Ces auteurs conçoivent le droit naturel sous la forme de lois sociales immanentes, produites par le corps social lui-même et évoluant de concert avec lui. La loi naît dans les consciences individuelles « lorsque la masse des hommes composant un groupe donné comprend que son respect est indispensable au maintien de la solidarité sociale et qu'il est juste qu'elle soit sanctionnée. Le droit se forme ainsi spontanément dans l'esprit des hommes » L. DUGUIT, *Traité droit constitutionnel*, T.1, 3^{ed}. p.128. Pour une analyse de ces positions, v D. ELKIND, *La théorie des valeurs chez R. BONNARD ou les mésaventures du positivisme sociologique*, RFDA 2015 p.183.*

34

*Ici nous utilisons l'expression « positivisme sociologique » par opposition au « positivisme juridique », pour désigner le courant doctrinal lancé par L. Duguít, lequel se caractérise par une assimilation de la règle de droit à une norme sociale. Assimilation qui entraîne deux conséquences : le recours à la méthode sociologique pour dégager les normes juridiques et un emprunt à la théorie sociologique. En l'occurrence, la notion d'interdépendance sociale pour fonder le caractère impératif de toute norme. L. Duguít, parle de « la doctrine sociologique -juridique qu'il a essayé d'établir sur la pure observation des faits sociaux », *traité du droit constitutionnel*, 3^{eme} éd., T.1, p.539. Ailleurs, sous la plume de R. Bonnard et L. Duguít nous retrouvons généralement une grande variété d'expressions pour qualifier ce courant : « école réaliste », « positivisme social », « doctrine objectiviste » ou encore « école du droit social ».*

découvrir la règle de droit sous les faits sociaux par la méthode de l'observation³⁵. On peut parler à ce propos du droit naturel social ou droit objectif.

Il est habituel, en Afrique francophone, de dénoncer les textes actuellement en vigueur et de les considérer comme inadaptés, trop éloignés des attentes de la société, trop marqués par l'influence occidentale. Il faut s'attacher à retrouver des règles correspondant aux caractéristiques nationales, puisées dans un passé d'autant plus exalté qu'il est, il faut bien le dire, en partie imaginé.

Découlant des rapports sociaux d'où elles tirent leur force, les règles juridiques avec les principes ont ainsi un fondement objectif. La parenté de cette démarche juridique avec les principes sociologiques établis par Émile Durkheim à Bordeaux à la même époque est évidente. Pour le sociologue comme

juriste, il y'a une « *réalité objective des faits sociaux* »³⁶ à partir de laquelle il appartient au chercheur étranger de dégager des lois objectives, des normes qui sont sociales avant d'être juridiques.

En effet, si l'on s'intéresse tout d'abord à la rédaction (à la forme) des Actes uniformes, il paraît possible de constater qu'il existe une certaine « marque de fabrique » qui rapproche l'OHADA du droit français. La structure rédactionnelle demeure la même, le plan de certains Actes uniformes reprend la même logique que celle des lois françaises correspondantes ; les divisions en Titres, Chapitres, Sections reposent sur la même organisation.

Quant au fond, nous nous trouvons incontestablement en présence de deux droits similaires, l'un calqué sur le modèle de l'autre. La philosophie générale du droit de l'OHADA est reprise du droit français ; les solutions sont très proches et semblent parfois l'œuvre de la même main.

Notre propos n'est pas de critiquer systématiquement le droit de l'OHADA. Au contraire, faut-il apporter à l'heure actuelle un cadre apprécié par les investisseurs nationaux et étrangers et se montrer sur certains points très en avance sur le droit de certains espaces régionaux. C'est ainsi qu'il est beaucoup plus facile de créer une société dans l'espace OHADA autrement dit en Afrique aujourd'hui, société qui est reconnue par tous les États membres de l'OHADA qu'en Europe où la « **société européenne** » tarde à s'installer dans l'espace juridique. Nous voudrions simplement faire état du fait qu'une reconnaissance réelle des réalités sociales, culturelles et économiques dans les pays membres de l'OHADA permettrait peut-être de mieux rendre compte de la diversité des situations et de la diversité des réponses à y apporter.

On n'est pas sans oublier que le dispositif mis en place par l'OHADA traduit le souci de restaurer la confiance des investisseurs internationaux et de capter leur intérêt. Pour autant, il est possible de faire

35

L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T.1, 3^{ème} éd., p117.

36

E. DURKEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, préface de la seconde édition, p. XXIII., PUF, 1997. « Est fait social toute manière de faire, fixée ou non, susceptible d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure ; p14.

évoluer les règles de l'OHADA dans le sens d'un optimum de correspondance avec leur environnement social, tout en préservant l'indispensable cohérence avec des objectifs économiques de portée internationale.

Il s'agit en effet de concilier l'exigence de sécurité pour tous avec des textes qui s'appliquent aisément, et le respect de l'égalité de tous les citoyens dans le bénéfice du service public. Autrement dit, il faut mettre en place un cadre juridique qui puisse répondre aussi bien aux exigences liées à la modernité qu'aux spécificités des contextes socio-économiques africains.

L'étude du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA pose la question relative à d'énormes difficultés que génère ce phénomène non seulement dans les pays africains, mais également dans le cadre de l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, compliquant d'autant l'application du droit uniforme dans les pays membres.

La question qui se pose est celle de savoir quelles sont les mesures qui pourraient être prise dans le cadre de l'OHADA afin de mettre en place une législation appropriée aux réalités socio-économiques africaines.

Malgré de nombreux handicaps ou difficultés qu'il engendre, le mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA n'est pas en soi un mal ou encore une mauvaise chose car il a une portée qui peut s'avérer très considérable dans la mesure où, il est considéré comme une méthode de construction de ce droit. Ainsi, en raison de la large reconnaissance du droit français sur la scène internationale, et des liens qui sont nés des relations coloniales entre la France et certains pays membres de l'OHADA, le modèle juridique français constitue très souvent une source d'inspiration indispensable tant pour le législateur communautaire, que pour les juristes et législateurs des pays membres de l'OHADA, voir même de l'Afrique toute entière.

L'objectif de notre thèse (travail) est non seulement de montrer ou démontrer l'existence du mimétisme juridique dans l'espace OHADA, les faiblesses ou handicaps qu'il y représente ou qu'il y génère, les atouts ou la portée qu'il peut y marquer, mais également son devenir ou son avenir en termes de vivacité.

Ce sont ces préoccupations -là, au carrefour de plusieurs disciplines et de plusieurs matières, qui constituent, notamment, la ou les problématiques au cœur du sujet rapporté.

C'est ces questions qui nous ont été déterminées dans le choix du thème : « le mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA ».

Comme nous l'avons évoqué un peu plus haut, le mimétisme juridique est bien une réalité dans l'espace OHADA. Le législateur communautaire ne s'est pas écarté du colonisateur de la plupart des Etats membres de l'Organisation. La quasi-totalité des textes de loi qui régit le monde des affaires dans la zone franc manifeste actuellement des pesanteurs liées à son enracinement culturel non africain. L'ensemble des Actes uniformes applicables dans l'espace communautaire, ne sont que la

photocopie parfaite des textes de lois étrangers notamment français compte tenu de l'étrange similitude qu'ils présentent avec ces derniers. Cela témoigne que les élites africaines n'ont pas pu faire preuve de l'originalité dans le travail de rédaction des textes de lois qui leur a été confié **(Première Partie)**. Le droit de l'OHADA, applicable dans les pays d'Afrique francophone, semble en même temps ne pas être un droit purement africain en ce qu'il n'est pas le miroir des réalités socio-économiques et culturelles immanentes à ceux-ci. Le législateur communautaire dans ses interventions a édicté des dispositions inadaptées au besoin du peuple auquel elles sont censées régir **(Deuxième Partie)**.

PREMIERE PARTIE :
LES MANIFESTATIONS DU MIMETISME JURIDIQUE DANS LE DROIT
DE L'OHADA

Comme nous l'avons évoqué dans notre propos introductif, l'espace OHADA est un espace majoritairement francophone. La conséquence immédiate c'est bien évidemment que l'héritage colonial notamment français, occupe une place de premier choix dans les sources d'inspiration du droit communautaire (Titre premier). Cependant, mondialisation et donc pragmatisme du législateur faisant, le droit OHADA intègre aussi, non seulement beaucoup de conventions internationales donc du « droit international » dans son corpus législatif, mais également quelques règles de la Common Law et du droit africain (Titre deuxième).

TITRE I :

LE DROIT FRANÇAIS : UNE VERITABLE SOURCE D'INSPIRATION POUR LE LEGISLATEUR OHADA

Si le droit OHADA est trop fortement marqué par le droit français, ne faudrait-il pas craindre alors que son application dans les Etats étrangers à toute tradition juridique française puisse entraîner quelques difficultés ? A l'inverse, si le droit OHADA a su prendre ses distances avec le passé français de ses membres, la question ne se posera sans aucun doute de cette façon.

Ainsi, convaincus du manque d'originalité du législateur OHADA dans l'édiction des Actes uniforme étant entendu que l'essentiel des règles OHADA découlent d'une sorte d'importation des solutions retenues par le droit des affaires français (Chapitre I), il nous restera juste à dégager les raisons qui peuvent justifier ou expliquer cette importation du droit français dans le corpus législatif OHADA (Chapitre II).

CHAPITRE I :

LE MANQUE D'ORIGINALITE DU LEGISLATEUR OHADA DANS L'ELABORATION DES ACTES UNIFORMES

Il convient d'abord d'étudier la question de la reproduction conforme des principes de base des lois, de la jurisprudence et doctrine françaises par le législateur communautaire dans le cadre de l'édiction des Actes uniformes (**Section 1**). Ensuite, pourrait être examiné le rapport d'inclusion entre le droit OHADA et le droit français (**Section 2**).

Section 1 : La reproduction conforme des principes de base des lois, jurisprudence et doctrine françaises par le législateur communautaire

Une lecture rapide des différents Actes uniformes OHADA nous laisse l'impression qu'il y'a une diversité et une variété des sources d'inspiration de ces textes communautaires. Ceci signifie que le droit OHADA entretient des rapports plus ou moins étroits avec les différents systèmes juridiques dont il s'inspire.

Il est inévitablement apparu au regard des Actes uniformes déjà adoptés et les avant-projets d'Actes uniformes, qu'il y aurait une source majeure du droit communautaire qui est le droit continental. Selon la distinction classique admise par la doctrine, le droit continental ou le droit romano civiliste fait partie des 4 grands systèmes de droit.

Ce système encore appelé système romano germanique, s'applique dans plusieurs pays dits « continentaux », parmi lesquels l'Allemagne, l'Italie et bien évidemment la France. Certains auteurs ont d'ailleurs tendance à assimiler tous les systèmes romano germanique au seul droit français.

Ainsi, l'idée est répandue par certains d'entre eux que le nouveau droit uniforme Africain est d'inspiration française comme l'était déjà le droit antérieur de la plupart des États membres de l'OHADA Il est vrai que le législateur communautaire s'inspire du droit français pour édicter ses normes mais, il faudrait encore se demander de quel droit français il s'agit réellement.

En effet, ce droit, comme beaucoup d'autres, a connu de nombreuses évolutions et parfois de révolutions. Par ailleurs et surtout, le droit français a lui-même différents sources que l'on peut qualifier de formelles qui sont la loi, la jurisprudence, la doctrine et la coutume. Ainsi, le législateur OHADA s'est beaucoup plus inspiré des sources légales du droit français (**Paragraphe 1**) qu'aux autres sources (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La large inspiration du législateur communautaire des sources légales du droit français

Hier comme aujourd'hui, le droit français est largement contenu dans des textes de lois, eux-mêmes regroupés sous forme de codes, comme le code civil, le code de commerce ou encore le code de procédure civile. Qu'ils soient ou non dans des codes, ces différents textes de lois plus ou moins récentes ont inspiré le législateur communautaire.

Les rédacteurs des différents Actes uniformes adoptés ou en cours d'adoption se sont référés soit à des lois datant d'une époque relativement récente **(B)** soit à des lois de plus de cinquante ans dont certaines n'ont parfois plus aujourd'hui en France qu'un intérêt historique **(A)**

A- L'emprunt aux anciennes codifications du droit français

Pour ne pas citer tous les vieux textes de loi français auxquels le législateur communautaire s'est inspiré pour édicter l'essentiel de ses Actes uniformes, nous allons mettre l'accent que sur quelques-uns, sans aucune prétention à l'exhaustivité, pour montrer ou encore illustrer comment l'OHADA n'a pas mis fin au mimétisme juridique qui a prévalu jusqu'à là dans les États membres. Il s'agirait, entre autres, de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général du 15 décembre 2010 (1°), de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif du 10 septembre 2015 qui se substitue à celui du 10 avril 1998 (2°) ainsi que de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution adopté le 10 avril 1998 (3°).

1°) L'acte uniforme du 17 Avril 1997 relatif au droit commercial général tel que révisé le 15 décembre 2010 : fruit du code de commerce français de 1807

Après l'accession de la majorité des Etats francophones actuellement membres de l'OHADA à la souveraineté nationale et internationale, le droit commercial général est dérivé, pour l'essentiel, du Code de commerce français de 1807 et des textes ultérieurs en France jusqu'en 1960. En d'autres termes, en matière commerciale, le Code de commerce français de 1807 a été adopté purement et simplement par la plupart des Etats africains francophones.

Seuls deux Etats, la Guinée et le Sénégal avaient fait preuve de véritables codes de commerce.

Un petit nombre d'Etats, comme le Gabon, se sont contentés de prendre des textes épars pour réglementer de manière ponctuelle et incomplète, l'exercice de certaines activités commerciales ou pour définir le statut du commerçant. Cependant, la grande majorité des Etats ont conservé l'ancienne législatsion héritée de la colonisation française, se traduisant par un cadre juridique délabré, inadéquat

et incertain, source d'insécurité pour les investisseurs privés.

C'est dans ce contexte particulièrement défavorable que la signature à Port –Louis en Ile Maurice le 17 octobre 1993, en marge du sommet de la Francophonie du traité instituant l'OHADA fut accueillie avec ferveur par les principaux acteurs économiques. L'Acte uniforme portant sur le droit commercial général du 17 Avril 1997 (AUDCG) qui en est résulté est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998. Le nouveau législateur communautaire africain s'est fixé pour objectifs de moderniser le droit commercial des Etats parties devenu obsolètes au regard des contraintes du développement , de renforcer le régime juridique applicable aux commerçants et aux activités de commerce et ainsi de promouvoir la croissance économique en sécurisant les investissements étrangers et locaux. Cette nouvelle législation communautaire entraînera l'abrogation immédiate de toutes les dispositions contraires antérieures relatives au droit commercial, conformément aux dispositions de l'article 10 du traité.

Toutefois, dans le cadre de modernisation du droit commercial applicable dans les Etats parties et en adaptant le contenu aux évolutions juridiques et économiques observées depuis l'adoption de l'AUDCG en 1997, le 15 décembre 2010, un nouvel Acte uniforme a été adopté par le Conseil des Ministres de l'OHADA à Lomé au Togo. Ce nouveau texte, publié au journal officiel de l'OHADA le 15 février 2011, abroge l'Acte uniforme du 17 Avril 1997. Il entre en vigueur le 15 mai 2011, soit quatre-vingt jours après sa publication dans ce journal officiel conformément à l'article 9 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique tel que révisé à Québec le 17 Octobre 2008. L'Acte uniforme relatif au droit commercial général, se compose de 5 livres, respectivement consacrés à des questions fondamentales telles que le statut du commerçant, le registre du commerce et du crédit mobilier, le bail commercial et le fonds de commerce, les intermédiaires de commerce et la vente commerciale.

Comme nous l'avons souligné plus haut, le droit commercial français a indiscutablement inspiré la rédaction de l'Acte uniforme. Celui –ci comporte ainsi de nombreuses dispositions qui évoquent celui-là de façon plus ou moins directe. C'est notamment le cas lorsque l'Acte uniforme définit le commerçant (b) ou lorsqu'il envisage l'exercice du commerce (a)

a) L'exercice de commerce

Pour le droit OHADA comme pour le droit français, exercer le commerce, c'est accomplir des actes de commerce (1). Mais l'Acte uniforme subordonne aussi l'exercice du commerce à certaines conditions (2). Enfin, l'exercice du commerce est la source de plusieurs obligations pour le commerçant (3). Sur ce dernier point comme sur les autres, l'héritage du droit français est très significatif.

1- Les actes de commerce

A l'instar de l'AUDCG de 1997 et les législations nationales antérieures à l'OHADA, l'AUDCG du 15 décembre 2010 s'inscrit dans la tradition du code de commerce en reprenant la liste non exhaustive d'actes de commerce ou opérations « qui ont le caractère d'acte de commerce » de l'ancien article 3 de l'Acte uniforme adopté en 1997, entérinant par-là même l'évolution extensive du domaine des actes de commerce. Le tout premier Acte uniforme de 1997 n'a fait qu'entériner les solutions et les principes issus de la loi française notamment du code de commerce. Comme le code de commerce français, l'Acte uniforme relatif au droit commercial général ne définit pas la notion d'acte de commerce, il énumère plutôt les actes qui sont réputés commerciaux. Il est vrai que cette liste n'est pas exhaustive, ce qui constitue une différence considérable avec les dispositions françaises, que certains apprécieront sans doute tandis que d'autres sont plus sceptiques quant à la valeur d'un inventaire non exhaustif. Mais au-delà de cette différence, on retrouve dans le texte de l'article 3 un certain nombre de formules qui évoquent assez nettement celles de l'actuel article L.110-1.

Dans les législations antérieures à l'OHADA, l'énumération des actes de commerce était dans généralement celle de l'article 632 de l'ancien code de commerce français devenu article L. 110-1; mais la nouveauté, qu'il enrichit l'éventail des activités constituant des actes de commerce par l'adjonction d'opérations nouvelles et d'une catégorie purement doctrinales et jurisprudentielle en droit français que sont les actes de commerce par accessoire.

En ce qui concerne les actes de commerce par nature, l'article 3 de l'AUDCG reprend l'essentiel de la liste classique des actes mentionnés ci-dessus.

Il s'agit d'abord de « l'achat de biens meubles pour les revendre », alors que l'ancien article 632 du code de commerce visait « les denrées et marchandises ». Dans la liste des actes de commerce, la jurisprudence et la doctrine française avaient étendu la commercialité à l'ensemble des biens meubles, c'est cette solution que reprend l'AUDCG en désignant « l'achat des biens meubles pour les revendre » dans l'énumération des actes de commerce.

Concernant les achats pour revendre, à titre d'exemple, dans ce type d'activité deux stades sont importants :

L'achat

Il consiste à acquérir un produit ou un service pour le revendre tel quel. La personne qui réalise cette activité n'intervient donc pas dans le processus de production. Le "travail" ou la "mise en œuvre" (adaptations, remaniements ou mises en fonction) ne fait pas perdre à l'activité son caractère "d'achat" pur.

Devant l'inquiétude des promoteurs³⁷ de voir l'achat pour revendre d'immeubles inclus dans le domaine de la commercialité, le législateur français a précisé que l'achat d'immeuble en vue de construire des immeubles puis de revendre en bloc ou par locaux demeurerait civil. Le domaine d'application de l'achat pour revendre est extrêmement vaste. En effet, en plus des meubles corporels, catégorie traditionnelle et la plus fréquente, la loi a ajouté de nombreux meubles incorporels, et même les immeubles.

Pour revendre

Ce qui compte ici c'est l'intention de revendre. Un commerçant qui ne revend pas son stock ne rend pas de ce seul fait civil l'achat du stock. La preuve de l'intention de revendre résulte le plus souvent de la profession de l'acheteur. La revente doit être destinée à dégager un bénéfice selon la jurisprudence. Les achats pour revendre au prix coûtant seraient donc exclus du domaine de la commercialité. La transformation du bien acheté par l'acquéreur avant sa revente est normalement sans incidence. Si l'acquéreur exerce une profession civile, dans ce cas il est possible de faire application de la théorie de l'accessoire.

On cite également au titre de l'énumération classique des actes de commerce par nature, les opérations financières telles que les opérations de banque, de change, de courtage et d'assurance. Les trois premières de ces opérations étaient mentionnées par l'article 632 de l'ancien code de commerce français ; l'AUDCG reprend cette solution « bien qu' » en revanche, l'activité d'assurance qui n'était pas couverte par l'ancien code de commerce, a été inscrite par L'AUDCG dans la liste des actes de commerce par nature.

L'AUDCG classe également parmi les opérations de manufacture et de transport, de location de meubles, de commission et d'agent d'affaires. L'ancien code de commerce exigeait que ces opérations soient accomplies dans le cadre d'une entreprise. Le législateur OHADA a supprimé cette condition.

Ensuite, concernant les actes de commerce par la forme, l'AUDCG a repris dans son article 4³⁸, la lettre de change prévue à l'article L-110-1*10³⁹ du code de commerce. Cette qualification commerciale de la lettre de change s'explique par fait que toute personne qui fait des lettres d'échanges peut se voir appliquer le droit commercial. Ainsi, la lettre de change (parfois appelée

37

Un promoteur est un professionnel du secteur immobilier, parfois également appelé promoteur-constructeur. Son rôle dans ce secteur d'activité est bien défini : il organise et finance la construction de projets immobiliers. Ces derniers peuvent être de toute nature (logements, commerces, complexes industriels, etc.) et de différentes ampleurs (d'un lotissement à un ensemble de plusieurs immeubles par exemple).

38

Ont notamment le caractère d'actes de commerce, par leur forme, la lettre de change, le billet à ordre et le warrant.

39

La loi répute actes de commerce : Entre toutes personnes, les lettres de change.

traite) est un écrit par lequel une personne, créancier d'origine, dénommée tireur, donne à un débiteur, appelé tiré, l'ordre de payer à l'échéance fixée, une certaine somme, à une personne appelée bénéficiaire ou porteur (qui est souvent le tireur lui-même). Comme cette technique ne se rencontre que dans les rapports d'affaires, le législateur OHADA en s'inspirant de son homologue français a retenu sa commercialité formelle, toute personne qui signe un document intitulé lettre de change, accompli un acte de commerce qui relève des règles du droit commercial.

La filiation entre l'AUDCG avec le code de commerce apparait encore lorsque l'on envisage, non plus la définition des actes de commerce, mais la question de leur preuve. Voici en effet l'article 5 de l'Acte uniforme : « Les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à l'égard des commerçants ». Et l'article L110-3 du code de commerce français dispose : « A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ». C'est le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale. Cette disposition existait également à l'art. 109 du Code de commerce de 1807.

On retrouve également une parenté certaine entre la formulation de l'article 16 de l'Acte uniforme, qui dispose que « Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants, ou entre commerçants et non-commerçants, se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes » et celle de l'article L.110-4 du code de commerce qui prévoit que : « Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes. ».

2- Les conditions juridiques de l'exercice du commerce

Concernant la capacité d'exercer le commerce, compte tenu du fait que toute personne a le droit d'exercer une activité commerciale qui soit de nature à lui procurer les moyens de sa survie, sous réserve de la licéité et la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs, toute personne physique peut en principe exercer le commerce et dès lors acquérir la qualité de commerçant. Ainsi, à l'instar du code de commerce de 1807, l'Acte uniforme relatif au droit commercial général prévoit certaines

incapacités à l'exercice du commerce⁴⁰. En effet, les mineurs, sauf s'ils sont émancipés, ne peuvent ni avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce. Le mineur est la personne

physique qui n'a pas encore atteint l'âge fixé par chaque droit national⁴¹. L'incapacité de commerce

40

A.Pedro SANTOS et J.YADO TOE, OHADA, Droit commercial général, Bruylant, Bruxelles, 2002.P.93.

41

L'âge de la majorité est fixé à vingt ans au Burkina-Faso (art 554 .C.pers.et Fam) et dix-huit ans au Sénégal (art.276, al 1^{er} C.Fam) au Togo (art.265.C.Fam) et au Congo Brazzaville.

du mineur non émancipé est absolue et ne peut être levée par aucune autorisation. Un tel mineur ne peut dès lors accomplir que les actes usuels de la vie courante ou des actes conservatoires⁴². A contrario, le mineur émancipé peut se voir reconnaître la qualité de commerçant s'il accomplit des actes de commerce. Les causes d'émancipation sont régies par chaque droit national. Ce principe est posé à l'article 7 du nouveau acte uniforme relatif au droit commercial général qui dispose que « le mineur sauf s'il est émancipé ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce ». Cette disposition n'est que la photocopie de l'article L-121-2 (bien qu'ayant été reformulé autrement) qui prévoit que « le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président de tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé ». Ainsi, en France tout comme dans les pays membres de l'OHADA, le mineur est émancipé de plein droit par le mariage.

L'Acte uniforme portant droit commercial général tout comme le code de commerce de 1807 ne traite pas de la situation des majeurs incapables. Toutefois, en ce qui concerne le droit de l'OHADA, puisque l'article 7 de l'AUDCG dispose que nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce, il faut en déduire que les majeurs incapables sont exclus de la profession du commerçant. Le droit OHADA ne réglementant pas expressément la capacité des personnes, c'est le droit national qui s'applique⁴³. On retrouve en général trois régimes de protection des majeurs incapables : la protection de la justice, la tutelle et la curatelle⁴⁴.

Enfin, en ce qui concerne la capacité de femme mariée d'accomplir des actes de commerce, l'AUDCG comporte sur ce point une disposition clairement empruntée à son aïeul français. Ainsi, l'article 7 alinéa 2 de l'AUDCG a également repris l'esprit de l'article L-121-3 du code qui dispose : « le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux ». Dans le même sens, l'article 7 alinéa 2 de l'AUDCG dispose : « le conjoint du commerçant n'a la qualité du commerçant que s'il accomplit les actes visés aux articles 3⁴⁵ et 4⁴⁶ ».

42

TRAORE « Présentation synthétique du statut du commerçant et des auxiliaires de commerce dans l'acte uniforme de l'ohada portant droit commercial général », *actualités juridiques*, n°35 /2003, p.7.

43

B.BIA, « la qualité de commerçant en droit congolais et en droit issu de l'OHADA », www.ohada.com, p.10.

44

A.Pedro SANTOS et J.YADO TOE, *OHADA, Droit commercial général*, Bruyant, Bruxelles, 2002, P.97.

45

L'acte de commerce par nature est celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire...

46

Ont notamment le caractère d'actes de commerce, par leur forme, la lettre de change, le billet à ordre et le warrant

En effet, loin de traiter le problème relatif au statut juridique du conjoint de commerçant au regard de l'activité commerciale de ce dernier qui fera l'objet du chapitre 1 de notre deuxième partie, le législateur français en imposant à l'époux du commerçant d'exercer une activité commerciale séparée de celle de son conjoint pour pouvoir bénéficier du statut de commerçant, a quand même mis en parallèle, une alternative qui est celle du choix entre les trois statuts de conjoint collaborateur, associé et salarié, lorsque ce conjoint exerce de manière régulière une activité professionnelle.

En revanche, le législateur OHADA en prévoyant la capacité ou la possibilité pour le conjoint du commerçant d'exercer le commerce dans les conditions que celles prévues par l'article L-121-3 du code de commerce, n'a pas envisagé ou prévu un statut juridique applicable au conjoint participant en tant qu'acteur du droit des affaires à l'exercice de l'activité de son partenaire comme a fait son homologue français; alors qu'en Afrique, notamment dans les pays membres de l'OHADA le chef d'entreprise ou le commerçant bénéficie souvent de l'aide ponctuelle de son conjoint dans l'exercice de son activité professionnelle.

3- Les obligations liées à l'exercice du commerce

En France, comme dans l'espace OHADA, le statut de commerçant va de pair avec certaines obligations comptables. Par conséquent, l'article 13 de l'AUDCG oblige tous les commerçants à tenir un journal qui enregistre les opérations commerciales quotidiennes de l'entreprise, un grand livre et un livre d'inventaire.

Le commerçant en Afrique, soumis à des obligations comptables, est, comme son homologue en France, également obligé de s'immatriculer. Cette immatriculation doit être requise auprès du registre de commerce et du crédit mobilier, qui constitue l'objet exclusif du livre 2 de l'Acte uniforme.

La création de ce registre constitue une réforme importante car il s'agit de centraliser toutes les informations relatives au statut juridique et à l'endettement des commerçants, dans le but évident de faciliter l'information des cocontractants potentiels et des créanciers de l'entreprise et donc, au-delà, de sécuriser les activités commerciales. Importante, cette réforme était tout aussi nécessaire, car les systèmes d'inscription utilisés auparavant par les différents Etats membres avaient la réputation d'être peu fiables et quelque peu désuets.

Le registre du commerce et du crédit mobilier est tenu par le Greffe de la juridiction désignée par la législation nationale comme compétente. Les données ainsi recueillies sont centralisées dans un Fichier Régional tenu auprès de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage centralisant lui-même les données consignées dans chaque Fichier National⁴⁷. Cela étant, il semblerait que la mise en place

47

Article 36 de l'AUDCG.

de ces divers registres soulève un certain nombre de difficultés, et notamment des problèmes d'information.

Comme le registre du commerce et des sociétés français, le RCCM a pour objet de recevoir l'immatriculation des personnes physiques ayant la qualité de commerçant, mais aussi celle des

sociétés commerciales⁴⁸. Comme en France toujours, l'immatriculation constitue une obligation⁴⁹ et la juridiction compétente peut rendre une décision en joignant à l'intéressé d'y faire procéder. Et comme en France encore, cette immatriculation conditionne la naissance de la personnalité morale des sociétés commerciales. Toujours à l'instar du droit français, « toute personne physique assujettie à l'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier qui n'a pas demandé celle-ci dans les délais prévus, ne peut se prévaloir, jusqu'à son immatriculation, de la qualité de commerçant lorsque son immatriculation est requise en cette qualité »⁵⁰.

« Toute personne morale assujettie à l'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit mobilier qui n'a pas demandé celle-ci dans les délais prévus, ne peut se prévaloir de la personnalité juridique jusqu'à son immatriculation »⁵¹.

« Toutefois, elle ne peut invoquer son défaut d'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations inhérentes à cette qualité »⁵².

b) La définition du commerçant

Concernant la notion de commerçant, le droit commercial français a indiscutablement inspiré la rédaction de l'Acte uniforme. Celui-ci comporte ainsi de nombreuses dispositions qui évoquent celle-ci de façon plus ou moins directe.

Le fait d'évoquer ici la question de la définition du commerçant, parmi tant d'autres régies par l'AUDCG, n'est pas innocent. A ce stade, la parenté avec le droit français est particulièrement nette et, de surcroît, apparaît dès les premières lignes de l'Acte uniforme.

48

Article 35 de l'AUDCG.

49

Article 44 pour des personnes physiques (Toute personne physique dont l'immatriculation est requise par la loi doit, dans le premier mois de l'exercice de son activité, demander au greffe de la juridiction compétente ou à l'organe compétent dans l'Etat Partie, dans le ressort de laquelle son activité se déroule, son immatriculation au registre du Commerce et du Crédit Mobilier.).

Article 46 pour des personnes morales (Les personnes morales soumises par des dispositions légales à l'immatriculation doivent demander leur immatriculation dans le mois de leur constitution, auprès du greffe de la juridiction compétente ou de l'organe compétent dans l'Etat Partie dans le ressort duquel est situé leur siège social ou leur principal établissement.).

50

Article 60 al1.

51

Article 60 al2.

52

Article 60 al3.

Avant l'OHADA, la définition du commerçant dans ces Etats actuellement membres de l'OHADA (ou de la zone franc) était celle de l'article 1er de l'ancien code de commerce français selon laquelle « le commerçant est la personne qui effectue les actes de commerce à titre de profession habituelle ». Les Etats qui avaient refondu leur code de commerce, n'avaient pas abandonné cette définition. Cette définition avait été maintenue par le droit de l'OHADA jusqu'à la révision de l'AUDGC qui est venu préciser la notion du commerçant. Autrement dit, l'article 2 du nouvel AUDCG reprend la notion traditionnelle de commerçant de l'article 3 du code de commerce français de 1807 préférée à celle d'activité économique, en indiquant que sont commerçants ceux qui accomplissent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. Qu'il soit français ou africain, le commerçant est donc celui qui réalise habituellement des actes de commerce. Au fond, la seule différence tient à ce que le code de commerce envisage d'abord l'acte de commerce, avant de définir le commerçant. Mais pour le reste, l'identité est ici parfaite.

2°) L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif : fruit de la loi française du 13 juillet 1967

Les entreprises sont des unités économiques, des individus du monde des affaires qui, à l'instar de ce qu'on a coutume d'appeler le destin de l'homme, naissent, vivent et meurent. Toutes les personnes physiques ou morales sont débitrices d'obligations pécuniaires à l'égard des tiers, et dont le non-respect entraîne une certaine défaillance avec des répercussions en chaîne⁵³. Tout ceci était historiquement qualifié de déconfiture ou de faillite. La finalité essentielle de cette procédure était le paiement des créanciers. Du droit de la faillite, le législateur français est progressivement arrivé à consacrer celui des entreprises en procédant par une refonte entière de la matière et en changeant d'orientation quant à la finalité de la procédure⁵⁴. Désormais, avec l'avènement du droit des entreprises en difficulté et spécialement de celui des procédures collectives, il s'agit d'assurer la sauvegarde des entreprises qui peuvent être redressables. Tel est l'un des objectifs que poursuivent les procédures collectives, telles que réglementées par l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives adopté à Libreville le 10 Avril 1998 et révisé en 2015.

Il existe plusieurs dispositifs permettant aux entreprises de faire face à leurs difficultés :

- Certains cherchent à prévenir l'ouverture d'une procédure collective (il s'agit des

53

J. DJOGBENON, droit des entreprises en difficulté, 4eme éd, Litec, Paris 2006 n°1-p-1 ; parmi ces répercussions, on cite l'impossibilité de payer ses salariés par l'entreprise débitrice de rembourser ses emprunts, de payer ses impôts caisses vides, les banques arrêtent de soutenir l'entreprise, licenciement massifs.

54

J. DJOGBENON, Op.cit., p.5.

procédures amiables) ;

- D'autres organisent, dans le cadre d'une véritable procédure judiciaire, la survie ou la liquidation de l'entreprise en difficulté (il s'agit des procédures collectives.

L'évènement clé, celui qui détermine si l'entreprise peut bénéficier d'une mesure de prévention ou doit solliciter l'ouverture d'une procédure collective, c'est la cessation des paiements.

En effet, les procédures collectives constituent l'ensemble des mécanismes juridiques permettant de régler les difficultés financières et économiques des entreprises. Ces procédures sont dites collectives en ce qu'elles conduisent à réunir les créanciers en une masse d'une part, et en ce qu'elles visent à satisfaire collectivement les intérêts mis en péril par les difficultés de l'entreprise débitrice d'autre part. Ce sont des procédures faisant intervenir la justice lorsque le commerçant n'est plus en mesure de payer ses dettes.⁵⁵

Le lexique juridique pour l'entreprise, les entend comme les procédures ouvertes à l'encontre de tout commerçant, artisan ou personne morale de droit privé, en état de cessation des paiements, en vue de sauvegarder l'entreprise, de maintenir l'activité et l'emploi, et de procéder à l'apurement du passif. Autrement dit, c'est une procédure décidée par un juge afin d'organiser le paiement des créanciers d'une entreprise en difficultés et, si cela est possible, de permettre à cette dernière de poursuivre son activité. Cette définition envisage la procédure collective stricto sensu, c'est-à-dire une procédure ouverte en cas de cessation de paiement et on cite à cet effet le redressement judiciaire et la liquidation des biens.

Il découle de cette importante définition des procédures collectives, que celle-ci visent trois objectifs : il s'agit de protéger les créanciers impayés et d'assurer leur désintéressement dans les meilleures conditions possibles ; de punir et d'éliminer le commerçant qui n'honore pas ses engagements auxquels sont assimilés les dirigeants fautifs de personnes morales, de permettre la sauvegarde des entreprises redressables. Ces différents objectifs ont marqué au fil des temps une évolution profonde des procédures collectives.

Ainsi, le droit des procédures collectives a fait l'objet d'une évolution en France et dans (les États africains membres de l'OHADA).

L'évolution en France fait apparaître quelques grandes étapes. D'abord avant le code de commerce, à l'antiquité, il s'agissait du droit des faillites avant de passer au droit des entreprises en difficulté.

A Rome, lorsqu'un débiteur ne payait pas ses créanciers, ses biens étaient vendus et le prix en était reparti entre eux. C'est une procédure qui s'appelait la « Venditio Bonorum », la vente des biens et qui permettait un règlement forcé et collectif des dettes. Nous voyons que la faillite est non seulement

55

F.M. SAWADOGO OHADA, droit des entreprises en difficulté, coll. Droit uniforme africain Bruxelles, 2002, p.2.

une voie d'exécution collective mais également une infâmante pour le débiteur qui était exposé sur le « forum »⁵⁶. Cette procédure a traversé les siècles et l'on en trouve de multiples applications dans les foires du moyen Age où les biens étaient vendus d'une manière forcée et le failli en signe d'infamie était coiffé d'un bonnet vert.

Le code de commerce de 1807 fera la synthèse entre le droit romain et l'ancien droit, et a consacré tout un livre aux faillites et banqueroutes qui comporte les caractères essentiels du droit de la faillite à l'époque et qui s'applique particulièrement et uniquement aux commerçants.

La faillite à cette époque est l'état d'un commerçant qui ne paye pas ses dettes. Faillir c'est être en défaut c'est être défaillant. Sa situation est très différente de celle d'un particulier non commerçant qui, lorsqu'il ne paye pas ses créanciers, fait l'objet de poursuites individuelles. On dit en droit civil que le paiement c'est le prix de la course, c'est celui qui fera une saisie en premier qui aura le plus de chance d'être payé. Au contraire, la faillite est une procédure collective ou judiciaire. Le tribunal de commerce déclare la faillite, et à partir de ce moment-là, les créanciers ne peuvent plus poursuivre le débiteur et celui-ci est dessaisi de la gestion de ses biens. Les créanciers sont réunies en une masse c'est-à-dire en un groupement doté de la personnalité juridique et le débiteur est purement et simplement remplacé par un syndic de faillite pour la gestion de son patrimoine. La faillite a aussi dès cette époque, un caractère sanctionnateur. Le failli est déchu de ses droits civils et politiques, à une époque, il est même frappé de mort civil et peut aussi faire l'objet de sanctions pénales pour les actes les plus graves. A cette époque, on ne plaisantait pas avec la banqueroute puisque, le banqueroutier pouvait être relégué, condamné aux travaux forcés ou peine d'emprisonnement, à des amendes et parfois même à la peine de mort.

Cette perception de la faillite voie d'exécution collective et sanction du failli c'est-à-dire de celui qui a trahi la confiance de ses créanciers a perduré jusqu'à une loi du 04 mars 1889 qui a créé à côté de la faillite traditionnelle, une procédure de liquidation judiciaire ouverte au commerçant de bonne foi c'est à dire au commerçant peut être incompétents, mais pas malhonnête. A partir de ce moment-là, ce commerçant de bonne foi peut proposer un concordat à ses créanciers c'est-à-dire une sorte d'accord collectif par lequel les créanciers lui accordent des délais de paiement ou des remises de dettes et ce concordat est voté par les créanciers. Dès lors, le droit français s'engage dans une démarche dualiste. Si le débiteur est de bonne foi, il peut éviter la faillite. S'il est de mauvaise foi, tous ses biens sont vendus. Ces deux procédures ont été ensuite précisées en 1955, mais une évolution plus importante s'est produite en juillet 1967.

En effet, la loi de 1967 a distingué le sort de l'homme et le sort de l'entreprise. Pour la première fois,

56

Dans l'antiquité romaine, place du marché où le peuple s'assemblait à Rome et qui était le centre de la vie politique, économique et religieuse de la cité, lieu où se traitaient les affaires publiques.

les sanctions qui sont applicables au débiteur ou au dirigeant sont déconnectées du prononcé du commerce ou de son activité.

En somme, le débiteur peut présenter un concordat sérieux, il bénéficie du règlement judiciaire, ou bien il ne peut pas présenter le concordat sérieux, il est mis en liquidation des biens c'est-à-dire en faillite. L'on voit que l'évolution est très sensible car le choix est économique. Le critère n'est plus celui de la faute commise mais plutôt celui de la possibilité de présenter un concordat sérieux. On ne parle pas d'entreprise mais, l'entreprise est subjacente et présenter un concordat, c'est évidemment redresser l'entreprise. Au même moment, l'ordonnance du 23 septembre 1967 applicable aux entreprises les plus importantes dont la disparition peut causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale. Cette ordonnance va comporter aussi une innovation essentielle décisive. Avant même d'être en état de cessation de paiement, le débiteur peut saisir le Tribunal afin qu'il arrête les poursuites et qu'il ouvre une période d'observation au cours de laquelle, ce débiteur va pouvoir préparer un plan de redressement de l'entreprise. Les bases du droit des entreprises en difficulté sont ainsi posées. Ce droit des entreprises en difficulté qui va se forger au cours des années qui vont suivre, va être marqué par deux grandes périodes :

- La première période de 1984 à 1985

Partant du principe qu'il vaut mieux prévenir que guérir comme en matière médicale, la loi du 1er 1984 met en place tout un dispositif de détection des difficultés et de traitement amiable de ces difficultés. La prévention est née. La loi du 25 janvier 1985 qui la suit de peu, réglemente une seule procédure de redressement judiciaire de l'entreprise dont le but est de diagnostiquer les difficultés de l'entreprise au cours d'une période d'observation et de préparer un plan de redressement soit par continuation, soit par cession. Si un tel plan n'est pas possible, il y aura lieu de liquider et l'on retrouvera l'ancienne faillite.

- La deuxième grande période date de 2005

Le législateur français adopte une loi le 26 juillet 2005⁵⁷ de sauvegarde des entreprises qui permet aux entreprises qui ne sont pas encore en état de cessation de paiement, d'obtenir un plan de sauvegarde. Cette procédure est préventive et judiciaire.

Les textes postérieurs ont affiné ce droit positif. Plusieurs lois, des ordonnances et notamment des ordonnances n°2008-1345 du 18 décembre 2008, du 14 mars 2014 mais aussi la loi Macron du 6 Aout 2015 et la loi de modernisation de la justice du 18 novembre 2016. Tous ces textes qui se sont succédés à un rythme de plus en plus accéléré ont permis de bâtir tout un campus législatif, applicable aux entreprises en difficulté.

57

Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005.

En effet, abrogés et remplacés en 1984 et 1985 malgré leurs grandes qualités, le législateur communautaire d'Avril 1998 a préféré s'inspirer largement des textes de 1967 pour édicter le premier Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (révisé en 2015) que de s'inspirer plutôt de ceux de 1984 et 1985 ou suivants. Ainsi, parmi les emprunts les plus significatifs à la loi du 13 juillet 1967 faits par le législateur OHADA, nous avons, l'emprunt sur la notion de la masse des créanciers et celui relatif au sort des contrats conclus par une entreprise soumise à une procédure collective, pour ne citer que ceux-là.

a) Les créances postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective

Après avoir reconstitué les patrimoines de la société dans le cadre de la liquidation d'une société commerciale, les liquidateurs doivent désintéresser les créanciers sociaux conformément au principe d'égalité entre les créanciers. Ceux-ci doivent être désintéressés en tenant compte des causes de préférence dont certains peuvent bénéficier et dans une proportion semblable à ce que représentent leurs créances dans la totalité du passif social.

Le désintéressement des créanciers va s'opérer en fonction de la distinction entre les créanciers de la masse et les créanciers dans la masse.

Les créances postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective sont celles qui sont également appelées créances de la masse ou contre la masse par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC).

Dans l'espace OHADA et avant la révision de l'Acte uniforme initial portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (même dans le nouvel Acte uniforme de 2015), c'est l'article 117 de l'Acte qui s'intéressait ou qui s'intéresse toujours aux créances postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective.

Avant de nombreuses réformes législatives intervenues en France sur le droit des procédures collectives, ce genre de créances étaient organisées par la loi du 13 juillet 1967. Toutefois, la plupart de ces créances ont la plupart du temps permis de renouer avec les dispositions antérieures applicables aux créances postérieures. C'est notamment le cas de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 qui a rendu applicables les solutions retenues par le législateur antérieur à la loi de sauvegarde sur la non nécessité d'une relation entre la créance et l'activité professionnelle du débiteur.

Ainsi, comme nous le savons tous, la loi du 13 juillet 1967 a servi de modèle non seulement aux

législations nationales des pays membres ⁵⁸ de l'OHADA au lendemain des indépendances, mais

58

Le Sénégal a reproduit la loi française du 13 juillet 1967 dans son code des obligations civiles et commerciales résultant de la loi n°76-60 du 12 juin 1976 (article.927 à 1077), complétée par le décret d'application n°76-786 du 23 juillet 1976 ; le Mali par les articles 73 à 315 du code de commerce. Le Cameroun intègre dans un avant-projet de 213 articles le règlement judiciaire, la liquidation des biens et la faillite personnelle (art.23 à 213); le Bénin adopte les même

également à l'élaboration de l'AUPC et ce, concernant plusieurs de ses dispositions. De ce fait, comment expliquer qu'une loi de 1967 ait servi de modèle à un Acte uniforme adopté le 10 Avril 1998 alors qu'il existait des lois plus récentes (comme celles de 1984 et 1985 que nous avons évoquées plus haut) que celle de 1967 ? N'aurait-il pas forcément un décalage temporel ou contextuel ?

Pour certains juristes africains, la référence à la loi française du 13 juillet 1967 par le législateur OHADA dans le cadre de l'élaboration de l'AUPC pouvait s'expliquer par une lecture contextuelle de ladite loi. En effet, selon le rapport du Sénat français de l'époque : « La loi du 13 juillet 1967 et l'ordonnance du 23 septembre 1967 avaient été adoptées dans une période de croissance économique, lorsque les défaillances d'entreprises représentaient 9000 à 10000 dossiers par an. Or, en 1984 et 1985, lorsque la réforme de ces dispositifs fut discutée, la crise s'était installée et les règlements ou liquidations judiciaires s'élevaient à près de 23000 par an ». Ainsi, il ressort qu'entre les années 1995 et 1998, les pays membres de l'OHADA ou de la zone OHADA ont également connu une période de croissance économique avec une moyenne de 3,7% donc une croissance meilleure que celle de la période de 1991-1994 qui était de 1,9%. Tel est en quelque sorte pour ces juristes, des raisons qui ont motivé le législateur communautaire de s'inspirer de la loi de 1967 pour l'édiction de l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives.

La prise en compte de la notion de masse des créanciers est l'un des emprunts à la loi du 13 juillet 1967 le plus significatif. L'Acte uniforme portant procédures collectives a repris l'article 13 alinéa 1er de la loi du 13 juillet 1967 qui dispose : « le jugement qui prononce le règlement judiciaire et la liquidation des biens constitue les créanciers en une masse représentés par le syndic qui seul agit en

solutions que le Cameroun dans un avant-projet de 266 articles ; la République Centrafricaine a institué, sur le modèle de l'ordonnance française du 23 septembre 1967, une procédure de suspension des poursuites et d'apurement collectif du passif pour les entreprises d'intérêt national en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise (F. Michel SAWADOGO) ; OHADA Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 2008, PP.875 et 878.

59

Avant l'Acte uniforme OHADA du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, les textes applicables en Afrique francophone étaient les suivantes: la faillite réglementée par les articles 437 à 614 du code de commerce français de 1807 ou la loi du 28 mai 1838 atténuant la sévérité du code de 1807; la loi du 4 mars 1889 instituant la liquidation judiciaire qui était une faillite atténuée réservée aux débiteurs malheureux mais honnêtes ayant déposé leur bilan dans les quinze jours de la cessation des paiements et remis à la tête des affaires assistés d'un liquidateur judiciaire, le décret-loi du 08 Août 1935 étendant les échéances de la faillite et les sanctions de la banqueroute aux dirigeants sociaux; le décret-loi du 30 octobre 1935 apportant des modifications au code de commerce dans le sens d'une accélération et d'une simplification de la procédure collective ; le décret du 20 mai 1955 remplaçant la liquidation judiciaire par le règlement judiciaire, la faillite étant maintenue mais conduisant à la liquidation totale de l'entreprise ; la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite et la banqueroute en distinguant entre le sort de l'homme et celui de l'entreprise ; l'ordonnance du 23 septembre 1967 instituant une procédure dénommée suspension provisoire des poursuites réservée aux grandes entreprises connaissant des difficultés sérieuses mais qui ne sont pas encore en état de cessation de paiement et dont le sauvetage est compatible avec l'intérêt des créanciers ; la loi du 1er mars 1984 améliorant la détection et la prévention des difficultés de l'entreprise par une procédure discrète appelée règlement amiable et destinée à remplacer la procédure de suspension provisoire de poursuite de l'ordonnance du 23 septembre 1967 ; la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire.

son nom et peut l'engager ». Par cette disposition, la loi du 13 juillet 1967 donne une base légale à la notion de masse. C'est dans le même sens que l'article 72 alinéa 1er de l'AUPC a repris l'article 13 alinéa 1er de la loi de 1967 malgré le jeu de mots du législateur communautaire. Selon cet article : « la décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui seul agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager ».

Aussi bien sous l'empire la loi française du 13 juillet 1967 que de l'AUPC issu du traité OHADA, la détermination de la nature des créanciers dans les procédures collectives se fait conformément à celle de la notion de masse des créanciers. C'est dans cette optique que le créancier dont la créance est antérieure au jugement d'ouverture est soumis au régime des créanciers dans la masse; alors que la créance née postérieurement à l'ouverture d'une procédure collective bénéficie des faveurs applicables aux créanciers contre la masse autrement dit de la masse. Comme nous l'avons constaté, le législateur communautaire a transposé les dispositions de la loi française de 1967 pour établir la distinction des créanciers appuyée sur les notions de masse et dans la masse lorsqu'une entreprise est soumise à l'ouverture d'une procédure collective.

b) Le cas du sort des contrats conclus par l'entreprise soumis à une procédure collective

L'entreprise est bien souvent constituée aujourd'hui de contrats. Elle est devenue ce que d'aucun appelle un nœud de contrats. On se rend compte que dans l'exercice de l'activité d'une entreprise ou d'une société, les contrats vont être essentiels, que ce soit des contrats avec des fournisseurs, des contrats à exécution successive ou même les marchés qui sont en cours à l'ouverture de la procédure collective.

Au-delà de ce sujet, le législateur a posé le principe du maintien des contrats en cours lors de l'ouverture d'une procédure collective (art 1.62.13 du code de commerce) en donnant au syndic ou à l'administrateur judiciaire, la possibilité de faire un choix et d'opter soit pour la poursuite soit au contraire pour la résiliation des contrats en cours (2). Toutefois, en France sous l'empire de la loi de 1967, certains contrats en cours de par leur nature devraient de plein droit être frappés de disparition et le syndic n'avait pas d'option de décider ou non de leur continuation. A l'instar du législateur français de 1967, le législateur OHADA de 1997 avait également pensé résilier certains contrats de plein droit en dérogeant au principe de la continuation (1) avant d'admettre ou de considérer en 2015 comme son homologue français de 1985 que ce genre de contrats en cours pourraient être nécessaires au sauvegarde de la société et aucune résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

1- La résolution automatique des contrats dérogeant au principe de la continuation

L'article 107 de l'ancien Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif distingue entre deux catégories des contrats frappées de disparition, c'est à dire de la résolution ou de la résiliation lors de la survenance de redressement judiciaire ou de liquidation des biens de l'entreprise⁶⁰ : les contrats conclus intuitu personæ d'un côté et de l'autre , ceux expressément prévus par chaque États membre de l'OHADA⁶¹ .Pour ce qui nous concerne, seuls les premiers vont dans le sens de la loi française de 1967.

En effet, sont déclarés conclus intuitu personæ⁶² , des contrats conclus en considération de la personne, c'est à dire en tenant compte de certaines qualités personnelles de son cocontractant telles que sa compétence, son savoir-faire, sa réputation et sa solvabilité ; comme le contrat de mandat général, le mandat commercial, le cautionnement, les contrats de franchise, les contrats de société de personnes etc.

Ces contrats impliquent entre les cocontractants une confiance réciproque qui joue un rôle prépondérant. Par conséquent, les parties sont présumées n'avoir fait confiance qu'au seul contractant. Cet élément de confiance a amené le législateur OHADA à ne pas maintenir ces contrats lorsque l'un des cocontractants est soumis à une procédure collective.

En effet le droit des contrats des procédures collectives précise que les contrats intuitu personæ sont exclus du domaine de la continuation, ce qui signifie que ces contrats sont résiliés de plein droit dès l'instant qu'une procédure collective est prononcée à l'encontre du débiteur et le syndic n'a aucune faculté d'option à leur égard.

Cette position du droit OHADA s'inscrit dans le même cadre que la loi française de 1967. Sous l'empire de celle-ci, on considérait que les contrats conclus intuitu personæ étaient à l'évidence résiliés de plein droit à tel point que l'administrateur judiciaire n'avait même pas d'option. Le législateur OHADA s'est inspiré de la loi de 1967 pour écarter du domaine de la continuation, tous les contrats conclus en considération de la personne.

Cette interprétation était fondée sur l'article 2003 du code civil sur le mandat. Ainsi, le législateur OHADA en s'inspirant de son homologue français de 1967, a fait application de cette règle non

60

A. AZIBER SEID. « Contrat et droit OHADA des procédures collectives d'apurement du passif des entreprises en difficulté dans les pays de la zone OHADA ». Legis collection droit OHADA. 2005.

61

Le législateur OHADA via l'article 107 de l'AUPC, a confié à chaque État partie la possibilité de prévoir expressément les contrats dérogeant au principe général de la continuation. Si cette latitude laissée aux États est mal comprise ou mal appliquée, elle peut aller à l'encontre de la volonté du législateur OHADA qui est de limiter les cas dans lesquels la continuation des contrats en cours n'est pas possible.

62

D. KRAJESKI, *l'intuitu personæ dans les contrats*, Thèse université de Toulouse I-Science sociales, 1998.

seulement au mandat de droit commun et au mandat commercial⁶³, mais également aux contrats de société de personnes⁶⁴, le cas du compte courant et ouverture de crédit⁶⁵.

Mais au fil des temps, le législateur français a considéré que la continuation des contrats conclu en considération de la personne pourrait éventuellement aussi être nécessaire au sauvetage de l'entreprise que celle des autres contrats. C'est certainement la raison de l'abandon de cette exclusion (que le législateur OHADA de 1997 avait toujours maintenu en gardant la même philosophie de la loi de 1967) par la loi française de 1985 dont l'article 37, relativement à la poursuite des contrats en cours, ne distingue pas selon que les contrats sont ou non conclus en considération de la personne. La cour de cassation, sous le régime actuellement en vigueur, a considéré dans un arrêt de principe du 8 février 1987 que l'administrateur a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours lors du prononcé du redressement judiciaire, sans que l'on puisse distinguer selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne⁶⁶, comme le distinguait la loi de 1967 dont le législateur OHADA a repris l'esprit ou s'est inspiré.

D'après le Professeur FALIGA SAWADOGO, l'idée de l'exclusion des contrats conclus intuitu personae du domaine de la continuation des contrats en cours, aussi nécessaires que les autres au sauvetage de l'entreprise, peut être critiquée en ce qu'elle compromet le redressement de l'entreprise parce qu'elle coupe l'entreprise de son environnement.

2- Le principe de nécessité de maintien des contrats en cours

Selon les dispositions de l'ancien Acte uniforme de 1998 portant organisation des procédures collectives, hormis pour les contrats conclus en considération de la personne du débiteur et ceux prévus expressément par la loi de chaque Etat partie, la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution et toute clause de résolution pour un tel motif est réputée

63

Pour le mandat commercial, le commissionnaire, le courtier et l'agent commercial, visés par le titre 1 du livre 7 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, ont des relations contractuelles fondées sur la considération de la personne. L'article 189 de l'Acte uniforme de droit commercial révisé dispose que : « le mandat de l'intermédiaire cesse également en cas de décès, d'incapacité ou dans le cas prévu par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, que ces événements concernent le représenté ou l'intermédiaire ».

64

Pour ce type de contrat, la société en nom collectif prend fin lorsqu'un ou plusieurs associés sont personnellement soumis à une procédure de liquidation de biens.

En revanche le législateur de 1985 décide que les contrats même conclus intuitu personae peuvent être maintenus par l'administrateur ; et la loi de 1985 prévoit quelque fois elle-même que, lorsqu'un associé de la SNC est personnellement admis au redressement judiciaire cela aboutissait à la dissolution de la société ; mais la loi prévoit à titre exceptionnel qu'il ait plus dissolution de la SNC.

65

Il est traditionnellement admis en droit OHADA que la procédure collective entraîne la clôture immédiate d'un compte courant ou d'une ligne de crédit.

66

Cass.com., 13 avr.1999 : bull.civ. IV, n°87.LPA 25 mai 1999, n°103, 103, p.10.

non écrite. Ce texte reprend le principe de continuation des contrats en cours également admis tant par la loi française de 1967 (qui a inspiré le législateur communautaire de 1998), que par celle de 1984, 1985 et suivantes.

Le contrat en cours est un contrat dont les effets ne sont pas achevés au moment de jugement d'ouverture. C'est un contrat en cours d'existence et un contrat en cours d'exécution. Sont inclus dans cette définition les contrats à exécution successive tels que les baux, concession et franchise, tant que la prestation n'a pas été entièrement fournie au débiteur au jour du jugement d'ouverture ; mais en sont exclus les contrats en cours de formation au jour du jugement d'ouverture, les contrats arrivés à leur terme et les contrats résolus ou résiliés à cette date.

En ce qui concerne les contrats à exécution instantanée, leur nature les exclue du champ d'application des contrats en cours. Cependant lorsqu'un contrat n'a pas produit tous ses effets au jour du jugement d'ouverture, comme un contrat de vente avec réserve de propriété jusqu'au complet paiement du prix, il est considéré comme un contrat en cours.

Précisons que lorsqu'une procédure collective est ouverte, pour que la clause résolutoire soit acquise et puisse jouer, elle doit avoir été judiciairement constatée par une décision passée en force de chose jugée avant le jugement d'ouverture. A défaut, le contrat poursuivra son cours ⁶⁷ .

La règle de la continuation des contrats en cours n'était pas d'ordre public sous l'empire de la loi française de 1967 et de l'Acte uniforme de 1998 (comme nous l'avons précisé dans les précédents paragraphes).

A l'heure actuelle, en France tout comme dans le droit de l'OHADA ⁶⁸ cette règle s'applique même en cas de contrat *intuitu personae*, tel qu'un contrat d'ouverture de crédit consenti au débiteur. De même, l'administrateur (ou le débiteur) peut demander la continuation du contrat alors même que le débiteur n'avait pas exécuté ses obligations avant le jugement d'ouverture en précisant tout de même que ces contrats peuvent être résiliés en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire et lorsque sa situation s'avère irrémédiablement compromise, mais cette situation ne peut résulter de la seule cessation des paiements.

Concernant les critères qui président le choix de l'administrateur ou du syndic lorsque l'entreprise est en sauvegarde ou en redressement notamment en ce qui concerne la continuation ou non des contrats, en droit français tout comme en droit communautaire OHADA, nous pouvons dire qu'il y aurait essentiellement trois critères.

67

Cass.Com.28 oct. 2008.

68

Selon l'article 107 de l'Acte uniforme révisé de 2015 portant procédures collectives : « Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle ou indivisibilité, aucune résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens ».

Le premier est le critère de savoir si on est en capacité d'honorer les engagements du contrat que ce soit les engagements de payer ou les engagements de faire. C'est le premier critère sur lequel le syndic ou l'administrateur judiciaire va s'interroger.

Le deuxième critère est celui de l'utilité du contrat au redressement de l'entreprise en difficulté. Le maintien du contrat peut-il s'avérer défavorable ou non au redressement de la structure ?

Nous pouvons citer quelques exemples. En effet, un marché qui serait en cours et qui s'avérerait déficitaire pour l'entreprise de par les obligations qui en découleraient pour le débiteur, tel marché pourrait donner lieu à une initiative de l'administrateur judiciaire en vue de sa résiliation afin de limiter les conséquences négatives ou néfastes de ce contrat.

Un autre exemple plus pragmatique c'est également la problématique que nous ne pourrions avoir à maintenir un contrat de location d'un matériel qui s'avérerait inutile dans les mois à venir pour l'exercice de l'exploitation. Dans un tel cas, l'administrateur doit également se poser la question de l'opportunité éventuellement de résilier le contrat ou de le céder.

Le dernier critère serait très certainement, le critère de conséquence de la résiliation pour la procédure ; et en particulier le fait que le cocontractant qui voit son contrat résilier à l'initiative du syndic va pouvoir réclamer une créance indemnitaire à la société placée en redressement ou en sauvegarde. Compte tenu de l'ampleur que peut prendre cette créance indemnitaire, l'administrateur devra agir avec circonspection c'est-à-dire avec précaution et s'assurer du montant qu'il va générer en terme d'augmentation du passif de la société. Pour donner un exemple, un bail commercial d'une durée ferme de 10 ans peut générer un montant du passif tout à fait considérable si un tel contrat vient à être résilié au cours de premières années.

Pour ce qui concerne le devenir de ce passif indemnitaire, en réalité, la créance indemnitaire va devoir être produite au sein du passif antérieur et ne pourra en aucune manière être réclamée au débiteur au cours de la période d'observation. En réalité, c'est une augmentation de la dette qui devra être assumée dans le cadre d'un éventuel plan.

A l'ouverture de la procédure, le contrat se poursuit tant que le syndic n'a pas pris de décision.

En effet, si le contractant estime que le contrat n'est pas à son avantage, il va pouvoir mettre en demeure l'administrateur judiciaire en lui demandant s'il entend opter ou pas pour la poursuite du contrat. Dans une telle situation, l'administrateur ou le syndic bénéficie d'un délai d'un mois pour répondre ou pour donner sa position. Il peut également dans certains cas, demander un rallongement au juge commissaire de manière à être un peu plus éclairé dans le choix qu'il doit opérer sur le maintien ou la résiliation. Il convient d'indiquer que le défaut de réponse au bout d'un délai d'un mois, en absence d'une saisine du juge commissaire, conduit à la résiliation du contrat. C'est ce que prévoient les articles 108 et 109 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives et d'apurement du passif en ces termes : **Art.108** « Le syndic a seul la faculté d'exiger l'exécution des

contrats en cours.

Il peut être mis en demeure par le cocontractant par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, de prendre parti sur la poursuite des contrats en cours. Cette mise en demeure fait courir un délai de trente (30) jours à compter de la réception par le syndic ». **Art. 109** « Le juge-commissaire constate la résiliation de plein droit du contrat, à la demande du cocontractant :

. Si le syndic ne répond pas à la mise en demeure prévue à l'article 108 ci-dessus dans le délai imparti, étant précisé que la fourniture de la prestation promise au cocontractant avant expiration de ce délai vaut décision de poursuivre le contrat ... ».

Ces dispositions ne sont que la copie de l'article **L.641-11-1 (1°)** du code de commerce qui dispose : « Le contrat en cours est résilié de plein droit :

1° Après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant au liquidateur et restée plus d'un mois sans réponse. Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir au liquidateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour se prononcer...».

En analysant les dispositions si dessus mentionnées, nous pouvons conclure qu'en droit français tout comme en droit OHADA, il y aurait en réalité 4 situations qui peuvent conduire à la résiliation du contrat par le Syndic.

D'une part, la mise en demeure avec l'option pour la résiliation immédiate par l'administrateur judiciaire.

Le deuxième cas serait la mise en demeure et l'absence de réponse du syndic bien que ce soit un cas particulièrement rare à notre avis.

La troisième voie de résiliation c'est l'administrateur qui peut en être à l'origine. Il peut mettre fin au contrat en ayant constaté qu'il ne sera pas en mesure de disposer de fonds suffisants pour honorer l'engagement contractuel.

Pour finir, la dernière situation c'est la capacité pour le syndic de saisir le juge commissaire en vue d'obtenir la résiliation du contrat avec dans ce cadre-là, une vérification par le juge commissaire que cette résiliation ne portera pas atteinte aux intérêts du cocontractant.

3°) La parenté de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution avec le code de procédure civil français

Le droit des voies d'exécution est une branche de droit qui permet à un créancier d'obtenir son due quand il est confronté à un débiteur défaillant. C'est un droit qui est à la recherche de l'effectivité.

En effet, Aussi bien, après avoir été négligées, les procédures simplifiées de recouvrement et voies

d'exécution connaissent actuellement un regain d'intérêt de la part des investisseurs et des praticiens dans l'espace OHADA.

L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution adopté à Libreville le 10 Avril 1998 et entré en vigueur le 10 juillet de la même année, qui a réformé ces procédures dans leur ensemble, explique en grande partie ce changement d'attitude dans la mesure où, le droit de l'exécution applicable jusque-là par les pays membres de l'OHADA qui appartiennent pour l'essentiel à l'Afrique francophone, était resté longtemps régi par les textes français de 1807.

Ce droit était devenu inadapté aux exigences économiques et sociales nouvelles. La situation bancaire entre autres de l'accroissement des impayés. Dans leur majorité, les institutions bancaires vont se révéler au courant des années 1980, illiquides et insolvables, résultat d'une dégradation de leurs portefeuilles. Puis s'en est suivie une insécurité juridique marquée par l'inefficacité des décisions de justice⁶⁹.

Face à cette incertitude juridique, le législateur OHADA venait alors rassurer les investisseurs en édictant des règles communes, simples, modernes et adaptées en vue du recouvrement efficace de leurs créances. Cette volonté résolument tendue vers l'exécution des obligations est à la base de cette profonde rénovation tant dans ses nouvelles procédures que dans la refonte des voies d'exécution préexistantes.

En effet, à l'instar du droit français, les mesures d'exécution forcée prévues par l'OHADA ont fixé un régime au titre exécutoire avec l'ambition de le revaloriser. Ainsi, à la lecture de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, il paraît possible de constater que le législateur communautaire a, dans le cadre du renforcement des avantages liés à la détention d'un titre exécutoire à titre d'exemple, repris les règles consacrées par son homologue de l'hexagone.

. Le renforcement des avantages liés à la détention d'un titre exécutoire

Depuis la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, qui a valorisé le titre exécutoire en droit français, les avantages liés à la détention de ce titre se sont accrus. Elle a réformé en profondeur les modalités d'exécution des jugements civils ainsi que le régime des mesures conservatoires.

Cette tendance a été suivie par l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de

69

A-M. ASSI-ESSO, N. DIOUF, OHADA, *Recouvrement des créances*, coll. *Droit uniforme africain*, Bruxelles, 2002.N. 424. f. ANOUKAHA, A-D.TJOUEN, *les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution*, n°108.

recouvrement et des voies d'exécution. Nous retrouvons ces avantages aussi bien au niveau des voies d'exécution (a), que de leur caractère contraignant (b).

a) Les voies d'exécution

Comme nous l'avons indiqué plus haut, les voies d'exécution renvoient aux moyens légaux qui permettent à un créancier d'obtenir la réalisation forcée de son droit.

En effet, les avantages liés à la détention par le créancier d'un titre exécutoire se manifestent notamment au niveau des mesures exécutoires (1) d'une part et des mesures conservatoires (2) d'autre part.

1- les mesures exécutoires

Sur ce terrain, les avantages liés à la détention d'un titre exécutoire se manifestent en matière de saisie-attribution puis de la saisie vente.

1-1- la saisie attribution : La suppression du jugement de validité et la consécration de l'effet attributif immédiat de la saisie

La saisie attribution est une voie d'exécution forcée permettant à un créancier de saisir entre les mains du tiers saisi, les créances relatives à une somme d'argent autre que des créances de rémunération et se faire attribuer les sommes dès l'exploit de saisie.

La saisie-attribution est considérée pour la plupart de professionnels de droit comme étant, la reine des saisies parce qu'elle est moins cher, rapide et très efficace.

En effet, la nouvelle saisie exécutoire portant sur des sommes d'argent encore appelé saisie-attribution aussi bien par le droit français que de l'AUVE, rend perceptible le but de revalorisation des titres exécutoires entrepris par le droit OHADA et le droit français.

Ainsi, des avancées sont à souligner au niveau de ces deux textes par rapport à la procédure antérieure dénommé saisie-arrêt.

Dans l'ancienne procédure de saisie arrêt qui était la procédure utilisée pour saisir des sommes d'argent et même détenteur d'un titre exécutoire, le créancier n'avait pas le droit de procéder directement à une mesure exécutoire. En effet, la procédure devait se faire en deux temps. La créance objet de la saisie devait d'abord faire l'objet d'une saisie conservatoire.

Ensuite, le créancier avait l'obligation d'assigner le débiteur en validité de la saisie. Ce n'est que le jugement de la validité qui emportait l'attribution. Tout autre est la situation du créancier titulaire d'un titre exécutoire sous l'empire des nouveaux textes.

En droit français tout comme en droit communautaire OHADA, le créancier peut pratiquer directement une mesure exécutoire qui opère attribution immédiate des créances objet de la saisie à son profit. C'est ce qui ressort de l'alinéa 1er de l'article L.211-2 du code des procédures civiles

d'exécution français et de l'article 154 de l'Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Le premier dispose : « *l'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie, disponible entre les mains du tiers ainsi que de tous ses accessoires. Il rend le tiers personnellement débiteur des causes de la saisie dans la limite de son obligation* ». Quant au second, il prévoit que « *l'acte de saisie emporte à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée ainsi que tous ses accessoires, mais pour ce montant seulement, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie, disponible entre les mains du tiers. Les sommes saisies sont rendues indisponibles par l'acte de saisie* ».

Cet acte rend le tiers personnellement débiteur des causes de la saisie dans la limite de son obligation ».

Au regard de ce qui précède, force est de constater que l'article 154 de l'AUVE est la copie conforme de l'article L.21162 du CPCE français malgré les jeux de mots du législateur communautaire en rajoutant par exemple et comme nous le constatons, « *Mais pour ce montant seulement* », « *Les sommes saisies sont rendues indisponibles par l'acte de saisie* », si non le fond reste le même. Autrement dit, malgré la différence de rédaction du reste à peine visible entre ces deux textes, il n'en demeure pas moins qu'ils consacrent tous les deux un même avantage au profit du créancier titulaire d'un titre exécutoire : l'attribution immédiate de la créance cause de la saisie ainsi que de tous ses accessoires au profit du créancier qui n'avait lieu sous l'ancienne saisie-arrêt qu'une fois que le jugement de validité est rendu.

L'attribution immédiate confère au créancier saisissant un droit exclusif sur cette créance de nature à faire barrage aux autres créanciers sur la même créance.

Toutefois, il convient de préciser que cette exclusivité ne joue pas vis-à-vis des créanciers qui ont signifié un acte de saisie-attribution le même jour, ces derniers étant considérés comme étant en situation de concours avec les créanciers saisissants.

Concernant ce dernier point, l'article L.211-2 du CPCE dispose « *Toutefois, les actes de saisie notifiés au cours de la même journée entre les mains du même tiers sont réputés faits simultanément. Si les sommes disponibles ne permettent pas de désintéresser la totalité des créanciers ainsi saisissants, ceux-ci viennent en concours* ». Quant à l'article 155 al 1^{er} de l'AUVE, il dispose : « *les actes de saisie signifiés au cours de la même journée entre les mains du tiers sont réputés faits simultanément. Si les sommes disponibles ne permettent pas de désintéresser la totalité des créanciers ainsi saisissants, ceux-ci viennent en concours* ».

A la lecture de ces deux dispositions, nous constatons une fois de plus une parenté particulièrement nette entre le droit français et le droit communautaire.

Concernant ce droit exclusif que bénéficie le créancier saisissant, la seule différence entre le droit

communautaire et le droit français se trouve au moment où le débiteur est soumis à une procédure collective.

En effet, en droit français, le droit exclusif fait échec au principe d'égalité des créanciers en cas d'ouverture d'une procédure collective. Autrement dit, la survenance d'un jugement portant ouverture d'une procédure collective de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ne remet pas en cause l'effet d'attribution-immédiate de la créance saisie. Ainsi, au terme de l'article L.211-2 al2 du CPCE : « *La notification ultérieure d'autres saisies, ou de toute autre mesure de prélèvement, même émanant de créanciers privilégiés, ainsi que la survenance d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, ne remettent pas en cause cette attribution* ». Ainsi dit, si l'effet attributif ne peut pas être remis en cause par la survenance d'un jugement de redressement, l'irrégularité de la dénonciation d'une telle saisie au débiteur soumis à une procédure collective entraîne la caducité de la mesure d'exécution. Cette irrégularité s'explique dans la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises. En effet, il ressort de l'article L.632-2 alinéa2 du code de commerce créée par ladite loi qu'une saisie attribution pratiquée par un créancier à compter de la date de cessation de paiement et en connaissance de celle-ci peut être annulée. Toutefois, cette annulation peut être qu'une faculté de la part des acteurs de la procédure collective.

Ainsi, dans un arrêt du 12 Mai 2016 (c.de cass 12 Mai 2016), le créancier d'une SARL, qui avait obtenu la condamnation de celle-ci à lui payer une provision avait fait pratiquer une saisie-attribution entre des associés de la société au titre de la fraction non libérée de leurs parts sociales. La société avait ensuite été mise en liquidation judiciaire.

Une cour d'appel avait condamné l'un des associés à payer au créancier la totalité des sommes que la société lui devait car, il n'avait pas informé l'huissier chargé de la saisie de l'étendue de ses obligations.

L'associé concerné avait alors contesté la validité de la saisie et par voie de conséquence sa condamnation. Il se fondait sur deux arguments, qui ont tous deux été rejetés par la cour de cassation. Ainsi, pour ne citer que l'argument qui nous intéresse, notamment le deuxième, l'associé avait prétendu que la saisie –attribution encourait l'annulation puisqu'elle avait été pratiquée après la date de cessation des paiements de la société (pendant la période suspecte) par le créancier qui avait

⁷⁰
connaissance de cet état .

Cet argument a été écarté par la cour de cassation en décidant que l'annulation de la saisie-attribution pratiquée après la date de cessation des paiements n'est qu'une faculté qui n'avait pas été exercée en

70

C.com art L.632-2.

l'espèce.

Certains actes effectués en période suspecte (entre la date de cessation des paiements d'un débiteur et la date à laquelle il a été mis en redressement ou en liquidation judiciaire) sont nuls de plein droit ⁷¹

tandis que d'autres sont seulement annulables ⁷². La saisie attribution pratiquée pendant la période suspecte par un créancier ayant connaissance de l'état de cessation des paiements de son débiteur entre dans cette seconde catégorie. Au cas particulier, ni le ministère public ni le liquidateur judiciaire n'en avaient demandé l'annulation.

En revanche, en droit OHADA, la saisie-attribution pratiquée pendant la période suspecte par un créancier ayant connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur semble entrée dans la première catégorie des actes car la dernière solution dégagée par l'article L.632 al2 relative à la « survenance d'une procédure collective ... » qui ne remet pas en cause cette attribution, n'a pas été enfin retenue par le législateur communautaire. En effet, l'article 155 alinéa2 de l'AUVE dispose : « *La signification ultérieure d'autres saisies ou de de tout autre mesure de prélèvement, même de créanciers privilégiés ne remettent pas en cause cette attribution, sans préjudice des dispositions organisant les procédures collectives* ».

En analysant cette disposition de l'AUVE, nous constatons que la plus grande partie de cette dernière « *La signification ultérieure d'autres saisies ou de de tout autre mesure de prélèvement, même de créanciers privilégiés ne remettent pas en cause cette attribution* » est le reflet sans appel ou un véritable sosie du premier passage ou de la première partie de l'article L.211-2 al2 du code des procédures civiles français cité plus haut, « *La notification ultérieure d'autres saisies ou de toute autre mesure de prélèvement, même émanant de créanciers privilégiés...* ») Malgré le jeu de mots habituel du législateur OHADA. Donc, ce qui différencie cet article de l'article 155 alinéa2 de l'AUVE c'est juste au niveau de procédure collective car il ressort de celui-ci que la règle de l'attribution immédiate ne peut préjudicier aux dispositions de l'Acte uniforme sur les procédures collectives et d'apurement du passif ⁷³. Ainsi dit, il reste à savoir ce que les dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (l'AUPCAP) posent comme principes.

En effet, pour l'AUPCAP, l'ouverture d'une procédure collective quelle qu'elle soit à l'encontre du débiteur, suspend toutes les poursuites individuelles qui ne sont pas encore définitives.

71

C.com.art L.632-1.

72

C.com .art L.632-1 et L.632-2.

73

V. sur ce point J. ISSA-SAYEG « *Présentation des dispositions sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution* », www.ohada.com, ohadta D-06 08 p.19.

A ce sujet, pour ce qui concerne la procédure du concordat, l'article 9 de l'AUPCAP dispose : « La décision prévue par l'article 8⁷⁴ ci-dessus suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à ladite décision.

La suspension concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures exécutoires (...).

En revanche, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) dans un arrêt du 18 avril 2013⁷⁵ avait décidé que « *la demande d'expulsion locative* », étant une mesure tendant à la reconnaissance de droits contestés, n'est ni une voie d'exécution forcée ni une mesure conservatoire. Partant, elle ne bénéficie pas de la suspension des poursuites individuelles prévue à l'article 9 alinéa 2 de l'Acte uniforme en cas de règlement préventif.

Les faits : La société immobilière S. a loué à la clinique G. un local pour l'exploitation d'une clinique pour un loyer mensuel de 850.000 francs CFA.

Au 23 février 2006, la clinique G. devait 19 mois de loyers à la société S pour un montant total de 16.150.000 francs CFA.

À la même date, la société S. a mis en demeure la clinique G. de lui payer les loyers dus. La mise en demeure est toutefois restée sans suite.

Le 19 mai 2006, la société S. a assigné la clinique G. en expulsion et en paiement de la somme de 16.150.000 francs CFA. Le 30 janvier 2007, un jugement du Tribunal de première instance d'Abidjan a donné raison à la société S. et a ordonné l'expulsion ainsi que condamné au paiement des loyers.

Le 27 avril 2007, la clinique G. a interjeté appel de cette décision, au motif qu'elle bénéficie du règlement préventif en raison de ses difficultés financières.

Le 21 décembre 2007, la Cour d'appel a confirmé que la clinique G. devait payer les 16.150.000 francs CFA, mais a toutefois considéré que l'expulsion de la clinique G. n'était pas nécessaire.

La société S. a décidé d'introduire un pourvoi contre cette décision, en invoquant l'application incorrecte faite par la Cour d'appel de l'article 9 alinéa 2 de l'Acte uniforme.

La Cour d'appel a en effet considéré qu'en application de cet article, il n'y avait pas lieu de faire droit à la demande d'expulsion. Cette dernière constitue, en effet, une voie d'exécution bénéficiant d'une suspension des poursuites individuelles en vertu de l'article 9 de l'Acte uniforme.

74

Dès le dépôt de la proposition de concordat préventif, celle-ci est transmise, sans délai, au Président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension des poursuites individuelles et désigne un expert pour lui faire rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise, les perspectives de redressement compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif.

L'expert ainsi désigné est soumis aux dispositions des articles 41 et 42 du présent Acte uniforme.

75

CCJA, arrêt n° 025/2013 du 18 avril 2013, www.ohada.com, Ohada J-15-25.

La société S. considère, quant à elle, qu'une demande d'expulsion n'entre pas dans le champ d'application de l'article 9 de l'Acte uniforme. La suspension des poursuites ne s'applique en effet pas aux actions « tendant à la reconnaissance des droits ou des créances contestées ».

Décision de la CCJA

La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 9 alinéa 2 de l'Acte uniforme la suspension des poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à la décision prise en application de l'article 8 de l'Acte uniforme « concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires ».

La Cour donne ensuite une définition des voies exécutions et des mesures conservatoires, à savoir toutes les « procédures légales qui permettent à un créancier impayé, soit de saisir les biens de son débiteur pour les vendre et se faire payer, soit de se faire délivrer ou restituer un bien mobilier corporel».

En l'espèce une demande d'expulsion ne peut être considérée ni comme une voie d'exécution ni comme une mesure conservatoire. En ce sens la décision de la Cour d'appel est inexacte, cette dernière ayant mal interprété l'article 9 alinéa 2 de l'Acte uniforme.

Par conséquent, la mesure de règlement préventif dont bénéficie la clinique G. n'influence en rien la demande d'expulsion de la société S.

L'arrêt de la Cour d'appel du 21 décembre 2007 est dès lors cassé par la Cour commune de justice et d'arbitrage.

1-2 -La saisie vente :

La saisie-vente est la voie d'exécution sur les biens meubles corporels de droit commun.

Ainsi, tout créancier muni d'un titre exécutoire peut contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations par la vente de ses meubles, qui seront jusqu'à ce moment indisponibles. La saisie peut être faite en tout lieu où se trouvent les biens mobiliers du débiteur, même s'ils sont détenus par un tiers.

Concernant la saisie vente, nous avons d'abord des avantages essentiellement liés à des situations de concours. En effet, les avantages que procurent la détention d'un titre exécutoire s'observent ici essentiellement au niveau des concours, qu'il s'agisse des créanciers ayant des prétentions concurrentes à celles du créancier poursuivant que de la masse des créanciers après l'ouverture d'une procédure collective.

Enfin, les possibilités et les limites du concours liées à la détention d'un titre exécutoire.

S'agissant des créanciers ayant des prétentions concurrentes à celles du créancier poursuivant, il convient de noter que la détention d'un titre exécutoire leur permet de concourir à la distribution des deniers issus de la saisie. La seule exigence qui leur est faite est l'exigence de notifier au créancier poursuivant leur opposition avant la vérification des biens saisis. Cette règle est la même aussi bien

en droit OHADA qu'en droit français

2- mesures conservatoires

En droit français tout comme en droit OHADA, le droit pour un créancier de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur est subordonné à deux conditions cumulatives : d'abord, ce dernier doit justifier d'une apparence de créance dont le recouvrement est menacé.

Selon la doctrine et la jurisprudence, le péril de recouvrement est synonyme de risque d'insolvabilité imminente du débiteur. En clair, en l'absence de la preuve par le créancier d'un risque imminent d'insolvabilité du débiteur, ce dernier ne peut prétendre au droit de pratiquer une mesure conservatoire sur ses biens ; le créancier doit, en outre, solliciter cette mesure devant le juge compétent.

Ce principe n'est pas appliqué au créancier détenteur d'un titre exécutoire. Ainsi, il ressort de l'article 55 al.1er l'AUVE⁷⁶ ainsi que de l'article L.511-2 du CPCE⁷⁷ qu'une autorisation préalable n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire.

A la lecture de ses deux dispositions citées en référence, nous constatons que le législateur OHADA n'a fait que du plagiat législatif.

Concernant les avantages qu'entraîne cette autorisation du juge de l'exécution, ils peuvent s'observer à deux niveaux : d'abord au niveau des concours et ensuite du rang en matière d'inscription de sûreté. S'agissant du concours, le créancier détenteur d'un titre exécutoire qui met à exécution son droit de dispense d'autorisation et pratique une saisie conservatoire évite d'être évincé, soit par une saisie-attribution, soit par une saisie-vente. Ainsi, s'il a pu signifier en premier lieu sa saisie, au lieu d'être évincé, il pourra venir en concours.

Pour ce qui concerne les sûretés conservatoires, le créancier dispensé bénéficie d'une supériorité. Il pourra prendre immédiatement une inscription et acquérir par conséquent un droit de suite et un droit de préférence. Ceci lui permettra d'éviter qu'un événement inattendu tel une aliénation du bien ou même l'ouverture d'une procédure collective ne l'empêche d'inscrire une sûreté sur le bien de son débiteur.

76

Article 55 de l'AUVE « Une autorisation préalable de la juridiction compétente n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire.

Il en est de même en cas de défaut de paiement, dûment établi, d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque, ou d'un loyer impayé après commandement dès lors que celui-ci est dû en vertu d'un contrat de bail d'immeuble écrit ».

77

Article L.511 du CPCE « Une autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire. Il en est de même en cas de défaut de paiement d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque ou d'un loyer resté impayé dès lors qu'il résulte d'un contrat écrit de louage d'immeubles ».

b) Le caractère contraignant de la mesure : l'indisponibilité et le gel des activités économiques du débiteur

1- L'indisponibilité

Concernant tout d'abord l'indisponibilité, Toute voie d'exécution quelle qu'elle soit – conservatoire ou exécutoire - produit un effet de contrainte sur le débiteur saisi. La contrainte résulte de l'indisponibilité des biens objets de la saisie. L'indisponibilité est une interdiction légale qui « ôte au débiteur la faculté de disposer du bien saisi ». Mais en soi, cette interdiction ne garantit pas à elle seule la représentation du bien saisi. Aussi, l'indisponibilité se traduit ou s'accompagne d'un certain nombre de mesures visant à assurer son efficacité. Ainsi, les manifestations de l'indisponibilité varient selon le type de saisie pratiquée.

Lorsque la saisie porte sur un bien meuble corporel, l'indisponibilité s'accompagne de la conservation du bien saisi. La conservation est assurée soit par la désignation du gardien soit par l'appréhension matérielle du bien saisi – remise à un séquestre, immobilisation d'un véhicule automobile- . Ceci permet d'éviter que le bien ne soit ni déplacé, ni détérioré ni surtout aliéné, car s'il devait l'être au profit d'un acquéreur de bonne foi, sa revendication serait en principe impossible.

S'agissant d'une saisie portant sur une créance, notamment la saisie-attribution, l'indisponibilité est renforcée par l'effet attributif immédiat qui enlève au débiteur saisi la titularité de la créance saisie. De sorte que tout acte – cession, paiement ou compensation, novation ou délégation de ce dernier visant à modifier, éteindre ou même transférer ladite créance serait nulle.

Enfin, lorsque la saisie porte sur un immeuble, l'indisponibilité n'est opposable aux tiers qu'à partir du jour où le commandement de payer a été publié au fichier immobilier. Dès lors, tout acte aliénation, démembrement du droit de propriété leur est inopposable.

2- Le gel des activités économiques du débiteur

En ce qui concerne le gel des activités économique du débiteur, En empêchant le débiteur de disposer librement de ses biens, biens mobiliers ou immobiliers, sommes d'argent... , l'indisponibilité peut contribuer à geler son activité économique.

B- L'emprunt aux lois datant d'une époque relativement récente

1°) Le cas de la société par action simplifiée dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique révisé en 2014.

Nature de la SAS - La société par action simplifiée (SAS) est une société commerciale par la forme,

pouvant émettre des actions ou tous autres types de valeurs mobilières. C'est une société à responsabilité limitée, c'est à dire une société où la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports. La SAS est également une société au fonctionnement simplifié parce qu'on a retiré une double série de textes qui s'appliquent aux sociétés anonymes. C'est une société contractuelle parce qu'on voulait qu'il y est une grande liberté donnée aux associés pour organiser son fonctionnement. Il faut également souligner que la SAS est une société avec un caractère d'intuitu personae fort car la loi a voulu qu'on puisse donner de l'importance à la personnalité des associés. D'ailleurs, la loi ne parle pas des actionnaires de la SAS pourtant c'est une société par action, elle parle plutôt des associés de la société par action simplifiée.

Il s'agit d'un statut juridique intermédiaire d'entreprise situé entre la société de personnes et la société de capitaux. Elle se rapproche donc de ce point de vu de la SARL et de la SA. Elle ne peut faire publiquement appel à l'épargne, contrairement à la société anonyme et à la société en commandite par actions, qui forment avec elle la catégorie des sociétés par actions.

A titre de comparaison, la SA contrairement à la SAS, est une société plus rigide et beaucoup plus encadrée. C'est une société avec un caractère institutionnel marqué, c'est-à-dire que c'est la loi notamment qui définit les règles de fonctionnement de cette société, qui les définit à la fois de manière détaillée et de manière peu souple et rigide comme nous l'avons souligné plus haut. Autrement dit, quand la loi a prévu quelque chose, il n'est pas possible aux statuts d'organiser différemment.

L'Arrêt Motte de 1946 bien qu'ancien, il a encore aujourd'hui une utilité dans la mesure où, le juge nous apprend que la SA est une société dont on ne peut pas réorganiser, réattribuer les pouvoirs que la loi a donné aux organes. A titre d'exemple, on ne peut pas donner au conseil d'administration les pouvoirs du directeur président général et inversement. L'assemblée générale ne peut pas prendre les pouvoirs du conseil d'administration. Toutefois, pour nuancer ce que nous venons d'évoquer, l'article L.225.36-1 du code de commerce dispose que : « Les statuts de la société déterminent les règles relatives à la convocation et aux délibérations du conseil d'administration... ».

Nous constatons ici que le législateur donne un espace de liberté aux statuts et indique que c'est ces derniers qui déterminent comment est convoqué et comment délibère le conseil d'administration. Mais, cela est exceptionnel car dans la plupart des cas, c'est la loi qui règlemente comment doit fonctionner ce conseil d'administration, les assemblées générales et les organes de cette société.

En gros, c'est une société entièrement organisée par le législateur et par le pouvoir réglementaire.

Échelle historique

Historiquement, la Société par Action Simplifiée n'était pas destinée à être la société qu'utilisent toutes les entreprises. On avait créé cette société pour être une société de société. C'est à dire qu'on s'était rendu compte qu'en droit français, on n'avait pas le bon véhicule juridique, la bonne forme

sociale qui convenait aux organisations de type des JV (joint-venture) c'est à dire une filiale commune , une société commune ; deux sociétés qui vont s'associer pour se lancer dans une nouvelle activité ou aborder un nouveau marché.

Autrement dit, une joint-venture est formée lorsque deux entreprises s'unissent pour un objectif commun et réalisent des investissements pour lever des fonds.

A titre d'exemple, ça pourra être une société congolaise qui veut se lancer sur le marché sénégalais et qui veut se constituer avec une société locale sénégalaise. Pour donner un autre exemple plus pragmatique, ça peut également être deux sociétés congolaises qui travaillent l'une dans le bâtiment ou la construction des maisons, l'autre dans le vitrage, et qui vont décider de s'associer pour constituer une société qui va s'appeler maison du futur et cette société maison du futur va proposer un type d'habitat qu'on a jamais vu jusqu'à présent et on va mettre dans cette société beaucoup d'innovations ; et elles vont travailler comme associés dans cette société. Les deux sociétés vont développer dans le cadre de cette nouvelle société, des nouvelles technologies. Cela permet non seulement de mettre l'investissement et les risques dans une société à part, mais aussi, de faire apparaître une entité nouvelle qui porte ce projet et qui porte exclusivement ce projet.

En 1994, il a été constaté qu'en droit français, il n'y avait peut-être pas la forme de société qui convenait parce qu'il y avait le choix pour une société commerciale, entre la société anonyme (mais l'organisation de la SA était très lourdes car il faut sept actionnaires à l'époque, il faut un conseil d'administration ou un directoire avec conseil de surveillance et donc ça va être la bagarre pour savoir qui est le PDG, il faut des commissaires aux comptes de manière automatique et obligatoire) et la société à responsabilité limitée (Sachant que la SARL veut dire qu'il y aura un gérant qui est une personne physique, cela signifie que les associés détiennent des parts et ce n'était pas facile de les céder).

En gros, il n'y avait pas une société par action simple qui aurait été comme une SARL, mais une société plus petite, plus souple.

En 1994, sera créé, une nouvelle forme de société (qui sera la joint-venture à la française) qui ne serait rien d'autre que la Société par Action Simplifiée. A l'époque, la SAS a été créé uniquement pour réunir deux ou plusieurs actionnaires qui étaient nécessairement des sociétés et à priori, des sociétés de grande taille parce qu'il s'agissait des entités qui devaient avoir un capital d'un certain montant. On demandait à l'époque que les sociétés aient un million et demi de franc de capital. Ces structures pouvaient être les établissements publics de l'Etat ayant une activité industrielle ou commerciale et non soumis aux règles de la comptabilité publique, des établissements de crédit de droit privé non constitués sous forme de sociétés. C'est le type d'entités que l'on pouvait trouver comme associés d'une SAS en 1994 en France.

En 1999, il y'a révolution ; on va faire voter à l'assemblée nationale, un amendement qui va modifier

le droit de la SAS et qui va prévoir que cette société n'est plus réservée aux sociétés de sociétés et que celle-ci peut avoir comme associé, une personne physique ou une personne morale sans exigences particulières pour la personne morale et avec l'ouverture donc aux personnes physiques.

La SAS est la première forme nouvelle de société par action à avoir été créée depuis le code de commerce de 1807, où l'on trouvait déjà sous des régimes qui ont bien évolué depuis la société anonyme et la vedette de l'époque, la commandite par actions. Il s'agit aussi de la première société commerciale à être apparue depuis l'institution de la société à responsabilité limitée (SARL), en 1925. Dans ce domaine, si les réformes sont fréquentes, les véritables nouveautés sont exceptionnelles.

La loi du 3 janvier 1994⁷⁸ ayant institué la société par actions simplifiée a donc une portée historique à l'échelle du droit des sociétés. On peut comparer son importance avec celle de la réforme de 1867 ayant libéralisé la société anonyme. Il s'agit d'un bouleversement du droit français des sociétés. Cette société est extrêmement convoitée par les entrepreneurs français, et ce pour de multiples raisons.

Succès de la SAS

La SAS est une société qui aujourd'hui a le vent en poupe parce qu'elle est devenue l'une des sociétés commerciales les plus populaires et importantes de France. En 2018 par exemple, les chiffres qui étaient donnés c'était de 30.000 Sociétés Anonymes et plus de 600.000 Sociétés par Actions Simplifiées.

En effet, si l'on doit s'intéresser des statistiques antérieures données par L'INSEE c'est-à-dire avant 2018, nous constaterons que, entre 2007 et 2018, il y'a eu augmentation en flèche du nombre des SAS passant de 104613 à 600.000 et une disparition en dents de scie des Sociétés anonymes passant de 73415 à 30.000.

Au cours des dernières années, il s'est donc créés à peu près autant de SAS qu'il disparaissait de sociétés anonymes, par un effet de vases communicants qui s'explique par les avantages comparatifs de la SAS.

Ainsi, au premier janvier 2007, il existait 104613 SAS pour 73415 société anonyme et 1142331 SARL (source : INSEE, sirène, janvier 2007) ; la SAS a donc dépassé en nombre la société anonyme et est devenue quantitativement la deuxième plus importante forme de société, derrière la SARL.

Ces statistiques révèlent que la SAS n'a pas pris de « parts de marché » à la SARL, qui demeure et de loin la forme sociale la plus populaire en France, mais qu'elle a considérablement empiété sur le domaine des sociétés anonymes.

En 2016, plus de la moitié des sociétés créées sont des sociétés par action simplifiées (SAS). Elle est

⁷⁸

Elle a été modifiée par la loi 99-587 du 12 juillet 1999.

la première fois majoritaire parmi les créations de sociétés .Les SAS représentent en effet 56% des créations en 2016, après 48% en 2015, 39% en 2014 et 30% en 2013.Cette hausse est principalement due aux SAS à associé unique ou unipersonnelle (33% de sociétés nouvellement créées en 2016, après 27% en 2015 et 20% en 2014).

En 2018, comme en 2017, les sociétés par actions simplifiées (SAS) représentent 61 % des créations de sociétés. Au sein de cette catégorie juridique, la part des SAS à associé unique reste majoritaire comme en 2016 (37 % des sociétés créées en 2018, comme en 2017).

A l'opposé, la part des sociétés à responsabilité limitée (SARL) continue de décroître : en 2016, elles ne constituaient que 40% des créations de sociétés, après 48% en 2015 et 57 % en 2014.Elles représentent 36 % des sociétés créées en 2018, comme en 2017.

Ces chiffres démontrent le succès de l'institution de la SAS, et l'importance qu'elle a conquise en quelques années dans le droit des sociétés français, où elle a pris la place d'une forme de société parmi les autres. Forte de ses progrès qui montrent la validité de sa conception initiale, la SAS évolue à présent au rythme de la pratique, qui tend vers une certaine standardisation, et de la jurisprudence, qui commence à donner son interprétation sur les constructions qui lui sont soumises.

Le législateur quant à lui a su corriger certaines imperfections du régime initial, mais n'a pas mené une révision de fond de ce régime, et la SAS a pu paraître absente des réflexions ayant conduit aux plus récentes réformes du droit des sociétés. Si une telle révision paraît aujourd'hui nécessaire, il faut bien mesurer les obligations imposées par le succès même de la SAS : on n'imagine pas qu'après l'avoir favorisée pendant plusieurs années, en la laissant dépasser en nombre la société anonyme, les pouvoirs publics puissent remettre en cause sa liberté d'organisation et ainsi déstabiliser les dizaines de milliers d'entreprises ayant choisi cette forme.

Ainsi, le succès qu'a connu la SAS en France, a rendu son adoption incontournable dans le système civiliste **OHADA**.

C'est pour cette raison que la société par action simplifiée introduite dans l'espace OHADA en mai 2014 est très proche de la SAS française qui avait été introduite en droit français par la loi de 1994 et dont le dispositif avait été complété en 1999 et en 2003.

Ainsi, à l'examen de l'état de l'Acte uniforme révisé relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique dans son livre 4-2 consacré exclusivement sur la société par action simplifiée, il paraît possible de constater que le législateur OHADA a repris en grande partie les caractéristiques et les spécificités qui ont fait le succès de son homologue français.

a) La reprise des caractéristiques et spécificités de la SAS de droit français par le législateur OHADA

1- La grande liberté laissée aux statuts

La liberté laissée aux rédacteurs des statuts est donc étendue (1-1), mais connaît toutefois certaines limites trouvant notamment leur fondement dans le droit commun des sociétés (1-2) : cet axiome peut être illustré à travers différents exemples jurisprudentiels ou doctrinaux récents.

1-1- Une liberté étendue pour les rédacteurs des statuts

« Un îlot de liberté dans un océan de réglementation » : cette formule illustre la liberté offerte par la SAS, pour pallier la rigidité de la SA, dont la plupart des modalités sont fixées de façon stricte par le Code de commerce.

Faute de pouvoir modeler à leur guise les statuts de la société en raison de verrous institués par le législateur, notamment en matière de majorités, les parties étaient condamnées à déroger aux statuts qu'elles avaient elles-mêmes rédigés par des protocoles ou pactes dont la solidité juridique était parfois incertaine.

Pour remédier à ces inconvénients, le législateur a institué en 1994 une nouvelle forme sociale comme nous l'avons souligné plus haut : la société par actions simplifiées (SAS). L'idée maîtresse est d'offrir aux utilisateurs une forme d'organisation de l'entreprise, dont l'essentiel des règles de fonctionnement résulterait de la volonté des parties, la réglementation de la SA s'appliquant pour le surplus.

Comme en droit français, la SAS en droit OHADA se distingue de la SA par la grande liberté qui est laissée aux associés. Le fonctionnement interne de la SAS est essentiellement défini par les statuts, c'est à dire que par la volonté de ses associés et non par la loi. Ainsi, la lecture de l'article 853-7 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique confirme la large inspiration du législateur OHADA au texte de loi qui a consacré la SAS de droit français car le dit article est la copie conforme de l'article L227-5 du code de commerce (ancien loi n°66-537 du 24 juillet 1966). En exemple et comme le souligne aussi l'article L227-5 du code de commerce français, l'article 853-7 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique dispose que : « les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée ». Cette reproduction à la lettre de l'article L-227-5 du code de commerce français par le législateur communautaire peut s'expliquer sans doute par une carence d'inspiration. C'est vrai que c'est le succès qu'a connu la SAS en France qui a rendu son adoption incontournable dans le droit OHADA, mais cela ne signifie pas que le législateur communautaire doit prendre les dispositions du code de commerce qui régissent la SAS et les transposer de façon plagiaire dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales.

Si l'on doit interpréter ces deux dispositions jumelles, nous pouvons dire qu'à l'instar de son homologue français, le législateur communautaire veut juste nous indiquer que dans une SAS, la loi

ne fixe pas les règles de fonctionnement de celle-ci. Elles sont définies par les statuts.

Deux illustrations en matière de clauses statutaires d'agrément et d'exclusion sont venues rappeler la grande liberté laissée aux rédacteurs de statuts de la SAS en France. L'Association nationale des sociétés par actions (ANSA) s'est interrogée sur l'applicabilité de la clause statutaire d'agrément

d'une SAS aux transferts d'actions résultant d'une succession⁷⁹. A titre de règle générale, dans les sociétés par actions, l'article L. 228-23 du code de commerce écarte du champ d'application de la clause d'agrément, les transferts consécutifs à une succession ou liquidation de communauté. La question examinée par l'ANSA était de savoir si, dans les SAS, l'article L. 227-14 du même code (« les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société ») permettait de s'affranchir de cette restriction.

L'ANSA a alors répondu positivement à cette interrogation, en rappelant expressément le principe de la liberté statutaire dans les SAS. Dans un arrêt du 20 juin 2013⁸⁰, la cour d'appel de Paris était appelée à se prononcer sur la validité d'un fait générateur statutaire d'exclusion en cas de démission d'un associé des fonctions de dirigeant qu'il occupait par ailleurs. Dans un considérant général, la Cour rappelle que l'exclusion d'un associé d'une SAS est possible dans les conditions prévues par les statuts, les associés étant alors libres de déterminer les critères statutaires susceptibles de constituer un fait générateur d'exclusion.

En lisant le code de commerce sur la partie consacrée à la SAS, nous comprenons qu'il y'a peu d'articles qui régissent la Société par Action Simplifiée. A la différence de la SA où nous avons des centaines d'articles qui définissent son fonctionnement, pour la SAS nous avons beaucoup moins d'articles car nous retrouvons à peu près 22 articles à valeur légale ou législative qui régissent la SAS. En réalité c'est trompeur parce que l'alinéa 3 de l'article L-227-1 du code de commerce dispose que « Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-102-2, L. 225-103 à L. 225-126, L. 225-243 et du I de l'article L. 233-8, sont applicables à la société par actions simplifiée... ». En réalité, la SAS est soumise à une grande partie des textes sur la SA. C'est trompeur de dire qu'il n'y a que peu d'articles parce que par renvoi, il y'a beaucoup d'articles. A la lecture de cette disposition ci-dessus citée, nous pouvons dire qu'il est par principe possible d'appliquer les règles de la SA à la SAS. A l'exception, deux grands blocs de règles légales sont écartés.

Premièrement, tout ce qui est conseil d'administration, directoire et conseil de surveillance. Ces règles

79

ANSA, Comité juridique du 1er décembre 2010 n° 10-070.

80

CA Paris, pôle 5, ch. 9, 20.06.2013 – n°13/03892.

légales sur la société anonyme ne sont pas applicables à la SAS car celle-ci est dirigée différemment. Bien qu'elle peut recopier le fonctionnement de la SA mais il n'y a pas d'application par défaut ou par principe des textes sur la SA sur le conseil d'administration, le directoire et le conseil de surveillance à la SAS.

Concernant le deuxième bloc de textes qui se trouve écarté, c'est les articles sur le fonctionnement des assemblées générales et spéciales. Ces textes ne s'appliquent pas à la SAS également.

Nous avons en face de nous, une société qui est soumise à une partie des textes sur la SA, mais pas aux règles sur la gouvernance et aux règles sur le fonctionnement des assemblées générales.

En revanche, des textes comme des textes sur les fusions qui s'appliquent aux SA vont s'appliquer aux SAS ; les textes sur l'augmentation du capital ou de la diminution du capital de la SA vont également s'appliquer à la SAS.

Nous avons en réalité beaucoup de textes notamment ceux de la partie plus générale du code de commerce avec les textes sur les comptes sociaux qui vont s'appliquer à la SAS. En gros nous constatons qu'il y a beaucoup de textes qui vont être communs à la SA et à la SAS. C'est une société s'il faut le dire, que le législateur a vraiment voulu simplifier sur la gouvernance et le fonctionnement. Ainsi dit, nous pouvons dire que cette grande liberté laissée aux statuts se manifeste beaucoup plus au niveau de la gouvernance et du fonctionnement. Toutefois, cette liberté comporte certaines limites qui méritent examen.

1-2- Une liberté connaissant certaines limites

Si elle est grande, la liberté des rédacteurs des statuts d'une SAS n'est pour autant pas illimitée.

Dans deux arrêts rendus le 9 juillet 2013⁸¹, la Cour de cassation a précisé le régime juridique de clauses statutaires d'exclusion privant l'associé dont l'exclusion est envisagée du droit de vote sur sa propre exclusion. Si la Cour avait déjà eu l'occasion de condamner ce type de stipulations⁸² au visa de l'article 1844 du Code civil, elle est venue préciser dans ses arrêts de juillet 2013 qu'une telle clause devait être considérée comme non écrite dans son ensemble, que la décision d'exclusion subséquente devait être annulée et que l'associé concerné devait être réintégré dans ses droits.

Allant plus loin, la Cour sous-entend même qu'aucune exclusion n'est possible tant que la clause litigieuse n'a pas été amendée, modification nécessitant l'accord de l'ensemble des associés (et donc de l'associé dont l'exclusion a été abusivement décidée...). Ces illustrations viennent donc rappeler

81

Cass. Com 09.07.2013 – n° 11-27.235 et n° 12-21.238.

82

Cass. Com. 23.10.2007 – n° 06-16.537.

le soin particulier qu'il doit être apporté à la rédaction des statuts d'une SAS, d'autant que l'un des arrêts de juillet 2013 souligne que le juge ne peut en aucune manière se substituer aux organes de la SAS pour ordonner la modification d'une clause statutaire contraire aux dispositions légales impératives.

2- Le cas du pouvoir de représentation de la SAS à l'égard des tiers

Concernant la représentation de la SAS à l'égard des tiers, l'article 853-8 de l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêts économiques qui dispose : « La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social ... », est à rapprocher du texte de l'article L227-6⁸³ du code de commerce modifié par la loi de 2003, dont le législateur communautaire s'est fortement inspiré. On peut même dire qu'il s'agit d'une pure reproduction de l'article L227-6 du code de commerce (modifié par la loi de 2003), dans la mesure où les dispositions sont pratiquement les mêmes.

En effet, l'article L227-6 (troisième alinéa ajouté par la loi du 1^{er} août 2003 à titre d'illustration) permet de créer un ou plusieurs directeurs généraux ou directeurs délégués qui exercent les pouvoirs de représentation octroyés par la loi au président, dans les conditions prévues par les statuts. Le ministre de la justice de la France l'avait précisé que le nouvel article L.227-7 « *permet explicitement une délégation statutaire du pouvoir de représentation au profit de personnes portant le titre de directeur général ou directeur général délégué* »⁸⁴. Ce texte nouvellement voté crée une nouvelle catégorie des dirigeants, au titre reconnu par la loi, titulaires du pouvoir d'engagement des SAS,

83

Selon l'article L227-6 modifié par la loi n°2003-706 du 1 août 2003-art. 118 JORF 2 août 2003 : « La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social.

Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article.

Les dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers. »

84

RM Godfrain, n°32972, JOAN 30 mars 2004, p.2687.

autrement dit une nouvelle catégorie de représentants légaux .

2-1- Évolution législative et jurisprudentielle de la représentation de la SAS

En 1993, lors des débats parlementaires il avait été décidé que la SAS devrait disposer d'un président , investi par la loi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstance au nom de la société et représentant la société à l'égard des tiers .C'est pour assurer la sécurité des transactions que le législateur avait alors écarté certaines propositions visant à permettre le partage du pouvoir de

représentation entre le président et un ou des dirigeants ⁸⁶ .Mais la loi ne prévoyait rien d'autre que le président de sorte que jusqu'à la loi du 1^{er} août 2003, la SAS présentait une étrange particularité: elle était la seule société commerciale ne pouvant désigner qu'un seul représentant légal. La pratique ⁸⁷ avait alors développé des systèmes de délégation du pouvoir de représentation.

L'arrêt OCP de la cour de cassation du 2 juillet 2002 , en venant affirmer que « seul » le président représentait la SAS (ce « seul » étant , quoi qu'on en pense sur le fond , un ajout au texte légal), a pour un temps clairement fermé la voie à toute désignation d'un autre représentant par les statuts ou ⁸⁸ par un autre organe que le président.

L'arrêt OCP a confirmé l'irrecevabilité d'une déclaration de créance et d'une action en revendication de propriété émanant du directeur général d'une SAS, qui avait agi sur la base des pouvoirs que les statuts et l'assemblée générale l'ayant nommé lui avaient reconnus.

Pour engager la société, et de façon plus topique, pour qu'un acte de la société soit recevable, il fallait dès lors pouvoir établir que le président avait signé cet acte, ou qu'il avait consenti au signataire une délégation couvrant valablement cet acte. Un directeur général, pouvant disposer des pouvoirs de gestions les plus étendu dans l'ordre interne, ne pouvait intervenir à l'égard des tiers qu'en vertu d'une délégation émanant du président. Autrement dit, il devait exister une chaîne des pouvoirs d'engagement remontant nécessairement jusqu'au président.

85

Le professeur Le Cannu (Joly société, La SAS, n°88) ne reconnaît pas cette qualité de représentant légal car une clause statutaire est encore nécessaire pour que le directeur général représente la SAS.

86

V.JO Sénat CR 21 octobre 1993, intervention de M.E. Dailly, p. 3358 et JOAN CR 22 novembre 1993, p ; 6140.

87

Sur la controverse (avant la loi de 2003) concernant la possibilité de conférer le pouvoir de représentation à une personne autre que le président, sur délégation directe de celui-ci ou par délégation statutaire, v. : Germain, « la société par actions simplifiée », JCP G I 1994, n° 3749, n° 19 ; P. Le CANNU, « Direction et contrôle de la SAS », in COURRET et LE CANNU, n° 39.p.L. PERIN, La SAS- L'organisation des pouvoirs, Joly 2000 n°200 ; ANSA n° 347, CJ du 7 Juillet 1995, n°2803 p.4; ANSA n° 459, CJ du 4 MARS 1998, n°2974-18.

88

Com., 2 juillet 2002, OCP Répartition c. Blanc et autres. Commentaires : A. COURET, « SAS- Président- Pouvoir de représentions exclusif », Bull. Joly Société, 2002§215 ? P.967 ; H. LE NABASQUE, « La représentation de la SAS : le monopole du président », Rev. Sociétés, N°4, octobre 2002, p.727.

Loi du 1^{er} Août 2003 - Mais cette solution n'était pas adaptée aux besoins des entreprises. Le législateur s'est donc saisi du problème pour renverser la jurisprudence. L'occasion a été saisie dans le cadre de l'examen du projet de loi de sécurité financière (loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003).

Une fois de plus dans l'histoire de la SAS, la loi a été changée à l'initiative du parlement, avec l'approbation du gouvernement, la première proposition émanait du sénateur MARINI, président de la commission des finances du Sénat et rapporteur du projet de la loi de sécurité financière. Après avoir relevé que la décision de la cour de cassation était « très surprenante » et paraissait « contraire à l'intention du législateur », la commission proposait un amendement permettant aux statuts de SAS de prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes pourraient exercer les pouvoirs conférés au président. Cet amendement était rectifié à la demande du gouvernement pour indiquer que ces personnes porteraient le titre de directeur général ou de directeur général délégué. A l'assemblée nationale, l'article était complété d'un amendement au dernier alinéa, visant à préciser que les dispositions statutaires limitant les pouvoirs des représentants du président étaient inopposables aux tiers. En deuxième lecture, le Sénat écartait cette modification et l'Assemblée Nationale se rangeait à cette version.⁸⁹

Le texte final du nouvel alinéa 3 de l'article L.227 se lit comme suit :

« Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par les présents articles. »

Les statuts des SAS constitués avant cette nouvelle loi doivent être mis à jour pour tenir compte de cette possibilité.

Cette nouvelle loi clôt le malaise né de l'arrêt *OCP*. La loi reconnaît que le directeur général ou le directeur général délégué peuvent exercer les pouvoirs d'engagement de représentation conférés au président. Tout acte passé par eux engagera donc valablement la SAS. On pense ici notamment aux actions en justice et aux déclarations de créances.

Pour des sociétés anonymes, la question a été tranchée dans le sens qu'un directeur général (d'avant la loi NRE, c'est-à-dire maintenant un directeur général délégué) tient de la loi le pouvoir d'ester en justice, au même titre que le président (maintenant directeur général).⁹⁰

Concernant le capital social de la SAS, en droit français, depuis le 1^{er} janvier 2009, son capital social

89

V. Rapport n°206 de la commission des finances du Sénat ; Amendement n°137 proposant un article additionnel n° 76 bis ; JO Débat Sénat, 20 mars 2003 ; Rapport n°807 de la commission des finances de l'Assemblée Nationale ; JO Débats AN, 6 mai 2003, pour la discussion de l'amendement déposé par M. FOURGOUS, rejeté par la commission et le gouvernement mais adopté en séance ; Rapport n°319 de la commission des finances du Sénat.

90

Cass. ASS. Plénière, 18 novembre 1994, Mme Chevalier c. SA Clinique Saint Joseph, Rev. Société, avr. Juin 1995, p.296, note p. Merle ; JCP N, 1995, n°19 jurisprudence p.734, note A. VIANDIER. N° de pourvoi : 90-44.754.

est librement déterminé par les associés fondateurs dans les statuts. La loi n'exige plus aucun capital social minimum comme dans d'autres formes de sociétés. L'investissement est libre, il est réglementé par les statuts de la société. L'apport peut être effectué en espèces, en nature ou en industrie. Ainsi, pour faciliter et encourager la création d'entreprise comme l'a fait son homologue français, le législateur OHADA n'a pas hésité de reprendre toutes ces caractéristiques et spécificités de la SAS de droit français.

c) Introduction des actions de préférence pour les SAS et SA en marge de la réforme de 2014 à l'image de la réforme française de 2004

Comme nous l'avons souligné plus haut, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique initialement entré en vigueur en 1998 avait connu une réforme et donc a été réformé par un Acte uniforme adopté en 2014.

En effet, en dehors de l'introduction d'une nouvelle forme de société (SAS) par la réforme de 2014, celle-ci a également mis en place non seulement un nouveau régime d'actions de préférence, mais également le droit des valeurs mobilières en s'inspirant largement du droit français notamment de l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme de régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales. Cette ordonnance visait à simplifier les actions de préférence qui remplacent donc les actions de priorité, ainsi que le droit des valeurs mobilières.

Le législateur OHADA dans le cadre de la réforme de 2014 est allé exactement dans le même sens que la réforme de 2004 opérée par son homologue français en visant également à simplifier le droit des valeurs mobilières et les actions de préférence.

Lors de la création d'une société par action (SAS, SA, société européenne, société en commandite par action) les associés ou les actionnaires font des apports en contrepartie desquelles ils reçoivent des titres, ce sont des actions ordinaires.

Ces actions leur confèrent des droits de vote lors des assemblées générales et des droits de percevoir des dividendes.

En dehors de ces actions ordinaires, depuis 2004, au sein de ces sociétés par action, peuvent également être créées des actions de préférence. Ces actions tout comme le droit de préférence dans la SARL sont des titres de capital qui confèrent à l'actionnaire qui les détient des prérogatives particulières définies par les statuts telles que des droits de vote double ou autres.

Les actions de préférence sont régies par l'article 755 et les articles 778-1 et suivants de l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et

se substituent comme en droit français au mécanisme des actions de priorité⁹¹. En droit français, elles sont prévues à l'article L.228-11 et suivant du code de commerce, modifié par la loi n°2019-486 du 22 mai 2019.

En effet, à la lecture de l'article 778-1 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, il faut convenir que celui-ci n'est rien d'autre qu'une copie conforme de l'article L.228-11. Ainsi, l'article 778-1 dispose : « *Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent. Ces droits sont définis par les statuts dans le respect des articles 543, 623 et 751 ci-dessus.*

Un droit de vote double de celui conféré aux autres actions peut être conféré aux actions de préférence.

Le droit de vote peut être aménagé pour un délai déterminé ou déterminable. Il peut être suspendu pour une durée déterminée ou déterminable ou supprimé.

Les actions de préférence sans droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social, et dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur une bourse des valeurs, plus du quart du capital social.

Toute émission ayant pour effet de porter la proportion au-delà de cette limite peut être annulée.

Par dérogation aux articles 573 et 822-1 du présent Acte uniforme, les actions de préférence sans droit de vote à l'émission, auxquelles est attaché un droit limite de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation, sont privées de droit préférentiel de souscription pour toute augmentation de capital en numéraire, sous réserve de clauses contraires des statuts. ».

Quant à l'article L.228-11 du code de commerce, il prescrit que : « *Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent. Ces droits sont définis par les statuts dans le respect des dispositions des articles L. 225-10 et L. 225-122 à L. 225-125.*

Le droit de vote peut être aménagé pour un délai déterminé ou déterminable. Il peut être suspendu pour une durée déterminée ou déterminable ou supprimé.

Les actions de préférence sans droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social, et dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, plus du quart du capital social.

91

Les actions de priorité confèrent à son titulaire des avantages particuliers par rapport à une action ordinaire.

Toute émission ayant pour effet de porter la proportion au-delà de cette limite peut être annulée. Par dérogation aux articles L. 225-132 et L. 228-91, les actions de préférence sans droit de vote à l'émission auxquelles est attaché un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation sont privées de droit préférentiel de souscription pour toute augmentation de capital en numéraire, sous réserve de stipulations contraires des statuts. ».

Au regard de ce qui vient d'être dit, le constat en est le suivant :

Du point de vue de sa forme, de sa structure que de son contenu, l'article 778-1 de l'AUSCGIE est la copie conforme de l'article L.228-11 du code de commerce.

En effet, en droit français tout comme en droit de l'OHADA, le principe des actions est le même. Elles confèrent à leurs titulaires un droit particulier par rapport aux actionnaires détenteurs d'actions

⁹²
ordinaires .

Ensuite, le législateur communautaire à l'instar de son homologue français définit les actions de préférence « avec ou sans droit de vote, assortie de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent ».

Concernant d'abord les actions de préférence avec droit de vote double, la politique imposée par les deux législateurs, c'est de permettre à son titulaire d'avoir plus de poids dans la prise de décisions.

Cet exercice du droit de vote peut être prévu pour toutes ou pour certaines de décisions. Cela sera décidé lors de la dénonciation liée à l'émission des actions de préférence.

Pour ce qui concerne les actions de préférence sans droit de vote, elles interdisent à l'actionnaire de voter lors des assemblées générales.

Cependant, il semble que cet actionnaire pourra tout de même participer à ces assemblées.

Ces actions de préférence pourront être modulées et être limitées dans le temps et donc par exemple interdire le vote jusqu'à la réalisation d'une opération de type de transformation de la SARL en SASU ou cession de titres. Les actionnaires titulaires de ce type d'actions peuvent également être privés de droit de vote juste pour certaines décisions par exemple pour les décisions prises en assemblée générale extraordinaire.

De même, les deux articles régissent pratiquement toutes les formes juridiques de sociétés par action : société par action simplifiée (SAS), Société anonyme (SA) et société en commandite par action (en France).

Enfin, concernant les procédures de création d'action de préférence, nous constatons que selon les

92

Parmi les droits particuliers que peuvent attribuer les actions de préférence :

- *Un droit d'information renforcé,*
- *Un droit de communication particulier et privilégié sur certaines opérations,*
- *Un droit de céder les actions en dehors de toute procédure d'agrément ou de préemption,*
- *Un droit de représentation dans certains organes de la société, tel qu'un conseil d'administration par exemple.*

deux dispositions, l'existence d'action de préférence peut être décidée dès la constitution de la société ou plus tard au cours de sa vie sociale.

Dans les deux cas (naissance ou au cours de la vie de société), la création d'action de préférence doit respecter une procédure particulière. Cette fois –ci c'est l'article 778-2 de l'AUSCGIE dans son alinéa 1 et 3 qui est quasiment le sosie d'un autre article du code de commerce qui n'est entre autre que l'article L.228-12 (alinéa 1 et 2) concernant la procédure à respecter en matière de création d'action de préférence. En effet, selon l'article 778-2 de l'AUSCGIE : « **L'assemblée générale extraordinaire des actionnaires est seule compétente pour décider l'émission, le rachat et la conversion des actions de préférence au vu d'un rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas et d'un rapport spécial des commissaires aux comptes. Elle peut déléguer ce pouvoir dans les conditions fixées aux articles 564 à 568 ci-dessus. Toute délibération prise en violation du présent alinéa est nulle.**

Le rachat doit être expressément prévu dans les statuts de la société avant l'émission des actions de préférence. À défaut, la décision de rachat est nulle.

Les modalités de rachat ou de conversion des actions de préférence peuvent également être fixées dans les statuts. ».

Quant à l'article L.228-12 du code de commerce, elle dispose : « **L'assemblée générale extraordinaire des actionnaires est seule compétente pour décider l'émission et la conversion des actions de préférence au vu d'un rapport spécial des commissaires aux comptes. Elle peut déléguer ce pouvoir dans les conditions fixées par les articles L. 225-129 à L. 225-129-6...**

Les modalités de conversion des actions de préférence peuvent également être fixées dans les statuts. ».

En analysant les parties soulignées ci-dessus, nous constatons que les alinéas 1 et 3 de l'article 778-2 de l'AUSCGIE sont identiques aux alinéas 1 et 2 de l'article L.228-12 du code de commerce.

Ensuite, concernant la conversion des actions, une fois de plus le législateur OHADA n'a pas hésité de copier l'article L.228-14 du code de commerce à travers l'article 778-6 de l'AUSCGIE car en comparant ces deux dispositions, nous constatons que le second est pratiquement identique au premier. Ainsi, selon l'article L.228-14 : « *Les actions de préférence peuvent être converties en actions ordinaires ou en actions de préférence d'une autre catégorie.*

En cas de conversion d'actions de préférence en actions aboutissant à une réduction de capital non motivée par des pertes, les créanciers dont la créance est antérieure à la date du dépôt au greffe du procès-verbal de délibération de l'assemblée générale, ou du conseil d'administration ou du directoire en cas de délégation, peuvent former opposition à la conversion dans le délai et suivant les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

Les opérations de conversion ne peuvent commencer pendant le délai d'opposition ni, le cas échéant,

avant qu'il ait été statué en première instance sur cette opposition. ».

L'article 778-6 de l'AUSCGIE quant à lui prescrit que : « *Les actions de préférence peuvent être converties en actions ordinaires ou en actions de préférence d'une autre catégorie.*

En cas de conversion d'actions de préférence en actions aboutissant à une réduction de capital non motivée par des pertes, les créanciers, dont la créance est antérieure à la date de publication de l'avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales de l'État partie, après le dépôt au registre du commerce et du crédit mobilier du procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale ou du conseil d'administration en cas de délégation, peuvent former opposition à la conversion dans le délai et suivant les modalités fixées par les articles 633 à 638 ci-dessus. ».

En dehors de quelques petites modifications opérées par le législateur communautaire et l'absence du dernier paragraphe de l'article L.228-14 dans l'article 778-6 de l'AUSCGIE, les deux dispositions sont pratiquement similaires comme nous l'avons souligné plus haut.

2°) Le cas de l'Acte uniforme relatif au droit des suretés (AUS)

Le droit des suretés est une matière qui se trouve au confluent de plusieurs branches du droit. Au confluent du droit civil, du droit des affaires, des procédures civiles d'exécution etc. En effet, cette matière repose sur les techniques fondamentales du droit civil, du droit des biens, du droit des obligations et a une importance particulière en pratique tant pour les particuliers que pour les entreprises. Il s'agit d'une composante du droit du crédit qui est omniprésent dans le droit des affaires et également dans certaines mesures, dans la vie des particuliers. Or faire crédit c'est prendre un risque ; c'est prendre le risque de ne pas être payé. L'objet du droit des suretés est alors d'étudier les mécanismes, les garanties, les suretés qui vont augmenter les chances du créancier d'être payé. Ces suretés viennent pallier des insuffisances, les inconvénients du droit de gage général dont bénéficient tous les créanciers. En effet, le droit de gage général a deux limites :

- D'une part, le risque que le patrimoine du débiteur diminue et que donc, l'assiette du droit de gage général du droit de poursuite de créancier diminue ;
- D'autre part, le risque de se retrouver en concours avec d'autres créanciers, donc en quelque sorte de devoir se partager des richesses du débiteur.

C'est alors qu'interviennent les suretés. D'une part, les suretés réelles qui permettent d'être payé par préférence c'est-à-dire avant les autres ou en situation d'exclusivité sur un bien du débiteur (que nous allons examiner plus bas dans le cadre de typologie des suretés que le droit OHADA a puisé du droit français) et d'autre part, des suretés personnelles qui permettent d'avoir un droit de poursuite contre un tiers garant et donc d'éviter les difficultés relatives au patrimoine du débiteur (que nous allons également analyser dans les prochaines lignes).

Le droit OHADA a pris conscience du rôle primordial des suretés en organisant dans un Acte uniforme, le régime des différentes suretés que peut offrir le débiteur au créancier pour renforcer la confiance que ce dernier lui fait en acceptant de lui accorder un crédit.

L'Acte uniforme portant organisation des suretés, dans sa version initiale a été adopté en 1997 et est entré en vigueur en 1998. Cet Acte uniforme, qui fait partie des premiers Actes uniformes adoptés par l'OHADA, se substituait, dans la quasi-totalité des 17 Etats de l'OHADA (à l'exception de quelques Etats comme le Sénégal et le Mali) aux dispositions du code civil particulièrement les articles 2011 à 2203 qui étaient applicables aux suretés. Il se substituait aussi, dans une certaine mesure, aux dispositions contenues dans quelques textes spécifiques et qui étaient applicables aux suretés à l'exemple du décret du 26 juillet 1932.

L'AUS comportait de nombreuses innovations qui avaient été alors présentées comme la réglementation de la lettre de garantie, alors que celle-ci n'était pas encore réglementée dans plusieurs législations internes ou encore la reconnaissance du droit de rétention comme Sureté⁹³.

En 2007, soit dix ans à peine après l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme, ce délai peut en effet être considéré comme relativement bref pour envisager une réforme d'un texte de cette envergure, une réforme de l'Acte uniforme portant organisation des Suretés a été engagé par le législateur communautaire avec l'appui de la banque mondiale et en même temps que celle de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

Cette réforme, qui est suffisamment importante du fait de son ampleur et qui pour certains était nécessaire, s'est largement inspirée de celle intervenue en France il y a quelques années avec l'ordonnance du 23 mars 2006 relatives aux suretés et à la loi de 1984.

L'objectif principal de cette réforme selon ses rédacteurs est de favoriser l'accès au crédit à moindre cout pour les consommateurs et surtout les entreprises de l'espace OHADA afin de permettre le développement du secteur privé et des Etats membres de l'OHADA⁹⁴.

Ainsi, l'influence du droit français dans l'Acte uniforme relatif au droit des suretés prend deux formes : D'abord sur la typologie de Suretés (a) ensuite, sur certaines règles et principes généraux gouvernant les Suretés (b)

93

Sur ces innovations, voir par ex ; F.ANOUKAHA, A.CISSE-NIANG, M.FOLI, J.ISSA SAYEGH, NDIAYE (I.Y.), M. SAMBA, OHADA Suretés, Bruylant Bruxelles, 2002, 279 pages ; F.ANOUKAHA, le droit des Suretés dans l'Acte uniforme OHADA ; PUA. Collection droit uniforme, Yaoundé, 1998 pages 75.

94

En ce sens : L.YONDO BLACK, Enjeux économiques de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des Suretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit, in « Bientôt un droit des suretés dans l'OHADA » droit et patrimoine, n°197, novembre 2010, p. 45 et sv.

a) La typologie des Suretés

Concernant la typologie des suretés, l'Acte uniforme a repris les deux types de sureté que compte le droit français : Les suretés personnelles qui reposent sur la garantie par une tierce personne de la dette d'un débiteur, et les Suretés réelles qui reposent sur un bien mobilier ou immobilier, garantissant avec ou sans dépossession selon le cas, la créance du débiteur.

1- Les suretés personnelles

En droit français tout comme en droit OHADA, les suretés personnelles sont des garanties de paiement offertes au créancier, lui permettant d'aller demander le paiement de la créance sous certaines conditions dans le patrimoine d'une autre personne que son débiteur.

Dans les deux droits, les suretés personnelles peuvent se présenter sous la forme d'un cautionnement ou d'une Garantie Autonome (en dehors de la lettre d'intention qui n'a pas été règlementée par le nouvel Acte uniforme).

En effet, en ce qui concerne le cautionnement qui est considéré comme une sureté accessoire, il constitue un contrat suivant lequel la caution s'oblige à satisfaire la dette du débiteur de façon accessoire avec opposabilité des exceptions. C'est une sureté modèle, sureté type. On a souvent annoncé sa mort mais elle vit encore en dépit du formalisme dont elle est l'objet aujourd'hui. Le régime de ce type de suretés (constitution, effets, extinction) est régi par les articles 13 à 38 de l'Acte uniforme révisé portant organisation des suretés. Comme en droit français, cet engagement peut être contracté sans ordre du débiteur.

A la lecture de l'article 17⁹⁵ al.1 de l'Acte uniforme portant droit des suretés, nous constatons que le législateur communautaire pose le même principe et la même exception que son homologue français en s'inspirant de l'article 2289 du code civil qui dispose que : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable ».

La même remarque est à faire également au niveau de l'article 17 al 3⁹⁶ de l'Acte uniforme qui est la copie des alinéas 1 et 3 de l'article 2290 du code civil qui indiquent que « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses (al1).

Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est

95

Le cautionnement ne peut exister que si l'obligation principale garantie est valablement constituée. Toutefois, il est possible de cautionner, en parfaite connaissance de cause, les engagements d'un incapable...

96

L'engagement de la caution ne peut être contracté à des conditions plus onéreuses que l'obligation principale, sous peine de réduction à concurrence de celle-ci, ni excéder ce qui est dû par le débiteur principal au moment des poursuites.

point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale (al3) ».

On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple, dans le cas de minorité.

D'autres suretés personnelles issues de la pratique ont été reçues en 2006 lors de la grande réforme française des suretés, la garantie autonome au premier chef. A l'instar du cautionnement, la garantie autonome a été aussi introduite par le législateur OHADA dans l'Acte uniforme portant droit des suretés.

Selon l'article 39 al1 de l'Acte uniforme portant droit des suretés, la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.

Ainsi, on observe que la définition adoptée de la garantie autonome dans le nouvel Acte uniforme reprend mot pour mot la définition donnée par l'article 2321⁹⁷ du Code civil français depuis la réforme du droit français des suretés, lequel demeure attaché au fondement contractuel de l'obligation du garant.

Cette parenté de définitions se retrouve également à un autre point de vue. En effet, la définition de l'AUS de 1997 paraissait assez restrictive dans la mesure où le garant était tenu de s'exécuter à première demande, c'est-à-dire dès que l'appel à garantie intervenait. Sur ce point, la nouvelle définition apportée par l'AUS de 2010 se rapprochait de celle contenue dans la législation française en visant une exécution à première demande ou selon des modalités convenues (cette référence aux modalités convenues allant d'ailleurs dans le sens du maintien du fondement contractuel de la garantie autonome).

Le régime de cette sureté est règlementé aux articles 39 à 49 de l'Acte uniforme révisé portant organisation des suretés.

La garantie autonome se distingue du cautionnement parce qu'elle est caractérisée par l'inopposabilité des exceptions. Le garant ne peut pas opposer les exceptions tenant l'obligation de garantie (article 2311 al3) et sauf convention contraire, la garantie autonome ne suit pas la créance cédée, ce n'est pas un accessoire de la créance.

Troisième sureté personnelle prévue par le code civil et deuxième issue de la pratique et non repris par le législateur communautaire, la lettre d'intention est très différente de toutes les suretés personnelles que nous venons de citer. Le signataire de la lettre d'intention ne s'oblige pas à payer la dette du débiteur car ce n'est pas une caution. Il ne s'oblige pas aussi à verser une somme avec inopposabilité des exceptions car ce n'est pas un garant autonome. Il s'oblige plutôt à faire quelque

97

Article 2321 du Cc : « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues ».

chose à l'égard du débiteur. Il s'oblige à un soutien, à un comportement vis-à-vis du débiteur pendant toute la durée du crédit ; et ce comportement ou ce soutien vis-à-vis du débiteur est supposé améliorer la situation du créancier.

A titre de rappel, L'AUS ne prévoyait depuis l'origine que deux sortes de Suretés personnelles, le cautionnement et la Lettre de Garantie. A l'occasion d'un diagnostic, certains experts firent savoir qu'ils regrettaient que la lettre d'intention, la délégation et la novation n'aient pas été prévus par le législateur communautaire dans la mesure où ces mécanismes prévus par le Code civil des Etats

membres étaient très utilisés par la pratique des affaires ⁹⁸ .

2- Les suretés réelles

S'agissant des suretés réelles, elles peuvent être définies comme une garantie offrant à un créancier un droit sur un bien, meuble ou immeuble, qui lui permet d'obtenir paiement de sa créance, sur le produit de la vente de ce bien, en cas de défaillance du débiteur.

Ainsi, à l'instar du droit français, le droit OHADA compte deux types de suretés réelles :

- Les suretés réelles mobilières
- Les suretés réelles immobilières.

Concernant les premières, Comme en droit français, elles peuvent être réalisées avec dépossession dans la mesure où le débiteur ou le garant se dessaisit du bien mobilier donné en Sureté (à titre d'exemple le droit de rétention). En revanche, elles peuvent être constituées sans dépossession si le débiteur conserve la possession du bien meuble incorporel (comme le nantissement) ou corporel (comme le gage).

A côté de ces suretés réelles mobilières, en droit français tout comme dans le droit de l'OHADA, il existe un autre type de Sureté appelée, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie. La propriété d'un bien mobilier peut être retenue en garantie d'une obligation par l'effet d'une clause de réserve de propriété.

Dans sa version initiale, l'AUS ne contenait aucune disposition relative à la propriété retenue ou cédée à titre de garantie. En effet, la propriété cédée à titre de garantie n'avait nullement été consacrée dans le droit de l'OHADA et la propriété réservée ne faisait, quant à elle, l'objet que de quelques dispositions situées en dehors de l'AUS, à savoir notamment :

- L'article 284 de l'ancien AUDCG qui affirmait, à propos des effets de la vente commerciale que :

98

L. BLACK YONDO, M. BRIZOUA, O- F. LAMBIE, L-J. LAISNEY, A.MARCEAU-COTTE ; sous la direction de P.CROCQ « Le nouvel Acte uniforme portant organisation des Suretés : la réforme du droit des suretés de l'OHADA » Edition Lamy, 2012 p.24.

« Les parties peuvent librement convenir de reporter ce transfert de propriété au jour du paiement complet du prix.

La clause n'aura d'effet entre les parties que si l'acheteur en a connaissance par sa mention dans le contrat de vente, le bon de commande, le bon de livraison, et au plus tard le jour de celle-ci.

La clause de réserve de propriété ne sera opposable aux tiers, sous réserve de sa validité, que si elle a été régulièrement publiée au Registre de commerce et du Crédit Mobilier, conformément aux dispositions du livre II du présent Acte uniforme » ;

- Et l'article 103, alinéas 2 à 4 ; de l'ancien l'AUPC qui régissait encore l'action en revendication en cas d'ouverture d'une procédure collective en prévoyant que : *« peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers, s'ils se retrouvent en nature, vendus avec une clause subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix, lorsque cette clause e été convenue entre les parties dans un écrit et a été régulièrement publiée au Registre de Commerce et du Crédit Mobilier .Toutefois, s'agissant de marchandises et d'objets mobiliers consignés au débiteur pour être vendus ou vendus avec clause de réserve de propriété , il n' y a pas lieu à revendication si, avant la restitution des marchandises et objets mobiliers, le prix est payé intégralement et immédiatement par le syndic assistant ou représentant le débiteur, selon le cas .*

En cas d'aliénation de ces marchandises et objets mobiliers, peut être revendiqué contre le sous-acquéreur, le prix ou la partie du prix dû si celui-ci n'a été ni payé en valeur ni compensé en compte courant entre le débiteur et le sous-acquéreur ».

99

Ce faisant, le droit de l'OHADA encourait pour certains auteurs une double critique car, d'une part, il ignorait totalement (et donc empêchait d'utiliser) des mécanismes de garantie fondés sur un transfert de propriété, alors que ceux-ci sont pourtant très utilisés dans la pratique bancaire des pays industrialisés et, d'autre part, il manquait de clarté puisqu'il laissait la réserve de propriété, qui est une sûreté également très utilisée en pratique, en dehors de l'Acte uniforme qui est censé les réglementer toutes, à savoir l'AUS. Afin de remédier à cela, la réforme du droit des Sûretés de l'OHADA en s'inspirant du droit français, crée un nouveau chapitre au sein de l'AUS qui, d'une part intègre une réglementation en partie renouvelée de réserve de propriété et, d'autre part, consacre la validité de la cession à titre de garantie.

99

L. BLACK YONDO, M. BRZOUA, O- F. LAMBIE, L-J. LAISNEY, A. MARCEAU-COTTE ; sous la direction de P. CROCQ « Le nouvel Acte uniforme portant organisation des Sûretés » Edition Lamy, 2012 p 164.

En ce qui concerne les sûretés réelles immobilières, elles se présentent sous deux formes : les privilèges et les hypothèques.

Les privilèges peuvent être considérés comme un droit de préférence selon le titulaire de la créance, lorsqu'il vient en concurrence avec d'autres créanciers sur les éléments du patrimoine du débiteur commun, un classement plus ou moins avantageux suivant le rang que la loi a donné à la créance privilégiée.

Pour ce qui concerne l'hypothèque, certaines personnes considèrent l'hypothèque comme étant un droit pour le créancier de saisir l'immeuble qui fait l'objet de cette hypothèque. A cet effet, nous pouvons dire que cette considération ou cette définition n'est pas juste dans la mesure où, le droit de saisir est le droit de tous les créanciers impayés. C'est-à-dire que même sans l'hypothèque, un créancier peut saisir un des biens du débiteur pour obtenir paiement de sa dette. Ainsi dit, l'hypothèque peut être définie comme l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables. A l'instar de l'article 2394 du Code civil français, l'article 190 al2 de l'AUS prévoit un certain nombre de conditions légales de validité de l'hypothèque. Ainsi, l'hypothèque ne peut avoir lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi.

Le Code civil tout comme l'AUS prévoit 3 catégories distinctes d'hypothèques.

.L'hypothèque conventionnelle

Elle résulte des conventions, elle suppose donc un accord de volonté entre les parties et d'être formalisée dans une convention spéciale. Ce genre d'hypothèque intervient dans un cadre particulier, dans le développement d'affaire entre deux parties .Le débiteur accorde une garantie à son créancier.

.L'hypothèque légale

L'hypothèque légale est une hypothèque qui est accordée par la loi selon le statut du prêteur, entre époux par exemple et selon la nature de la dette, comme les créances dues en vertu des lois fiscales, autrement dit, les impôts impayés. Donc, si une personne n'a pas payé ses impôts, le fisc pourra mettre une hypothèque légale sur ses biens c'est-à-dire les saisir, les faire vendre pour récupérer son argent. Nous avons également, les créances dues pour les syndicats de copropriété pour les charges communes et les fonds de prévoyances.

.L'hypothèque judiciaire

C'est une hypothèque qui résulte des jugements. Elle doit être sollicitée auprès d'un juge et être obtenue par décision de justice.

En droit français tout comme en droit OHADA, l'hypothèque immobilière à peine de nullité, doit être

passée devant un notaire. Pour ce qui concerne l'hypothèque mobilière sans dépossession couramment appelé le gage, elle doit également être passée par écrit sous peine de nullité. L'écrit ne doit pas être notarié, un simple Acte sous seing privé suffit. Pour être valable, l'hypothèque doit également faire l'objet d'une inscription au service de publicité foncière. Cette inscription fera également à ce que l'hypothèque soit opposable aux tiers à défaut de quoi, elle ne pourra pas être opposable à ces derniers.

A titre de rappel, il est possible qu'un seul bien immobilier serve de garantie pour plusieurs prêts. Dans ce cas, c'est le principe de rang hypothécaire qui s'applique. Ce principe détermine l'ordre de priorité entre les différents organismes prêteurs ou créanciers qui détiennent une garantie hypothécaire sur un même bien. Si le bien est vendu, c'est d'abord le créancier dit de premier rang qui va se servir, ensuite de second rang, de troisième rang etc.

b) Quant aux règles et principes généraux

Le nouvel Acte uniforme sur les suretés s'est inspiré notamment des textes suivants dont les dispositions ont été insérées dans le code civil et autres textes :

- La loi du 1er mars 1984 (bien que relativement vieille par rapport aux textes suivants) est venue imposer aux établissements de crédit une obligation d'information annuelle des cautions ;
- L'ordonnance française n°-2006-346 du 23 mars 2006 reformant le droit des suretés ;
- La loi n°2007-211 du 19 février 2007 sur la fiducie ;
- L'ordonnance n°20096112 du 30 janvier 2009.

1- la loi du 1^{er} mars 1984 et l'obligation d'information annuelle des cautions

En matière de Suretés personnelles et plus particulièrement le cautionnement, la politique française est devenue pour l'essentiel une politique de l'endettement qui vise à protéger la caution d'un engagement excessif. En effet, dans un souci de protéger la personne physique ou morale qui s'est portée caution au titre d'un acte de cautionnement, la loi du 1^{er} mars 1984 est venue imposer aux établissements de crédit une obligation d'information annuelle des cautions.

A ce titre, les établissements de crédit sont tenus de renseigner annuellement les cautions sur l'engagement qu'ils ont souscrit et sur le montant restant dû par ces derniers en principal, intérêts, frais et accessoires. C'est l'article L.313-22 du code monétaire et financier qui prévoit cette obligation d'information. Celui-ci dispose : « les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenu au plus tard avant le 31 Mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts , commissions , frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution ainsi que le terme

de cet engagement ».

En effet, cette politique a été reprise par le législateur communautaire de 2010¹⁰⁰. Celle-ci se traduit dans l'Acte uniforme par l'information de la caution sur l'évolution des encours. Ainsi, l'article 25 al 1 de l'Acte uniforme sur les Suretés dispose : « Le créancier est tenu dans le mois qui suit le terme de chaque semestre civil à compter de la signature du contrat de cautionnement, de communiquer à la caution un état des dettes du débiteur principal précisant leurs causes, leurs échéances et leurs montants en principal, intérêts et autres accessoires restant dus à la fin du semestre écoulé... ».

A la lecture de cette disposition, force est de constater que l'article 25 dans son alinéa 1 est une disposition jumelle de l'article L-313-22 du code monétaire et financier. Le seul point qui différencie l'article 25 de l'AUS à l'art 313-22 du CMF c'est juste au niveau de la période à laquelle l'information doit être livrée à la caution car dans l'AUS, cette obligation d'information se fait semestriellement alors qu'en droit français celle-ci doit être acquittée chaque année.

Concernant les conséquences qui peuvent découler de l'absence de cette information annuelle (en droit français) ou semestrielle (en droit OHADA) de la part du créancier ou de la banque, le même article L.313-22 du code monétaire et financier dans son alinéa 5 dispose : « Le défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'alinéa précédent emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information ». Ce même alinéa a été repris par le législateur communautaire dans l'article 25 al2 l'AUS comme suit : « A défaut d'accomplissement des formalités prévues au présent article, le créancier est déchu, vis-à-vis de la caution, des intérêts contractuels échus depuis la date de la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information ... ».

L'article 25 de l'AUS dans son troisième alinéa rajoute que : « Toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non écrite ». A l'instar du droit OHADA, le juge français avait reconnu que cette disposition (l'article 313-22 du CMF) était d'ordre public et par conséquent, ne pouvait en

aucun cas faire l'objet d'un aménagement contractuel¹⁰¹.

A titre d'illustration, dans une affaire, une Banque avait octroyé un prêt à une société, garanti par un cautionnement donné par le gérant de la société. La société emprunteuse ayant été placée en redressement puis liquidation judiciaire, la Banque a assigné la caution en paiement des sommes dues en vertu de son engagement.

100

Bien que la loi de 1984 semble être d'une époque relativement vieille.

101

La clause qui fait peser sur la caution l'obligation de faire connaître chaque année à la banque l'absence de réception de l'information opère un renversement de la charge de la preuve au profit de la Banque qui est contraire aux dispositions d'ordre public des arts L.313-22 du Code Monétaire et financier et L341-6, ancien, du Code de la consommation.

Une difficulté qui se posait en l'espèce concernait l'appréciation d'une clause dans l'acte de caution relative à l'obligation d'information annuelle. En effet, celle-ci prévoyait que la caution était tenue de faire connaître à la banque avant le 20 Mars de chaque année, l'absence de réception de l'information.

La caution, relevant appel du jugement du 8 septembre 2015 rendu par le Tribunal de commerce de Perpignan, indiquait notamment que la Banque ne justifiait pas de l'envoi des lettres d'informations et que cette clause était illicite au regard des règles d'ordre public des articles L.313-22 du code monétaire et financier et L.341-6 du code de la consommation (dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 14 Mars 2016). Elle en déduisait donc que la banque n'avait pas respecté son obligation d'information annuelle à son égard.

A l'inverse, la banque arguait que la clause contenue dans l'acte de caution imposait à la caution de faire connaître à la banque avant le 20 Mars de chaque année l'absence de réception de l'information annuelle. Ainsi, si celle-ci n'accomplissait pas son obligation ; elle ne pouvait d'avantage se prévaloir d'un défaut d'information de la Banque.

Dans un arrêt du 19 décembre 2017, la Cour d'appel de Montpellier vient indiquer que les dispositions des articles L.313-22 du code de la consommation sont des dispositions d'ordre public qui imposent au banquier de respecter selon certaines modalités, l'information de la caution jusqu'à l'extinction de la dette étant précisé que la mise en demeure et l'assignation en paiement ne dispensent pas celui-ci d'exécuter son obligation.

Par conséquent, la Banque n'ayant pas respecté son obligation d'information, celle-ci est déchue du droit de percevoir les intérêts contractuels et les pénalités à compter de la date à laquelle la première information aurait dû être envoyée à la caution.

Concernant les conséquences de l'absence annuelle ou semestrielle (en droit OHADA) d'information de la part du créancier ou de la Banque, le même article L-313-22 du Code monétaire et financier dans son alinéa 5 dispose : « Le défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'alinéa précédent emporte , dans les rapports entre la caution et l'établissement tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information ».

Ce même alinéa a été repris par le législateur communautaire à l'alinéa 2 de l'article 25 de l'AUS comme suit : « A défaut d'accomplissement des formalités prévues au présent article, le créancier est déchu, vis-à-vis de la caution, des intérêts contractuels échus depuis la date de la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information ... ».

L'article L.313-22 ne prévoit qu'une seule sanction en cas de manquement du créancier à son devoir d'information semblable à celle prévue par l'AUS. Le créancier est privé du droit de percevoir les intérêts échus depuis la précédente information, jusqu'à la date de communication de la nouvelle

information.

De l'avis de nombreux commentateurs, cette sanction n'est guère dissuasive. Elle n'est pas non plus de nature à réparer le préjudice subi par la caution. En une année, ou en un semestre (pour ce qui concerne le droit de l'OHADA) la situation du débiteur principal peut être détériorée¹⁰².

Les législateurs communautaire et français n'ont pas précisé la forme de la notification prescrite au créancier. Il se pose alors en filigrane le problème de la preuve de son exécution.

Sur la question, il a été admis que l'exécution de l'obligation d'information est un fait et par conséquent soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond. Elle peut en principe être prouvée par tous moyens, y compris les présomptions¹⁰³. C'est pourquoi il a été rappelé à plusieurs reprises « qu'aucune forme particulière n'est prescrite et que l'information, abstraction faite des difficultés de la preuve, peut être donnée par simple lettre¹⁰⁴ ».

Mais en pratique, tous les moyens de preuve ne peuvent pas être utilisés car il est nécessaire de prouver non seulement qu'une information a été donnée mais en outre, qu'elle contenait tous les éléments prévus par la loi. C'est ce qui explique que les juges considèrent le plus souvent que la production d'un simple « listing informatique » constitue en la matière une preuve insuffisante¹⁰⁵.

Pour se pré-constituer cette preuve, les créanciers devraient adresser à la caution une lettre recommandée avec accusé de réception, ce qu'ils ne font généralement pas en raison du coût de l'opération.

A la lecture de ces deux dispositions (articles 313-22 du CMF et 25 de l'AUS) sur l'information obligatoire de la caution, il ressort que malgré le mimétisme juridique pratiqué par le législateur communautaire, ce dernier était plus avancé que son homologue français sur certains points. En effet, à titre d'exemple, en lisant le premier alinéa de l'article 25 alinéa 1 de l'AUS, le législateur OHADA utilise le terme « créancier » et nous supposant que cette obligation ne concerne pas que les établissements de crédit mais plutôt tous les créanciers.

En revanche, en droit français, le législateur limitait cette obligation d'information qu'aux établissements de crédit. Ce n'est qu'avec l'ordonnance n°2016-301 du 14 Mars 2016 (Jo 16 mars)

102

D.LEGEAIS, op. cit. n°272, PP. 143-144. La question s'est alors posée de savoir si la sanction légale était exclusive du droit commun de la responsabilité civile. Après avoir hésité, la Cour de Cassation a reconnu à la caution le droit d'engager la responsabilité du créancier, la faute du créancier étant établie, la caution doit rapporter la preuve du préjudice subi et du lien de causalité (Cass. Com. 20 oct. 1992, JCP 1992. éd. E. I. II, note D.LEGEAIS).

103

Civ 1ère, 14 Oct. 1997 JCP 1997 éd., GI4068.

104

CA Orleans, 18 Oct. 1997: Juris-Data n°040157. Cet arrêt écarte tout formalisme et exige seulement que la méthode utilisée permette aux juges de contrôler le contenu de l'avis adressé et la réalité de l'envoi.

105

CA Paris. 28 Juin 1988, D. 1988. I.R. 202.

que ce dernier a étendu cette obligation à tous les créanciers professionnels envers les cautions, personnes physiques.

2- L'ordonnance française n°-2006-346 du 23 mars 2006 reformant le droit des suretés

2-1 -L'admission du pacte comissoire et de l'attribution judiciaire de l'hypothèque par le législateur OHADA à l'image de l'ordonnance française de 2006 sur le droit des suretés

Jusqu'en 2011, la saisie immobilière a été le seul mode de réalisation de l'hypothèque prévu par l'Acte uniforme portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution en ses articles 246 à 334. Cette exclusivité trouvait son fondement dans l'article 246 de l'AUPSRVE, disposition d'ordre public, interdisant la clause de voie parée. Sur ce fondement, la Cour commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) annulait systématiquement les conventions contraires par des motifs qui méritent d'être repris «en effet, autoriser le créancier à vendre de gré à gré l'immeuble de son débiteur au mépris des conditions obligatoires prescrites par l'AUPSRVE et les lois nationales, reviendrait non seulement à mettre à néant la portée de ces dispositions d'ordre public et la protection légale du débiteur, mais aussi à légitimer la voie de la fraude aux droits des autres créanciers, surtout les titulaires de privilèges de rang supérieur à celui du créancier – vendeur ». Le souci de protection du débiteur et des autres créanciers pouvait également justifier l'interdiction implicite du pacte comissoire par l'AUPSRVE.

Imprimant à la saisie immobilière son caractère rigide, l'exclusivité n'a fait que renforcer les multiples autres défauts de cette voie d'exécution jugée trop lourde, coûteuse, inefficace et pénalisante pour le crédit. Malgré ces écueils et contrairement au législateur français qui a modifié les règles de la saisie immobilières après avoir institué l'attribution du bien hypothéqué, le législateur OHADA n'a pas envisagé la révision de la saisie immobilière. Bien au contraire, pointant son efficacité pour les créanciers, le diagnostic préalable « effectué par l'OHADA avec l'appui d'experts reconnus » a conclu à la nécessité d'assouplir les conditions de réalisation des suretés réelles conventionnelles en général, de l'hypothèque en particulier, par la reconnaissance de l'attribution de l'immeuble hypothéqué au créancier hypothécaire. L'Acte uniforme portant organisation des suretés (AUS), entré en vigueur le 15 mai 2011, consacre ces préconisations qui s'inspirent très largement des dispositions de l'ordonnance française du 23 mars 2006, codifiée dans les articles 2458, 2459, 2460 du code civil afin de mettre fin à la rigidité de la réalisation de l'hypothèque.

En effet, comme l'article 2458 du Code civil français, l'article 198 de l'AUS consacre l'attribution judiciaire, en énonçant que « le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement ». A l'instar de l'article 2459 du même code, l'article 199 de

l'AUS autorise le pacte comissoire en disposant qu'« il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué ».

Ainsi, sans toucher à la saisie immobilière, l'AUS prévoit deux modes spécifiques d'attributions du bien hypothéqué, l'un judiciaire, l'autre conventionnel, autrement appelé pacte comissoire qui est une convention par laquelle les parties décident lors de la constitution du gage, que le créancier deviendra propriétaire de la chose gagée ou hypothécaire en cas de défaut de remboursement de sa dette par le débiteur. Il ouvre ensuite les trois voies au choix du créancier hypothécaire impayé.

Au final, le législateur communautaire instaure un cadre libéral dans lequel coexistent trois modes de réalisation de l'hypothèque.

En droit OHADA, l'admission du pacte comissoire se justifie à notre avis, du fait qu'il devrait être en mesure d'améliorer l'exercice de l'activité commerciale dans l'espace OHADA comme ça s'est passé en France avant son admission en droit OHADA.

D'une part, le risque que le bien gagé soit sous-évalué est écarté : la valeur du bien sera appréciée par un expert désigné par les parties ou par le juge ¹⁰⁶ .

D'autre part, le pacte comissoire accélère considérablement le recouvrement de la créance du créancier gagiste, car celui-ci n'est plus obligé de recourir à la vente forcée ¹⁰⁷ .

Enfin, la réalisation judiciaire d'une créance a un cout non négligeable, qui doit être supporté par le débiteur. Un pacte comissoire évite d'alourdir davantage sa dette.

2-2 -L'admission du gage sans dépossession par le législateur communautaire en marge de la réforme de 2011, en s'inspirant de l'ordonnance française de 2006

Alors que le gage sans dépossession a fait son apparition en droit français dès 2006 à la faveur de l'ordonnance N°2006-346 relative aux suretés, il a fallu attendre 5 ans pour que cette sureté soit intégrée dans l'ordre juridique OHADA par le biais de l'Acte uniforme portant organisation des suretés entré en vigueur le 17 mai 2011.

Il faut dire qu'avant la réforme du 17 mai 2011, le gage et le nantissement étaient distingués selon leur mode de constitution ; on parlait de suretés mobilières avec dépossession concernant le gage, et de sureté sans dépossession concernant le nantissement. Depuis la révision de l'Acte uniforme portant organisation des suretés, qui consacre l'existence d'un gage sans dépossession, le gage et le

106

P. CROCQ, *Rép.Civ.*, V° Gage, N°137.

107

S.HEBERT, « le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 » D.2007, p.2052, N°3 : « Précisément le pacte comissoire est d'une grande utilité pour le créancier à qui il offre un désintéressement rapide et, en principe, exclusif ».

nantissement sont distingués en raison de leur nature corporelle ou incorporelle. Ainsi, on parle de nature incorporelle s'agissant du nantissement et de nature corporelle s'agissant du gage.

Le gage est une sûreté réelle mobilière qui jusqu'alors imposait une dépossession. Ainsi, le constituant devait nécessairement se déposséder de la chose objet du gage en la remettant au créancier. A défaut, le gage n'était pas opposable aux tiers, c'est-à-dire que le gage convenu entre les parties n'existait pas à leur égard. L'idée était que la dépossession constituait une mesure de publicité de nature à avertir les autres créanciers que le bien avait été affecté en garantie au profit du créancier gagiste. En effet, cette dépossession est dotée de trois avantages qu'il convient de ne pas sous-estimer. En premier lieu, elle donne au créancier l'assurance de se prévaloir de ses droits sur le bien gagé au moment venu. Sans elle, le créancier risquerait de ne pas retrouver matériellement le bien ou le retrouver dans les mains d'un tiers acquéreur protégé par la règle qui consiste à conférer un titre au possesseur d'un meuble. La dépossession fait en quelque sorte fonction de saisie conservatoire. En second lieu, elle joue une fonction d'ordre publicitaire dès lors qu'il s'agit d'un moyen de prévenir le public que le bien est grevé d'un droit au profit d'une autre personne et qu'il n'est plus du moins entièrement, dans le patrimoine du constituant, il n'est plus un élément de solvabilité apparente. En dernier lieu, la dépossession permet de déterminer avec précision l'objet gagé.

Malencontreusement, la dépossession n'avait pas que les avantages, elle avait aussi l'inconvénient de diminuer la capacité de crédit du constituant.

Ainsi, afin de permettre une utilisation optimale du gage, il fallait rendre possible son affectation à plusieurs créanciers successivement. Or, l'exigence de la dépossession en était un obstacle, puisque le meuble ne pouvait être possédé par plusieurs créanciers et que le premier créancier entré en possession, disposant d'un droit de rétention, pouvait empêcher la constitution de nouveaux gages. Depuis l'avènement du gage sans dépossession en droit OHADA, cet obstacle disparaît.

Ainsi, en s'inspirant de l'article 2333 du code civil, issu de la loi du 26 mars 2016, le législateur OHADA à travers l'article 92 de l'Acte uniforme portant droit des sûretés prévoit que « ***Le gage est le contrat par lequel le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur un bien meuble corporel ou un ensemble de biens meubles corporels, présents ou futurs*** ».

Dans le même sens, l'article 2333 du code civil dispose « ***Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels présents ou futurs*** ».

A la lecture de ces deux dispositions, force est de constater que ces deux articles sont non seulement similaires mots pour mots, il résulte également de ces deux dispositions que le constituant n'est plus obligé de se défaire du bien gagé.

Le gage sans dépossession est donc le gage dont le constituant reste en possession du bien gagé. Il en résulte maintenant dans le droit OHADA comme pensent certains auteurs, une plus grande souplesse

de cette sûreté qui peut être constituée sur les biens futurs et dont l'assiette pourra rester entre les mains du constituant. L'efficacité de cette sûreté est renforcée au niveau des effets par l'admission du pacte comissoire évoqué plus haut.

2-3-L'admission du gage sur les choses futures par le législateur OHADA de 2011 à l'instar de son homologue français de 2006

En droit français, jusqu'en 2006, un gage du bien futur ¹⁰⁸ était impossible car le gage impliquait la dépossession. Ce n'est qu'en 2006 que le législateur français a considéré que les objets futurs pouvaient également faire l'objet d'un gage. Cette règle a été reprise par le législateur OHADA de 2011 en prenant pour modèle, l'article 2333 alinéa 2 du code civil en prévoyant que « les créances garanties peuvent être présents ou futurs, à travers l'article 92 de l'Acte uniforme portant droit des sûretés ».

3- La loi n°2007-211 du 19 février 2007-211 du 19 février 2007 sur la fiducie

La recrudescence et la complexité des opérations de financement dans l'espace OHADA, a conduit le législateur à la création de techniques de nature à interpellier sur l'existence de fiducie-sûretés en droit OHADA.

En ce qui concerne la France, la dernière réforme en vigueur du droit des sûretés émane de l'Ordonnance du 23 mars 2006, ratifiée par la Loi n°2007-212 du 20 février 2007 et a introduit « la fiducie » dans l'ordonnancement juridique français, spécifiquement dans le droit des sûretés par la Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 ; Cette introduction se justifiait par un désir de compétitivité et de performance du droit français à l'égard du droit Anglo-saxon (avec le Trust) ; En effet, l'absence d'un tel mécanisme dans la réglementation des affaires en France s'apparentait en une véritable lacune qu'il a fallu corriger, d'autant plus que de nombreux autres pays (non anglo-saxons) l'avaient déjà intégré dans leur ordonnancement juridique.

Pour ce qui concerne l'OHADA, il a été effectué une réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés qui a été adoptée le 15 Décembre 2010, publiée le 15 février 2011 au Journal officiel de l'OHADA, puis qui est entrée en vigueur le 16 mai 2011.

Ainsi, l'introduction récente de l'Agent de sûretés et la création de nouvelles sûretés basées sur le droit de propriété telle que la cession de créances et le transfert fiduciaire de sommes d'argents par le mécanisme de transfert temporaire de propriété à titre de garantie présentent des similitudes avec la

108

J. MESTRE, « le gage de choses futures », D.S.1982, chron. p.141.

fiducie française¹⁰⁹. Ces similitudes appréhendées du point de vue du *modus operandi*, sont qualifiées « de cryptos-fiducies » par Claude Witz dans sa thèse portant sur la fiducie en droit privé français. Il définit la crypto-fiducie comme tout mécanisme juridique dont les caractéristiques reproduisent totalement ou quasi totalement « le *modus operandi* » de la fiducie sans que cette dernière opération ne soit juridiquement nommée d'une quelconque manière que ce soit¹¹⁰.

Nous retenons à ce stade que la création de l'agent des sûretés¹¹¹ OHADA par l'Acte uniforme révisé est une figure représentative des mécanismes fiduciaires présentant des caractéristiques semblables à plusieurs points de vue de la fiducie française. Mais surtout, il sied de retenir que ce soit le contrat de fiducie, l'agent des sûretés ou le transfert fiduciaire de somme d'argent, ces mécanismes présentent des caractéristiques de nature à sécuriser des opérations de financement et leur remboursement. Pour importantes qu'elles soient et contrairement à ce que pensent certains auteurs, les sources législatives ne sont pas les seules à avoir inspiré le législateur communautaire. Il convient en effet de se demander dans quelle mesure le droit de l'OHADA s'inspire aussi des autres sources du droit positif français.

Paragraphe 2 : L'inspiration du législateur OHADA des autres sources du droit positif français

En dehors de la loi qui est considérée comme principale source du droit, il est reconnu que la jurisprudence et la coutume constituent également des sources de droit ainsi que la doctrine **(B)** qui de son côté, bénéficie d'une autorité non négligeable. Leur importance est moindre que la loi (contrairement à la Common Law) même si s'agissant particulièrement de la jurisprudence, elle joue un rôle prépondérant en droit français. C'est ce qui explique que certaines constructions jurisprudentielles de l'hexagone **(A)** se retrouvent dans le corpus législatif de l'OHADA.

109

Du premier article du Titre XIV du Code Civil qu'est l'article 2011, il ressort que : « La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

110

M. GRIMALDI, Introduction de la fiducie en droit français, n° 2, 30 Juin 2011. (Citant C. Witz – Cl. Witz, La fiducie en droit privé français, éd. Economica, 1981).

111

Selon l'Article 5 de l'Acte uniforme portant organisation des Sûretés (AUS), « Toute sûreté ou garantie de l'exécution d'une obligation peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée par une institution financière ou un établissement de crédit national ou étranger, agissant, en son nom et en qualité d'agent des sûretés, au profit des créanciers de la ou des obligations garanties l'ayant désigné à cette fin ».

A- L'inspiration du législateur communautaire des constructions jurisprudentielles françaises dans l'élaboration des Actes uniformes

Beaucoup de pays, en particulier francophones ont souvent imité les droits produits par les juges français. A cet effet, le professeur R.Sacco soutient qu' « une imitation globale et directe de la jurisprudence française n'est possible que là où la langue française est couramment pratiquée (...) ou là où, le code étant français, l'on se croit en devoir de l'interpréter à la française »¹¹². Dans le même sens, Tallon affirmait que « dans certains pays qui ont conservé le code Napoléon, la jurisprudence française joue un rôle très important »¹¹³.

Ainsi, voulons-nous particulièrement évoquer le cas de l'Afrique, notamment la zone franc qui est, sans doute, la région qui se sert le plus de cette source ; et qui plus est, constitue notre terrain de prédilection. A ce propos, Mme Michelet signale que « les magistrats 'africains' cherchent la solution des problèmes juridiques dans la jurisprudence française »¹¹⁴. Tandis que M. Muka tente d'apporter des explications à ce recours constant des africains à cette source française, en relevant que « **les grands principes de droit d'origine jurisprudentielle** enseignés dans les facultés de droit et des écoles de formation des magistrats (en France naturellement, mais aussi en Afrique) sont ceux dégagés par la jurisprudence française. En outre, poursuit-il, celle-ci, régulièrement publiée et commentée, leur est plus accessible que les décisions de juridictions nationales. De plus, cet auteur renseigne que la jurisprudence de la cour de cassation et du conseil d'Etat français, en particulier, rayonne fortement dans ces pays »¹¹⁵. Au reste, un autre auteur prétend que « le recours quelques fois excessif et souvent instinctif à la jurisprudence française par les magistrats et législateurs africains en vue de solutionner des différends soumis à eux, participe à cette atmosphère ambiante »¹¹⁶. Cette tendance, semble-t-il, remonte à la colonisation¹¹⁷. Au surplus, M. De Soto évoque une « jurisprudence bien connue et parfois maladroite consistant à appliquer certains textes (métropolitains), du moins des solutions qu'ils

112

R. SACCO, « Rapport de synthèse », in *la circulation du modèle juridique français*, op.cit., p.9.

113

D.TALLON, « rapport introductif », in *la circulation du modèle juridique français*, loc.cit., p.21.

114

Citée par L.D. MUKA TSHIBENDE, op.cit., p.12.

115

L.-D, MUKA TSIBENDE, loc.cit., p.13.

116

M. DEMBA SY cité par L.-D. MUKA TSHIBENDE

117

L.-D, MUKA TSIBENDE, loc.cit

donnent, à titre de raison écrite » .

La jurisprudence joue un rôle de plus en plus important en droit français. C'est ce qui explique que certaines "constructions" jurisprudentielles françaises se trouvent dans la nouvelle législation communautaire.

Ainsi, en matière de Suretés par exemple, l'interprétation particulière qui a été faite par la jurisprudence française relativement aux règles de preuve du cautionnement et ce, dans un but de protection de certaines cautions et connue sous le nom de mention manuscrite, se trouve dans la réglementation du cautionnement organisée par l'Acte uniforme sur les suretés. Il est vrai que contrairement au droit français ou cette interprétation particulière des textes tend spécialement à assurer la protection des cautions profanes, dans le cadre de l'OHADA, les mesures de protection mises en place ne semblent pas avoir limitées à une catégorie précise de cautions.

En effet, en droit français, la mention manuscrite n'a pas qu'une fonction probatoire ; elle peut avoir pour but de faire prendre conscience à la personne garante de la portée de son engagement. Elle a alors une fonction de protection d'une partie en situation de faiblesse.

La prise en compte de la condition dans laquelle la personne s'engage en qualité de caution permet de préciser le domaine d'application de la mention manuscrite (1). Ces considérations sont passées sous silence par le législateur OHADA qui a pour sa part opté pour une généralisation de ladite mention (2), faisant ainsi douter de son rôle protecteur de la partie faible. Quant au législateur OHADA de 2010, celui-ci à écarté l'exigence ad validitatem de l'écrit et de la signature des parties qui a été admis par le législateur communautaire de 1997, inspiré par son homologue français (3).

1°) La délimitation du domaine de la mention en droit comparé

En France, la fonction de protection de la mention manuscrite ne concerne en principe qu'une catégorie de cautions, les cautions profanes qui ne maîtrisent pas les contours de l'opération de cautionnement. Cette protection de la caution profane est surtout mise en œuvre dans le cas où son

engagement est passé par acte sous seing privé ¹¹⁹ . La jurisprudence française constante dans cette

118

J. De SOTO cité par L.-D. MUKA TSIBENDE, loc. cit. A ce propos, M. DEMAY de GOUSTINE citée par le même auteur, loc. cit, présente les motifs de l'arrêt n° 31 du 25 juillet 1980 rendu par la cour suprême de justice de la république du Congo (Brazza), ou il est dit explicitement : « ... attendu que le législateur congolais ne s'est pas encore prononcé sur la règle de (...) ; que devant ce silence , et en raison de (...), la cour de céans estime , conformément à la pratique en cas de vide juridique manifeste , que le droit français doit servir de base entant que raison écrite (...) ».

119

En droit français, il faut préciser que si le cautionnement est passé par acte authentique, la caution, bien que profane ne saurait se prévaloir de l'absence de conscience de sa part par rapport à l'acte. L'on suppose que le notaire a eu à l'éclairer sur la portée de l'acte. De même, s'il est avéré qu'elle avait une maîtrise parfaite de son acte, à l'instar d'un commerçant qui passe un engagement dont il a l'habitude (le cautionnement étant en l'espèce commercial), elle ne saurait se décharger en invoquant l'absence de mention manuscrite.

position ¹²⁰ a provoqué un doute quant à cette solution lorsqu'elle a fait passer la mention manuscrite d'une formalité de probation à une condition de validité. En effet, en présence d'une mention érigée en condition de validité d'un acte, l'établissement d'un acte authentique ne dispose nullement de son accomplissement.

Notons tout de même que cette position admet une exception en ce qui concerne les cautionnements souscrits en garantie du paiement des loyers, en matière de baux d'habitation ¹²¹.

Pour ce qui est du cautionnement commercial, la mention manuscrite ayant pour fonction première la preuve du cautionnement, n'est pas requise. En effet, conformément à l'article 109 du Code de

commerce ¹²², c'est le principe de la liberté de la preuve qui gouverne en matière commerciale. Si un tel principe était d'application stricte au début puisqu'il concernait tous les cautionnements ayant un caractère commercial, des restrictions ont été apportées dans ce domaine par la réforme du droit de la preuve, depuis le 12 juillet 1980 modifiant l'article 109 du code de commerce. Désormais, la liberté de la preuve ne vaut que si le cautionnement, en plus d'être commercial, est souscrit par un

commerçant ¹²³. Cela a pour conséquence de soumettre les cautionnements souscrits par des dirigeants sociaux, aux exigences de la mention manuscrite, malgré la connaissance effective qu'ils ont à cause de leur position ou fonction dans la société. Leur situation se rapproche de celle de toute personne garante dans le cautionnement OHADA, du fait de la généralisation de l'exigence de la mention manuscrite.

2°) L'extension du domaine de la mention manuscrite par le législateur OHADA

Le législateur OHADA en son article 4 de l'ancien Acte uniforme sur les suretés, pose une règle sans définir les limites, étendant ainsi en principe la mention manuscrite à tous les types de cautionnement. Aucune distinction n'est faite, que ces cautionnements soient civils ou commerciaux, passés par acte sous seing privé ou de manière authentique. S'il est vrai que le fait d'exiger la mention manuscrite dans tous les cautionnements jette un voile sur son rôle protecteur vis-à-vis des cautions profanes, il faut dire que c'est un problème qui touche le régime du cautionnement tout entier.

120

CA. VERSAILLES, 7 déc.1987 : D.1988, somm. P.272 ; Civ 1^{ère}, 4 fév.1977, RJDA 10-1997, p.859, n°1239

121

Y-R.KALIEU **ELONGO**, « la mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », *Juridis Périodique*, N°55, juillet-août-septembre 2003, p.113.

122

A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi.

123

PH.SIMLER, *op.Cit.* n°382 ; MACORIG-VENIER (F.), *op.cit.* n°384.

Si tel est le cas, peut-on dire au sujet de la mention manuscrite qu'il s'agit du régime général susceptible d'être remis en cause par des régimes particuliers, notamment en matière commerciale où le principe est celui de la liberté de la preuve¹²⁴ ? L'on ne saurait répondre avec certitude, dans la mesure où tout dépend de la portée même de cette mention, susceptible de deux acceptions :

- L'une, la règle de preuve ;
- L'autre, la règle de forme, une exigence « ad validitatem ».

Dans ce dernier cas, le caractère commercial du cautionnement sera sans effet, car les exigences formelles et, a fortiori les règles de validité prescrites à peine de nullité s'imposent également en matière commerciale. Il en sera de même en présence d'un cautionnement passé par acte authentique. En définitif, en dehors de la différence qui existe entre l'ancien Acte uniforme sur les suretés qui étend la mention manuscrite à tout type de cautionnement, et le droit français dont l'objectif est d'assurer spécialement la protection des cautions profanes, dans les deux droits, la mention manuscrite est considérée comme une condition de validité du cautionnement en s'inspirant de l'arrêt de la 1^{ère} chambre civil de la cour de cassation du 22 février 1984 (Cc 22 février 1984 : la mention manuscrite en chiffres et en lettres ne constitue pas une simple condition requise à titre probatoire mais bel et bien une exigence de forme requise ad validitatem).

3°) L'admission nouvelle d'un formalisme ad probationem dans le droit OHADA

a) L'abandon de l'exigence ad validitatem de l'écrit et de la signature des parties dans le nouvel AUS

L'article 14 du nouvel AUS introduit une modification substantielle qui tend à faire de la mention manuscrite de la somme garantie en lettres et en chiffre par la caution non plus une condition de cautionnement comme ça été dans l'ancien AUS (tout comme aujourd'hui en droit français), mais plutôt une condition de preuve de celui-ci.

En effet, l'article 14 dispose que le cautionnement « se prouve par acte comportant la signature de la caution et du créancier ainsi que la mention, écrite de la main de la caution, en toute lettres et en chiffres, de la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme exprimée en lettres ».

Les rédacteurs du nouvel AUS ont supprimé la formulation contenue dans l'article de l'AUS de 1997 selon laquelle « A peine de nullité, il « le cautionnement » doit être convenu de façon expresse entre la caution et le créancier ». Dès lors, l'abandon du formalisme ad validitatem ou ad solemnitatem ne

124

Art.5 AUDCG : « les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants ».

fait aucun doute.

En outre, l'utilisation, dans l'article 14 précité, de la formulation « se prouve » en lieu et place de l'expression « doit être constaté » de l'article 4 de l'AUS de 1997 vient apporter plus de précisions sur le caractère consensuel du cautionnement.

b) L'affirmation implicite du caractère consensuel du cautionnement

Les exigences de forme prescrites par l'article 4 précité avaient donné lieu, il convient de rappeler, à de nombreuses controverses¹²⁵ sur la question du caractère formel ou consensuel du cautionnement.

D'aucun élevaient l'écrit au rang de condition substantielle à la validité du cautionnement¹²⁶. Il est avéré que dans la pratique, le cautionnement, surtout celui donné en faveur des institutions bancaires, est contracté le plus souvent par écrit. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles l'AUS de 1997 avait imposé l'exigence légale expresse de constatation du cautionnement dans un acte écrit. Avant le législateur OHADA de 1997, comme nous l'avons souligné plus haut, le législateur français avait et ce, jusqu'à présent aussi admis cette solution.

En effet, en droit français, étant par principe un contrat consensuel, la conclusion d'un contrat de cautionnement n'est soumise à aucune forme particulière.

Certes l'article 2292 (ancien article 2015) du Code civil impose que le cautionnement soit exprès mais ce texte n'impose pas de formalisme particulier. Or la 1ère chambre civile de la Cour de cassation s'est jadis servie de ce texte combiné à l'article 1326 du Code civil pour imposer un formalisme non prévu par les textes comme exigence de fond. Cet article dispose que : « pour les contrats unilatéraux, la somme garantie doit être mentionnée en toutes lettres et en chiffres ».

La Cour de cassation, dans sa 1ère chambre civile du 22 février 1984 avait décidé que la mention manuscrite en chiffres et en lettres ne constitue pas une simple condition requise à titre probatoire mais bel et bien une exigence de forme requise ad validitatem.

Dès 1984, la doctrine critiqua cette solution perçue comme ne respectant pas la lettre des textes, le formalisme imposé par l'article 1326 n'ayant qu'une vertu probatoire.

La doctrine dénonçait également le fait que les cautions puissent se libérer plus facilement, qu'elles soient profanes ou non (ce qui se passait, les cautions optant pour un contrat de cautionnement en

125

A. SAKHO et I. N'DIAYE, *Pratique des garanties du crédit, Revue africaine de banques* 1998, p.17 ; F. ANOUKAHA, *Le droit des Suretés dans l'Acte uniforme OHADA, PU d'Afrique*, 1998, p.35 et s ; F. ANOUKAHA, A. CISSE-NIANG., M.FOMLI, J.ISSA-SAYEGH, I.YANKHOBAN D IAYE et M.SAMB., *OHADA, Suretés, Bruylant, coll. Droit uniforme africain*, 2002, p.14 et 15.

126

Y-R. KALIEU ELONGO, *Les Suretés personnelles dans l'espace OHADA, PU d'Afrique, Yaoundé*, 2006, p.25 et s.

omettant sciemment la mention susmentionnée).

La Cour de cassation dans sa 1^{ère} chambre civile du 7 mars 1989 met un terme à cette jurisprudence et considère à nouveau que le non-respect de l'article 1326 et de son formalisme n'affecte pas la validité de l'engagement de la caution, engagement ne pouvant être prouvé en tant que tel devant les tribunaux si l'article 1326 n'est pas respecté.

Le cautionnement sans mention manuscrite est dépourvu de force probante et ne vaut que comme commencement de preuve par écrit.

Toutefois, il y'a eu les tempéraments au principe et le formalisme a été imposé par le législateur français, en s'inspirant de la solution prétorienne retenue par la Cour de cassation de 1984 à 1989.

Donc, en raison de la dangerosité de la conclusion d'un contrat de cautionnement, le législateur a ponctuellement dérogé au principe du consensualisme.

Ainsi, pour assurer la protection des cautions, différents textes ont imposé un formalisme informatif non requis ad probationem mais en vue de garantir la validité de l'engagement de la caution. Il s'agit entre autre des articles L.313-7 et L.313-8 du code de la consommation pour le cautionnement d'un crédit à la consommation et les articles L.341-2 et L.341-3 pour la caution personne physique garantissant la dette d'un professionnel.

Pour revenir sur le droit de l'OHADA et plus précisément sur les exigences de forme qui avaient été prescrites par l'article 4 de l'AUS de 1997 (surtout dans les cautionnements donnés en faveur des institutions bancaires), un auteur avait ainsi souligné que, « *l'écrit comporte généralement toutes les informations relatives aux parties (identification du créancier et de la caution), à l'opération garantie (nature, montant), aux modalités du cautionnement (montant, durée, condition de réalisation, d'extinction, etc.). Lorsque le cautionnement constitue une opération courante pour le créancier (c'est le cas des banques) ou pour la caution, l'acte de cautionnement se présente sous la forme de formulaires préétablis dont seules certaines informations particulières varient suivant les cas* »¹²⁷.

L'article 4 de l'AUS précité imposait également que l'acte de cautionnement soit signé « des deux parties » que sont le créancier et la caution ; étant entendu que ces dernières pouvaient le faire personnellement ou par l'intermédiaire de leurs représentants régulièrement désignés.

Plusieurs auteurs, après analyse du texte dans son ensemble, ont conclu que le formalisme qu'il exigeait devait être sanctionné par la nullité comme en droit français. Certaines décisions

jurisprudentielles rendues sur la base de l'AUS de 1997 se ralliaient également à cette position¹²⁸, en

127

Y-R. KALIEU ELONGO, *op. cit.* p.26.

128

Cf. Cour suprême de Côte d'Ivoire, *ch.jud.*, 15 mars 2001, n° 137/2011, *Actualités juridiques* n°40, p.28, www.ohada.com, *Ohadata*, n°J-04-67; CCJA, 19 oct.2003, n°2 18/2003, *Le Juris-Ohada*, n°4/2003, p.10, note Brou M.KOUAKOU, *Receuil de jurisprudence Ohada*, juill.-déc.2003, n°2, p.30 www.ohada.com, *Ohadata*, n°j-04-119; cf.

sectionnant l'absence de la formalité de l'écrit et de la signature des parties par la nullité.

D'autres auteurs ont considéré qu'une telle approche résultait d'une interprétation erronée de la rédaction de l'article 4 de l'AUS de 1997¹²⁹. Partant du postulat selon lequel, les dispositions de l'article 4 précité avaient pour finalité ultime la protection de la caution et la préservation des droits du créancier, une doctrine avait soutenu que l'affirmation du caractère exprès du cautionnement par l'article 4 signifie que la volonté contractuelle des parties au contrat de cautionnement doit être clairement établie. Une telle volonté ne pouvant résulter de circonstances ou du comportement des parties, le cautionnement tacite des parties est, partant, exclu.

En outre, ledit article ne précisait pas la nature de la nullité (absolu ou relative)¹³⁰ sanctionnant le cautionnement qui n'est pas exprès. Par ailleurs, l'article 4 ne prévoyait aucune sanction quant à la violation de l'exigence de la signature des parties. Tenant compte de ces différentes précisions, il paraissait difficile d'affirmer, sans réserve, que le cautionnement était un contrat solennel.

De l'interprétation dudit article et des débats doctrinaux qui en ont résulté, il ressort, toutefois, de constante qu'il ne peut y avoir de cautionnement tacite et que la volonté de la caution et du créancier de s'engager au contrat doit être établie sans équivoque.

.La consécration du caractère consensualiste du cautionnement par le nouvel AUS

Le législateur OHADA a voulu mettre un terme à un débat doctrinal relatif au caractère formaliste ou consensualiste du cautionnement à travers l'AUS révisé de 2010 qui a pris position dans ce débat pour considérer que le cautionnement est un contrat consensuel¹³¹ qui est parfait par le seul échange de consentement des parties contrairement à l'ancien AUS qui s'était inspiré de la jurisprudence française.

En effet, l'article 14 de l'AUS réformé dispose que : « *le cautionnement ne se présume pas (...) il se prouve par un acte comportant la signature de la caution et du créancier (...)* ». Il ressort de cette disposition que la substitution de l'expression « *doit être constaté* » par « *se prouve* », le législateur communautaire marque sa volonté de ne plus subsister aucun doute : le cautionnement est avant tout

également, Tribunal de première instance Abidjan, 22 mars 2001, jugement n° 31, CSSPA c/ Sté Afrocom, Ecobank et BACI, Revue Ecodroit n°1, juill.2001, p.39, Ohadata, n°J-02-22 ; cf. Cour d'appel de Ouagadougou, ch.comm.(Burkina Faso), 5 mai 2006, arrêt n°099, Bally Baba Said contre BOA, Ohadata, n°J-09-19.

129

F.ANOUKAHA, A.CISSE-NIANG, M.FOLI, J.ISSA-SAYEGH, I.YANKHOBAN DIAYE. et M.SAMB, p.15 et s.

130

On peut soutenir qu'il s'agit très certainement d'une nullité relative, si on se fonde sur le fait que les dispositions de l'article 4 visent à protéger les parties, plus précisément la caution.

131

M.REMOND-GOULLAUD, L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement, CP G 1977, I, 2850, n°14 Simler Ph., op.cit., n°52. A l'instar de la jurisprudence française (cf., par exemple, CA Colmar, 17 fév.1998, Juris_Data, n° 055461), la jurisprudence OHADA n'a pas souvent affirmé de façon explicite du caractère consensuel du cautionnement.

un contrat consensuel, pouvant certes être conclu tacitement par les parties , mais dont le seul mode de preuve est l'écrit.

Les formalités prescrites par l'article 14 du nouvel AUS sont exigées ad probationem.

B- Les théories doctrinales françaises : autres sources d'inspiration pour le législateur

OHADA

Contrairement à la jurisprudence française, dont on a vu que le rayonnement est très terne, la doctrine en revanche paraît plus radieuse. En effet, ainsi que l'affirmait Tallon, « la doctrine française sous toutes ses formes-traités de droit, thèses, articles dans les revues scientifiques..., demeure une source

inépuisable d'idées et de réflexions »¹³². Il est évident que pour des raisons de proximité de la langue, ces sources doctrinales françaises sont le plus souvent exploitées par des Etats francophones, comme en témoigne le professeur R. Cabrillac , « l'identité de langue constitue par exemple un facteur non

négligeable dans le choix d'un modèle (...) »¹³³ comme nous l'avons précisé plus haut .Dans ce sens , M.MUKA indique que la communauté de langue peut être considérée « comme une cause d'union, de fusion ,de rapprochement ou d'osmose ; facilitant la circulation des créations des sociétés

humaines. Parmi celle-ci, le droit »¹³⁴ .

Ainsi dit, nous allons-nous focaliser sur le cas de l'Afrique, notamment des pays membres de l'OHADA.

Le précédent auteur affirme que « le droit français représente le système de droit (...) du pays qui a offert à l'Afrique noire francophone sa « *langue du droit* ». Il explique en fait que « formé dans le style et le langage juridique français », et donc aux mêmes valeurs, sources et modes de raisonnement, le juriste africain partage de ce fait avec son homologue français la même langue et les mêmes

concepts juridiques¹³⁵ .Ainsi, constate-t-il que « pour les juristes africains, le langage juridique français n'est point empreint d'ésotérisme. Ils ont une commune habitude, et sont par-là disposés à l'étude et à la connaissance du droit français ».D'ailleurs, Jean foyer s'adressant aux africains, leur avait signifié : « nous vous avons communiqué et nos concepts, et notre technologie, et nos habitudes de rédaction, et nos méthodes de constructions juridiques, et tout cela, il est vraisemblable que vous

132

D.TALLON, loc.cit., p.34.

133

R. CABRILLAC, les codifications, op.cit., p. 294.

134

L.-D, MUKA TSIBENDE, loc. cit, p.8.

135

Loc. cit. p.11. Les mots guillemets sont repris à M. TAHITA cité par cet auteur.

n'en perdrez pas l'habitude de sitôt(...) ».

En effet, pour ce qui est des théories doctrinales développées au cours de ces dernières années, certaines ont inspiré les rédacteurs des Actes uniformes. Il en est ainsi en matière de sociétés commerciales pour ne pas étudier toutes les théories doctrinales françaises ayant inspiré le législateur OHADA.

1°) La société Unipersonnelle en droit OHADA : fruit des trois théories doctrinales françaises sur la nature juridique d'une société

L'introduction de la société unipersonnelle dans le droit des sociétés va entraîner un bouleversement dans la conception classique du droit des sociétés. Aussi, il convient de se poser la question d'en savoir quelle est désormais la conception de la société en droit OHADA ?

Autrement dit, la société commerciale dans l'espace OHADA est-elle un contrat ou une institution ?

.Echelle historique

Le débat sur la nature juridique de la société commerciale a pendant longtemps préoccupé les esprits. La discussion doctrinale française qui s'en est suivi a donné lieu à deux thèses bien connues des juristes. Celle du contrat et celle de l'institution.

A l'origine, la société serait un contrat. Assurément, c'est une convention spéciale. Dans le code civil de 1804, l'article 1832 définissait exactement la société comme un contrat et il est vrai qu'à l'origine de la société, l'on retrouve la rencontre des consentements des parties donc des associés, caractéristique de la définition du contrat prévu à l'article 1101 du code civil. En 1975, une loi a réécrit l'article 1832 alinéa 1 qui existe depuis dans cette mouture ; l'article 1832 du nouveau code civil prévoit que la société est une institution et un contrat. Il prévoit en alinéa 2 que l'on peut par l'acte unilatéral de volonté, constituer une société unipersonnelle. Par définition, on peut dire que ce n'est pas un contrat.

Après naissance de la société unipersonnelle, ce vieux débat qui avait pourtant montré ses limites a été relancé. Les tenants de la thèse contractuelle, partent de l'idée selon laquelle que la société ne peut résulter que d'un contrat. Ils critiquent sévèrement l'œuvre législative, en mettant en relief les contradictions dans les termes. Selon eux, la société et la personne morale ne peuvent résulter que d'un groupement de personnes. Reconnaître le contraire, c'est changer la définition de la société et tomber dans le narcissisme. Cette thèse a eu ses mérites. Elle justifie encore certaines règles de la

plupart des sociétés de personnes. Mais elle a subi un recul dans les sociétés de capitaux.

En revanche, pour les tenants de la thèse institutionnelle avec l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, la personne morale ne naît plus de l'échange du consentement mais plutôt de l'immatriculation qui est une formalité administrative. Toutes les règles aussi bien de constitution que de fonctionnement des sociétés sont impérativement fixées par le législateur et les associés ne les discutent plus. De plus, la naissance de la société avec un associé unique va aujourd'hui remettre en cause l'efficacité de la thèse contractuelle qui voit dans la société unipersonnelle le triomphe de la théorie institutionnelle. Elle justifie le dépassement de la volonté et des intérêts catégoriels des associés.

Élaboré essentiellement pour faire échec à la conception contractuelle de la société, la théorie de l'institution a aussi montré ses limites. La remise en cause de ces deux théories ne tarda pas à se manifester.

Une troisième théorie, inaugurée par l'école de Rennes avec à sa tête le professeur Jean Paillusseau, refuse de prendre position dans ce faux débat, en soutenant que la vraie question n'est pas de savoir si la société est un contrat ou une institution, mais de constater que la société était une technique juridique d'organisation de l'entreprise.

Dans un premier temps, cette démonstration doctrinale a eu pour but principal de faire émerger la notion d'intérêt social, de la rendre autonome et de la distinguer du seul intérêt des majoritaires. Cette notion d'intérêt social était destinée à servir d'étalon de mesure de la gestion des dirigeants de la société, la finalité de leur pouvoir n'étant plus la simple satisfaction des intérêts des majoritaires mais plus largement la satisfaction de l'intérêt propre de l'entité qu'est l'entreprise. Cette proposition doctrinale avait fondamentalement deux incidences : la première consistait à mettre en place un contrôle de la conformité des décisions à l'intérêt social. La seconde consistait à rendre les dirigeants plus indépendants des associés majoritaires. Cette doctrine rejoignait ainsi un courant d'idées né chez les économistes des États Unis (Berle Burnham, Galbraith). Inévitablement, cette conception économique de la société, faisant de celle-ci une technique juridique d'organisation de l'entreprise, devait conduire à l'effacement du fondement classique de la société.

Comme nous l'avons évoqué dans les précédents paragraphes, dans un premier temps, c'est le caractère contractuel de la société qui a été contesté au profit de la notion d'institution empruntée en droit public. Dans un second temps c'est le fondement pluraliste de la société qui a été discuté. Ainsi, si la société n'est que le vêtement juridique d'une entité économique, l'entreprise, alors peu importe que celle-ci soit la propriété d'une ou plusieurs personnes. Là où la conception classique n'admettait de société que dans la mesure où elle était composée d'au moins deux associés, la conception moderne s'accommode d'une société composée d'un seul associé. Pour exprimer cette nouveauté, les juristes français ont retenu la domination de « société unipersonnelle », même s'ils ont conscience que, au

sens linguistique et étymologique, le mot société, d'origine latine, exprime l'association de deux personnes.

La législation française est très longtemps restée liée à la conception classique. Toute société ne pouvait être constituée qu'avec au moins deux associés, et l'ancien article 1832 du code civil énonçait que « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun ». Toute société devenue unipersonnelle en cours de vie sociale était dissoute de plein droit.

La première évolution législative très partielle, est intervenue en 1966. La loi du 24 juillet sur les sociétés commerciales a supprimé la sanction de la dissolution automatique et décide que, dorénavant, les sociétés devenues unipersonnelles en cours de vie sociale survivraient provisoirement et devraient redevenir pluripersonnelles au bout d'un an, la dissolution n'étant pas encourue de plein droit au terme de ce délai, seul le juge pouvant la prononcer à la demande de tout intéressé. Cette solution très nouvelle dans le droit français des sociétés a été généralisée (en particulier aux associés civils) par la loi du 4 janvier 1978 relative aux règles communes à toutes les sociétés, civiles ou commerciales.

Des 1970, des propositions de lois ont été forgées pour aller au bout de la logique de la conception moderne des sociétés et permettre la création des sociétés unipersonnelles.

Une loi du 11 juillet 1985 en a été l'aboutissement. Elle a implanté en droit français, la société unipersonnelle. Désormais une personne peut constituer à elle seule une SARL baptisée par la loi de 1985 « entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ».

C'est la thèse originale dite technicienne ou fonctionnelle, dont s'est inspiré le législateur OHADA, qui semble expliquer l'apparition ou l'existence de la société d'une seule personne car la société unipersonnelle consacre dans l'espace OHADA, la théorie de l'entreprise.

Dans une thèse célèbre, Jean Pailluseau, a magistralement comme nous venons de le dire, démontré que la société est un ensemble de règles juridiques de techniques et de mécanismes destinés à l'organisation juridique de la vie d'une forme de production ou de distribution : l'entreprise.

L'entreprise qui n'avait intéressé jusque-là que les économistes et les travaillistes apparaît donc à la surface du droit comme nouveau pôle d'attraction et de réflexion.

Mais aucune ne relève très justement J Pailluseau, l'émergence de la notion d'entreprise à la vie juridique trouble nécessairement celle de la société. La société s'interroge-t-on un peu partout aujourd'hui dit-elle disparaître ? S'agit-il de deux notions concurrentes ou complémentaires ?

La réponse à cette série de questions impose une démarche préalable.

Il faut partir de l'hypothèse que l'entreprise n'est pas un sujet de droit, mais une unité économique et sociale dotée d'une organisation propre caractérisée essentiellement par la réunion du capital et du travail, en vue de la production des biens ou des services. En cela, elle ne saurait discuter une quelconque place à la société qui est dotée d'une personnalité juridique dès son immatriculation au

registre de commerce et du crédit mobilier, et donc qui est un sujet de droit.

Mais cette unité économique qui est parfaitement organisée et qui réunit en son sein non seulement ceux qui apportent le capital mais également un personnel qui travaille et qui jouit d'un statut légal, a besoin du secours de la société pour parvenir à la vie juridique. L'entreprise devient donc ainsi que le souligne le professeur Pailusseau « l'objet principal du droit des sociétés ».

Loin d'être dès lors contradictoires, les deux notions de la société et de l'entreprise se complètent. L'une est technique juridique et l'autre réalité économique et sociale.

En contemplation de ce raisonnement, on comprend dès lors aisément que le législateur « OHADA », très sensible à l'évolution du droit des sociétés et à la mondialisation du droit des affaires, se soit servi de la technique sociétaire pour mieux organiser juridiquement l'entreprise individuelle.

Certes, il est difficile de faire croire à tout le monde que la société est devenue une technique d'organisation de l'entreprise. Mais avec la naissance de la société d'une seule personne c'est le monde du propriétaire qui disparaît au profit de celui de l'entreprise.

Le législateur français tout comme son homologue OHADA, s'inspirant de la thèse développée par le professeur Jean Paillusseau, ont pensé que lorsque la société est unipersonnelle, elle ne naît plus d'un contrat mais plutôt d'un acte juridique unipersonnel. Toutefois, le droit commun des sociétés reste dans une grande partie soumis au droit des contrats.

2°) La prééminence de la théorie institutionnelle de la société dans la loi française de 1966 : une approche reproduite par le législateur communautaire dans l'ancien Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales révisé en 2014

La loi de 1966 était caractérisée par un détail de l'organisation des sociétés et à l'excès des règles impératives. La législation sur les sociétés commerciales, fruit de strates progressives de dispositions d'ordre public, était affectée de multiples lourdeurs qui entravaient le dysfonctionnement des sociétés commerciales en même temps qu'ils causaient un grand embarras doctrinal. A l'évidence, le législateur de 1966 avait fait preuve d'une extrême sévérité dans l'arsenal législatif créé à cette époque (a). Cette même approche avait été suivie par le législateur communautaire dans l'ancienne mouture de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales (b).

a) la sévérité de la loi française de 1966

La doctrine française est traditionnellement attachée à la théorie institutionnelle de la société. Les scandales financiers du siècle passé et même de ce siècle ont été le moteur de la législation française

sur les sociétés et le souvenir s'en est conservé dans l'inconscient collectif¹³⁷. A l'instabilité financière, le législateur avait réagi en multipliant les dispositions d'ordre public.

Il fut notamment reproché à la loi française de 1966, de régler dans le détail et de manière impérative l'ensemble des relations et situations alors qu'aux dires de la doctrine rien ne justifiait réellement ni

le luxe des détails ni le caractère impératif¹³⁸ de certaines règles. On ne fait pas fonctionner l'économie à coup de règles impératives; l'histoire de l'Europe de l'Est avait d'ailleurs confirmé cette

maxime¹³⁹. Il n'était d'ailleurs pas davantage souhaitable de laisser contrôler la gestion des entreprises par la juridiction répressive. En 1966, le législateur français qui multipliait à l'excès les règles impératives, avait été embarrassé par les recherches d'une sanction. Faute d'imagination, les sanctions pénales ont été multipliées. La pratique judiciaire sortit d'ailleurs de l'ombre une incrimination instituée en 1985, laquelle avait tendance à instaurer par ce moyen une sorte de contrôle de gestion,

ce qui était excessif¹⁴⁰

Les cris d'orfraie des partisans de dépenalisation n'y firent rien, le dispositif répressif ne cessa de

croître ; il devint "impressionnant"¹⁴¹, à tel point que l'on pouvait vraiment parler d'une véritable

« inflation pénale¹⁴² ».

Il est vrai que le droit est, à un moment donné, influencé par les tendances culturelles dominantes de la société politique, économique et sociale. Or en 1966, quand le droit des sociétés a été élaboré et discuté au parlement, une tendance culturelle, forte, de la société politique française conduisait au centralisme, au dirigisme et à l'assistance. Elle ne pouvait qu'influencer les auteurs de la loi de 1966 et les inciter à régler dans le détail tous les aspects de l'organisation des sociétés. Ce pointillisme

137

P. DIDIER, *la théorie contractualiste de la société*, *Revue des sociétés* 2000 ; p.95.

138

J.PAILLUSSEAU, *la modernisation du droit des sociétés commerciales « une réconception du droit des sociétés commerciales »*, *Recueil Dalloz* 1996 p .287.

139

J. FOYER, *Quel droit des sociétés dans le millénaire qui s'avance ?* *Revue des sociétés* 2000, p.101.

140

On rappellera que, lors des travaux préparatoires de la loi du 24 juillet 1966, s'est posée la question de savoir s'il fallait maintenir autant de droit pénal. Malgré les remarques des commercialistes, favorables à l'idée d'une dépenalisation et au développement de la responsabilité civile des dirigeants, la doctrine pénaliste solitaire sur le droit des sociétés, D.1996. Chron. 91. Car, même si certaines infractions ne sont pas très fréquemment mises en œuvre, la présence des textes répressifs est de nature à dissuader de les commettre.

141

V-J. HAMEL, *préface au droit pénal spécial des sociétés anonymes*, *Dalloz*, 1955, p. VIII

142

M. DELMAS-MARTY, *l'enjeu d'un code pénal, réflexion à propos de l'inflation des lois pénales en France*, *mélanges Legros*, Bruxelles, 1985, p.165 ; J.-J. DE BRESSON, *Inflation des lois pénales et législations ou réglementation, technique*, *RSC* 1985.241.

concernait jusqu'à la façon dont devaient être tenus les registres sociaux.

La part de l'organisation laissée à la liberté des fondateurs s'en trouvait conséquemment réduite. Aux dires de la doctrine, le texte de 1966 avait fait du droit des sociétés un droit que d'aucuns n'avaient pas hésité à qualifier de "liturgique", ce qui était une élégante manière de marquer l'importance de

l'ordre public¹⁴³. Dans l'esprit du législateur, cet état de fait s'expliquait aisément : il fallait bien que protection soit accordée à ceux auxquels l'existence de la personne morale fait courir des risques, à savoir les associés et les tiers. En la circonstance, la difficulté était justement de trouver l'équilibre entre ces éléments contradictoires que sont, d'une part le dynamisme dont doit profiter la société pour prospérer et d'autre part la prudence qu'imposent la défense des intérêts des associés et la sauvegarde des droits des créanciers.

En droit OHADA, la lecture de l'ancien texte sur le droit des sociétés, révèle l'identité entre la démarche suivie par le législateur OHADA et celle qui fut adoptée par son homologue français de 1966.

b) Une approche reproduite en droit OHADA des sociétés commerciales

L'ancien Acte uniforme de 1997 relatif au droit des sociétés commerciales était caractérisé par un excès de dispositions impératives. Dans un article rédigé sous l'empire de ce texte, Pascal Ngihe Kanté soulignait notamment que le caractère d'ordre public était attaché de manière générale à l'ensemble des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, en abrégé OHADA. Ce caractère d'ordre public interdisait de déroger à ces règles et rendait nulles ou non écrites toutes dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles contraires. Cette analyse effectuée en 2010, pointait ainsi la divergence entre ce droit et la récente évolution de

la matière qui va dans le sens de la « contractualisation »¹⁴⁴. A cet égard, l'auteur dans un passage édifiant décrivait l'état des dispositions impératives dans le texte de l'AU sur les sociétés commerciales et les GIE :

« Une lecture combinée des articles 10¹⁴⁵ du traité de l'OHADA, 2 et 919, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE permet d'affirmer que la réglementation

143

D. RANDOUX, le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre, Revue des sociétés 2000, p.105.

144

P. NGIHE KANTE, le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique, RTD com 2010, p.1.

145

Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.

OHADA des sociétés commerciales est marquée par le sceau de l'autoritarisme : l'ordre public y règne en souverain quasi-absolu sauf dans certains cas où des dérogations auraient été expressément prévues par le législateur¹⁴⁶. A cet égard, cette réglementation s'applique indépendamment de la volonté des associés ou des États membre de L'OHADA. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), dans un avis remarqué, a réaffirmé le principe¹⁴⁷. Comme cela fut le cas dans la loi française de 1966, le législateur OHADA règle tout dans le détail et souvent de manière impérative¹⁴⁸. Cet ordre public¹⁴⁹ qui correspond au souci de protéger aussi bien les associés que les tiers, se matérialise par une floraison d'interdictions dont certaines sont assorties de sanctions pénales¹⁵⁰. A ce titre, il aurait pour fonction de protéger l'intérêt général.

Ainsi, à l'exemple de son homologue français dans la loi de 1966, le législateur OHADA ne tolère les dispositions complémentaires des associés ou l'intervention des législateurs nationaux, voire des juges internes que dans la mesure où il les autorise lui-même ou lorsque ces dispositions seraient conformes à celles qu'il a prévues. L'Acte uniforme prévoit absolument tout sur la réglementation d'une société et ne laisse aucune place à la liberté d'appréciation des différents destinataires de l'ordre public sociétaire. La marge de manœuvre des associés ou des États n'est prévue que dans de rares cas ce qui permet d'affirmer que l'ordre public occupe une importance en droit des sociétés commerciales de l'OHADA.

Quant aux raisons qui justifient l'excessive rigidité de l'ancien texte, il a notamment été fait état de la

146

NDLR L'art.10 du traité affirme la primauté du droit OHADA sur les dispositions du droit interne. L'art 2 de l'AU soc. Admet le caractère d'ordre public attaché de manière générale aux dispositions dudit Acte, à l'exception des cas où l'Acte autorise expressément l'associé unique ou les associés à lui substituer les dispositions dont ils ont convenu, soit à le compléter par les stipulations propres. Quant à l'article 919.al.1er, il pose le principe général de l'abrogation des dispositions contraires à celle de l'Acte uniforme.

147

NDLR Cf. Avis n° 001/2001/EP du 30 avr.2001, 4^e branche (4-d) : " Les dispositions de L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique étant d'ordre public et s'appliquant à toutes les sociétés commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet régissent les sociétés soumises à un régime particulier entrant dans le cadre juridique ainsi défini. Toutefois, à l'égard de ces sociétés, l'art. 916, al. 1er, de l'Acte uniforme précité laisse également subsister les dispositions législatives spécifique auxquelles lesdites sociétés sont soumises ». - Cf. aussi, CCJA, Avis n°2/2000/EP du 26 avr.2000 et CCJA, Avis n°003 :2002 du 10 janv.2002.

148

NDLR pour un rappel du contenu de la loi française de 1966 ; cf.J. PAILLUSSEAU, la modernisation du droit des sociétés commerciales : une réconception du droit des sociétés commerciales, D.1996.chron.287.

149

On a toujours considéré l'ordre public comme une notion particulièrement fuyante qui "ne se laisse enfermer ni dans une définition ni dans un catalogue » (CARBONNIER, Droit civil, t. IV, les obligations, PUF, 22^e éd.,2000, n° 69°.La définition de Planiol a été approuvée par de nombreux auteurs contemporains (PH. MALAURIE, in l'ordre public et les bonnes mœurs, rapport français, Trav.assoc.H. Capitant, 1952, E. Doucet, 1956, p.748 ; J.GHESTIN, op.cit., n°97, notamment.

150

: NDLR la sanction de cette impérativité va consister, en règle générale, en une nullité, mais une nullité absolue ouverte non seulement à tous ceux que le législateur entend protéger, mais également à tout le monde.

crainte du législateur que les associés ne mettent en péril l'existence de la société ou que les États parties ne se soumettent à la primauté du droit de l'OHADA. Le législateur a donc dû veiller à limiter

la liberté contractuelle des associés¹⁵¹ de même que la souveraineté législative et judiciaire des États. Dans les sociétés à caractère institutionnel avéré telles que les sociétés de capitaux, ces règles d'ordre public prospéraient, les recours contre les associés étant limités. Comme le relève à cet effet Jean Paillusseau, « *La limitation de la responsabilité des associés implique que l'on protège la société elle-même, en tant que telle, à moins que l'on accepte de spolier aussi bien les associés que les*

créanciers ».¹⁵² Le législateur est donc tenu d'intervenir dans l'organisation de la société. Cette ingérence de la loi dans le fonctionnement de ces sociétés s'explique par la reconnaissance à la société d'un intérêt propre distinct de celui de la société en tant que personne morale¹⁵³.

On aboutit à l'application à la société commerciale de la théorie publiciste de l'institution systématisée par le Doyen Hauriou d'après laquelle la société serait moins un contrat qu'une institution¹⁵⁴. Cette théorie permet ainsi d'expliquer les contraintes importantes affectant ces sociétés de capitaux tel qu'en témoignent de nombreuses dispositions portant sur leurs règles de fonctionnement: La SA tout particulièrement est affectée d'une forte réglementation dans son organisation interne ainsi que de principes de fonctionnement contraires à la logique contractuelle. Que l'on songe notamment au commissaire aux comptes : ce dernier initialement conçu comme un simple mandataire des associés, a vu ses missions se renforcer et s'élargir à mesure que les sociétés anonymes gagnaient en importance. Certains n'hésitent plus à parler à son sujet de mission d'intérêt public, ce qui en fait un organe social¹⁵⁵ : comme en droit français¹⁵⁶, l'essentiel de son statut et de ses attributions étant défini

151

L'article 2 de l'AU Soc. de 1997 posait le principe d'ordre public de ses dispositions, interdisant ainsi à l'associé unique ou aux associés d'y déroger en dehors de toute autorisation expresse.

152

J.PAILLUSSEAU, la logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés, in droit et Actualité, Études offertes à Jacques Bégun, Litec, 2005, n°24, p.576.

153

L'analyse de p. Didier contredit cependant cette assertion : dans le droit anglo-saxon notamment, l'inexistence de règles d'ordre public n'empêche pas le développement des sociétés. La doctrine contractualiste affirme en effet que les pouvoirs des managers américains n'ont cessé de se développer sans que ni le juge, ni le législateur ne tentent d'y mettre un frein. Et, néanmoins, l'économie américaine ne s'est jamais aussi bien portée, les sociétés n'y ont jamais été aussi prospère ni les actionnaires, aussi comblés. V.P. DIDIER, La théorie contractuelle de la société, Revue des sociétés 2000, p.95.

154

M. HAURIOU, Théorie de l'institution, 1935, cité par M. KONE, le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaison avec le droit français, LGDJ, 2003, n°323, p.105.

155

CH. FREYRIA, Le commissaire aux comptes : mission d'intérêt public ? JCP E 1996.I. 516.

156

Y.GUYON, Commissaire aux comptes : mission et responsabilité, -CI. Sociétés, Fasc. 134-B ; D.LANGE, Commissaires aux comptes, mission, J.-CI. Société, Fasc. 134-20 ; J. MONEGER et T. GRANIER, Ré. Sociétés Dalloz,

maintenant par la loi et non par les actionnaires¹⁵⁷. Le constat est fondé sur deux éléments : d'une part, les actionnaires ne sont pas maîtres de la désignation et de la révocation du commissaire aux comptes ; d'autre part, ce dernier est investi de mission allant au-delà de la seule protection des actionnaires.

La règle de la majorité lors des délibérations au sein de la société constitue une autre atténuation à la logique contractuelle de la SA. Le fonctionnement des assemblées d'actionnaires est traditionnellement gouverné par le principe de la majorité.

Section 2 /Rapport d'inclusion entre le droit OHADA et le droit français : preuve une nouvelle fois du mimétisme juridique

Pour ne pas prendre l'exemple de tous les Actes uniformes, nous nous intéresserons à l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales. Ainsi, avant de faire le rapprochement entre le droit français et le droit OHADA sur les différentes formes de sociétés commerciales (Paragraphe 3), il convient d'abord de souligner que le rapport d'inclusion qui existe entre les deux droits en droit des sociétés, se manifeste tant sur la définition de celles-ci (Paragraphe 1) que sur leurs distinctions (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Du point de vue de la définition de la société

Concernant la définition de la société, l'article 1832 alinéa 1 du code civil français définit la société comme suit : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

Le texte ajoute un peu plus loin à son alinéa 2 que : « Elle peut être instituée dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne ».

Cette définition du code civil fait ressortir le caractère contractuel et pluripersonnel de la société. Ce qui n'exclut pas la société unipersonnelle comme le précise l'aliéa2.

A l'instar de l'article 1832 alinéa 1 du code civil, l'article 4 de l'Acte uniforme révisé relatif au droit

v° *Commissaires aux comptes ; Lamy Société commerciales*, 2001, n° 1176 s. J.-F. BARBIERI, *Le commissaire aux comptes*, GLN-Joly, 1996 ; R. CASTEL et F. PASQUALINI, *le commissaire aux comptes*, Economica, 1995.

157

Sur les statuts et les attributions du commissaire aux comptes en droit OHADA, cf. P.-G. POUGOUE, F. ANOUKAHA et J. NGUEBOU TOUKAM, OHADA. Société commerciales et GIE, UNIDA, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, Bruxelles, 2002, n° 254 s. Ernest et Young International, op. Cit., 1999, p 255 s. égal. Le commissariat aux comptes dans l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales : la documentation permanente, éd.C2A, n°1 du 5 janv.1998, D.I.

des sociétés et du groupement d'intérêt économique dispose : « la société commerciale est créée par deux (2) ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire, en nature ou en industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter ».

Tout comme l'alinéa 2 de l'article 1832 du code civil, l'article 5 de l'Acte uniforme ci-dessus cité ajoute que : « la société commerciale peut être également créée dans le cas prévu par le présent Acte uniforme, par une seule personne, dénommée associé unique , par acte écrit ».

Dans les deux textes, nous avons deux des trois éléments constitutifs d'une société.

Le premier élément ce sont les apports ; c'est à dire, la valeur que les associés mettent dans la société. Quand les deux législateurs parlent des biens, ça veut dire de l'argent ou d'autres biens comme le brevet, le fonds de commerce etc. Pour ce qui concerne « l'industrie », c'est un mot ancien qui désigne l'activité des associés qui peuvent ne pas mettre d'argent ou qui ne peuvent pas apporter un bien mais plutôt leur activité. Ce genre d'apport en industrie donne droit en contre partie à des parts ou à des actions « particulières » parce que les associés qui apportent leur activité en principe ne peuvent pas céder leurs parts ou leurs actions car c'est leurs activités personnelles qu'ils mettent dans la société. C'est pour cela que ce genre d'activité ou parts en industrie sont incessibles.

Ce premier élément est plus tangible.

Concernant le deuxième élément présent dans les deux textes, il s'agit de l'intention de participer aux résultats. Ce deuxième élément est moins tangible que le premier parce que c'est une intention. Ainsi, quand les deux textes disposent : « ... en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter », nous pouvons dire qu'il s'agit là, du côté positif d'un contrat de société car si l'on crée une société, c'est parce que l'on espère gagner de l'argent, avoir le bénéfice et distribuer celui-ci sous forme de dividendes.

En même temps, il y'a aussi le côté négatif ; ça veut dire que la société peut faire une activité qui ne marche pas et donc une activité qui conduit la société à subir les pertes. Par conséquent, les associés doivent tous supporter une partie des pertes de la société.

Le troisième élément qui n'apparaît pas dans l'article 1832 du code civil et dans les articles 4 et suivants de l'Acte uniforme OHADA comme nous l'avons constaté mais qui est donné ou ajouté par la jurisprudence, c'est l'affectio societatis. C'est-à-dire, le sentiment d'être associé. Cet élément permet de distinguer le contrat de société à d'autres situations. À titre d'illustration, nous allons répondre à cette interrogation : Une personne apporte son activité à une entreprise, elle reçoit une rémunération en contrepartie de cette activité. Ainsi, la question que nous pouvons nous poser est celle de savoir si c'est un contrat de société ou non ? Il est-il exclu que ce soit un contrat de société ? A cette question, nous pouvons dire que ce n'est pas forcément un contrat de société parce qu'un salarié précisément qui apporte une activité à une entreprise reçoit une rémunération. En même temps,

un associé qui apporte son industrie, son activité, si la société est bénéficiaire, il reçoit également une rémunération. Donc cela peut être à la fois un contrat de travail et un contrat de société. Mais la différence c'est que , le salarié est payé quel que soit le résultat fait par l'entreprise alors que si l'associé n'a qu'un droit au bénéfice, il faut qu'il y est un bénéfice pour qu'il perçoive une rémunération. A côté de cette situation, nous pouvons avoir une situation plus compliquée que celle que nous venons d'évoquer. En effet, prenons le cas d'un salarié qui est rémunéré, qui a un salaire mais avec une rémunération variable, c'est-à-dire qu'il est rémunéré plus si l'entreprise fait de bon résultat. Le problème est celui de savoir s'il est salarié ou associé ? Nous pouvons dire que c'est un peu difficile de le savoir juste en regardant son activité puisque c'est la même qu'il soit salarié ou apporteur en industrie et le fait qu'il perçoive une rémunération. C'est dans cette perspective qu'il est important de regarder le troisième élément ajouté par la jurisprudence « l'affectio societatis » qui est le fait de se sentir associé, le fait de se comporter comme associé. Donc il faut regarder si cette personne participe aux assemblées générales de la société ou si elle s'intéresse aux activités de la société ou se comporte de manière plus détachée. Nous comprenons que si on est présent dans les assemblées, les organes sociaux, on montre plus son affectio societatis que si l'on est plus éloigné. Nous avons ici, les trois éléments qui sont donc les apports, l'intention de participer aux résultats ainsi que l'affectio societatis tout en précisant que ce troisième et dernier élément n'est pas dans les deux textes (1832 du c.civ, 4 et suiv de l'AUSCG) mais se trouve plutôt dans la jurisprudence. Dans les deux droits, nous pouvons définir une société, comme le contrat de société tel que défini à l'article 1832 du code civil avec ces 3 éléments. Ainsi, elle peut être définie comme étant un contrat par lequel les associés font les apports, pour participer aux résultats et ont l'affectio societatis. Nous pouvons dire que c'est une première définition de la société. Concernant la deuxième définition de la société, nous pouvons définir celle-ci comme une entité ou une personne morale qui apparait quand un contrat de société a été conclu ou quand une personne a fait une société unipersonnelle. A l'instar de son homologue français, le législateur communautaire dégage ou consacre non seulement le caractère contractuel et pluripersonnel de la société, mais également le côté unipersonnel de celle-ci. A la lecture des articles 4 et 5 de l'AUSCG qui définissent la société, il paraît possible de constater que le législateur communautaire n'a fait que transposer l'alinéa 1 et 2 de l'article 1832 du code civil français.

Paragraphe 2 : Du point de vue de leur distinction

En droit français tout comme en droit OHADA, il existe une distinction entre les sociétés sur plusieurs points. En effet, la première distinction sera fondée sur la personnification (A) de la société ; c'est-à-dire les sociétés avec personnalité morale d'un côté, les sociétés sans personnalité morale de l'autre.

La deuxième distinction est fondée sur la commercialité (B), société civile d'un côté et société commerciale de l'autre. Pour ce qui concerne la troisième distinction, elle se manifeste en fonction de l'importance accordée à la personnalité des associés. C'est la distinction société de personnes, société de capitaux (C). Enfin, la quatrième et dernière distinction est basée sur le mode de financement de la société (D).

A- La distinction fondée sur la personnification de la société

Concernant cette première distinction, en droit français tout comme dans le droit communautaire OHADA, il y'a des sociétés qui sont des personnes morales, il y'a également des sociétés qui ne le sont pas. En générale, la plupart des sociétés ont la personnalité juridique parce que c'est un avantage très important pour une société. Cette personnalité juridique fera d'elle un sujet de droit, ce qui lui permettra de conclure les contrats et engager sa responsabilité sur un patrimoine qui est propre à elle. Nous savons très bien que lorsqu'on crée une société, c'est important d'avoir cette protection car si la société a des salariés, ce ne sont pas des associés qui sont directement engagés, mais plutôt le patrimoine de la société. En effet, en France tout comme dans l'espace OHADA, pour qu'une société ait la personnalité juridique, elle doit avoir fait une formalité qui est l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Ainsi, à l'instar de l'article 1842 du code civil qui dispose : « Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation.

Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations », l'article 97 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique prévoit que : « A l'exception de la société en participation , toute société doit être immatriculée au registre de commerce et du crédit mobilier ». Un peu plus loin à l'article 98 du même Acte uniforme, il est prévu que « Toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au registre de commerce et du crédit mobilier, à moins que ce présent Acte uniforme en dispose autrement ».

En lisant les deux textes, nous comprenons que le droit de l'OHADA est véritablement inclus dans le droit français.

En parallèle, il convient également de souligner que dans les deux ¹⁵⁸ droits, nous avons aussi deux types de société qui n'ont pas la personnalité juridique. Nous avons la société en participation (1) et la société créée de fait (2).

158

Nous mettons de côté la société en formation qui est en train d'aller vers la personnalité morale et qui a un régime particulier.

1) La société en participation

En droit OHADA, ce type de société est prévu à l'article 854 de l'AUSCG révisé qui dispose : « la société en participation est celle dans laquelle les associés conviennent qu'elle n'est pas immatriculée au registre de commerce et du crédit mobilier. Elle n'a pas la personnalité morale et n'est pas soumise à publicité ». En droit français, c'est l'article 1871 du code civil qui prévoit ce genre de société en ces termes : « Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors " société en participation ". Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens... ».

Dans les deux droits, la société en participation est une société que les associés ont convenu de ne pas immatriculer. Généralement, les associés créent une société et font les statuts écrits mais ne les apportent pas au registre du commerce et du crédit mobilier.

2) La société créée de fait

En droit français tout comme en droit OHADA, la société créée de fait est une société qui est constatée à partir du comportement des associés. Autrement dit, des personnes qui se comportent comme associés, elles peuvent se voir qualifier ¹⁵⁹ d'associés de fait et donc comme ayant fait une société créée de fait.

La société créée de fait est assez proche de la notion de la société de fait. Quand la doctrine du droit des sociétés parle de la société de fait, c'était la société nulle, mais qui maintenait ses effets pour la période qui précédait son annulation. C'était une théorie, voir même une solution de la jurisprudence qui disait que si on annule une société, il devrait avoir d'effets rétroactifs. A titre d'exemple, si la société avait conclu des contrats, ceux-ci doivent être remis en cause par ce qu'ils ont été faits par une personne morale qui n'existe pas.

En droit OHADA, la société créée de fait et la société de fait sont respectivement définies aux articles 864 et 865 du livre 6 de l'AUSCG révisé. Ainsi, selon l'article 864 : « il y'a société créée de fait lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par le présent Acte uniforme. Quant à l'article 865 de l'AUSCG, il dispose que : « lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société reconnue par le présent Acte uniforme mais qui comporte un vice de formation, non régularisé ou ont constitué entre elles une société non reconnue par le présent Acte uniforme, il y'a société de fait ».

En droit français, ces deux types de société sont évoqués à l'article 1832 du code civil qui dispose :

159

Généralement par le juge.

« Pour être juridiquement constituée, toute société doit remplir les conditions prévues par l'article 1873 du code civil. Concernant le régime de la société créée de fait, celle-ci est appréhendée par l'article 1873 du code civil, en fin du chapitre concernant les sociétés en participation.

Dans les deux droits, nous constatons que pour ce qui concerne leur rapport d'inclusion du point de vue de leur distinction, celle-ci s'établit d'une part sur la société qui a la personnalité morale et d'autre part sur la société qui n'a pas de personnalité morale. Les sociétés comme la société en participation ont un régime beaucoup plus particulier (elle est régit avant tout par les statuts) par rapport à la société qui a la personnalité morale, notamment des sociétés de grande forme juridique comme la SARL qui a un régime légal spécifique. Il est également important de souligner que la société créée de fait suit le régime de la société en participation. Donc, ces sociétés ont un régime beaucoup plus léger par rapport aux sociétés avec personnalité morale.

Enfin, la grande différence entre les deux types de sociétés, celle qui n'a pas de personnalité morale ne peut pas du tout contracter des droits et obligations. Ce sont plutôt les associés ou le gérant qui vont prêter leur patrimoine à la société. Les biens qui sont apportés dans une société en participation ne vont pas dans un patrimoine propre à la société, mais ils sont plutôt dans le patrimoine des associés. Donc, les associés vont apporter des biens à la société mais ne les mettent pas dans un patrimoine qui est propre à celle-ci.

B- La distinction fondée sur la commercialité de la société

La distinction entre le civil et le commercial est une distinction qui est bien ancrée en droit français. C'est une distinction ancienne mais aussi une distinction qui est assez propre au droit français car il n'y a pas mal de droits qui ne distinguent pas entre eux les personnes civiles et les commerçants, entre les actes civils et les actes de commerce. En droit français tout comme en droit OHADA, nous avons des sociétés qui sont considérées comme des sociétés commerciales et celles qui sont considérées comme des sociétés civiles.

Pour ce qui concerne les sociétés commerciales, celles-ci constituent des maillons essentiels pour le développement économique des Etats. Ce n'est donc pas surprenant que par le monde, on les dénombre par centaines de millions. Il en existe une variété de formes juridiques de par les pays. En droit français tout comme en droit OHADA, la nomenclature des sociétés commerciales disponibles est assez diversifiée.

Concernant ces différentes formes de sociétés commerciales, une majorité des États membres de l'OHADA se sont inspirés du droit français des sociétés qui fut en vigueur entre 1867 et 1925. L'OHADA reprend cette influence historique. Dans le livre II du code de commerce, nous avons une série de sociétés commerciales. Ainsi, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales a

repris six formes de sociétés commerciales sur les sept que compte la législation française. Il s'agit des sociétés suivantes :

- La société en nom collectif ;
- La société à responsabilité limitée ;
- La société anonyme ;
- La société en commandite simple (bien que celle-ci ait été supprimée par le nouvel Acte uniforme, la SCS faisait aussi partie des différentes formes de sociétés françaises reprises par le droit de l'OHADA) ;
- La société unipersonnelle ;
- La société par action simplifiée. Cette dernière forme sociétale comme nous l'avons énoncé précédemment, avait été incorporée dans le droit OHADA en mai 2014, à l'occasion de la modification de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales.

Ces différentes sociétés sont des sociétés commerciales par la forme, ça veut dire que ces sociétés ont une nature commerciale quel que soit l'activité qu'elles font. Ainsi, l'article 6 de l'Acte uniforme révisé sur les sociétés commerciales et de groupement d'intérêt économique à son alinéa 2 dispose : « sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées ». Quant au droit français, le principe de commercialité par la forme et /ou par l'objet, est consacré à l'article L.210-1 du code de commerce qui dispose : « Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet.

Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par action ».

A titre d'illustration, Une société par exemple qui exercera une activité d'expertise comptable, normalement c'est une activité intellectuelle et les activités intellectuelles sont généralement les activités qui ne font pas partie des professions listées parmi les professions commerciales. Donc si une personne l'exerce par le biais d'une SARL par exemple, nous allons avoir en ce moment-là, une société commerciale qui exerce une activité civile et la société demeure une société commerciale. Toutefois, on aura à un moment des difficultés pour savoir quelles règles appliquer. Faudrait-il prendre en considération le caractère commercial de la société ou le caractère civil de l'activité de la société. En revanche, pour une société civile qui exerce une activité commerciale, la solution n'est pas la même. Lorsqu'une société à forme civile exerce une activité commerciale, se produisent un certain nombre de conséquences. Il est important de souligner qu'il n'y a pas de sociétés civiles par la forme. Ainsi, certains auteurs ont suggéré que lorsque la société civile exerce une activité commerciale, la société civile était nulle. Cette théorie n'est pas reconnue par la jurisprudence car celle-ci reconnaît qu'il apparaît plutôt une société créée de fait. Donc, selon la jurisprudence,

lorsqu'une personne crée une activité civile et qu'elle exerce une activité commerciale, on considère qu'il y'a une deuxième société qui apparait donc ; une société créée de fait. C'est dangereux comme solution parce que les actes qui sont accomplis sont considérés comme fait non pas par la personne morale, mais devraient être imputés sur les patrimoines des associés puisque la société créée de fait n'a pas la personnalité morale. Tel est l'une des conséquences d'exercer une activité commerciale par le biais d'une société civile.

C- La distinction fondée sur l'importance accordée à la personnalité des associés

La distinction fondée sur l'importance accordée à la personnalité des associés, c'est la distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Ainsi tout comme en droit OHADA, pour ce qui concerne la société de personnes, généralement on prend la société en nom collectif qui est une société créée par plusieurs personnes qui ont la qualité de commerçant et qui sont tous engagés, c'est-à-dire répondent infiniment et solidairement des dettes de la société. Bien qu'il y en a pas assez en France (jusqu'en 2018 on comptait a peu près plus de 58897 SNC) tout comme dans l'espace OHADA, ce type de société est l'archétype des sociétés de personnes. Contrairement aux SNC ou encore à d'autres formes de sociétés, il existe en France plus de 2036280 (deux million trente-six mille deux cent quatre-vingt) sociétés civiles. C'est la forme sociétale la plus répandu en France justement parce qu'il y en a beaucoup qui servent en matière immobilière. En plus dans ces sociétés, nous avons des sociétés de professionnels de type avocats ou médecins, et nous avons des sociétés du monde agricole. En réalité, nous avons plusieurs formes de sociétés qui sont regroupées sous cette notion de société civile.

En parallèle, nous avons la grande société de capitaux et comme exemple, on prend la société anonyme. Dans ce genre de sociétés, on ne parle pas d'associés comme c'est le cas dans les sociétés de personnes, on parle plutôt d'actionnaires. Autrement dit, dans les sociétés par action, nous avons des associés mais vu qu'ils détiennent des actions on les appelle des actionnaires.

En droit français tout comme en droit OHADA, on différencie ce genre de sociétés. C'est-à-dire, les sociétés de personnes d'un côté et les sociétés de capitaux de l'autre. Dans les deux droits toujours, la même remarque mérite d'être faite également du point de vue terminologique pour des personnes qui constituent ces deux types de sociétés. D'un côté on parle des associés et de l'autre des actionnaires.

A l'instar du droit français, en droit OHADA, il existe plusieurs critères pour différencier les deux types de sociétés. Ainsi, le premier critère pour les différencier, c'est effectivement l'importance donnée à la personnalité des associés. Dans la société de personnes, la personnalité des associés est importante. Dans une grande société, on dit que ce n'est pas la personnalité qui compte mais ce sont plutôt les capitaux apportés et c'est pour cela qu'on parle de sociétés de capitaux. Ce qui est important,

c'est le fait d'avoir les actions que l'on a souscrites, donc d'avoir mis dans le patrimoine de la société le montant de l'apport que l'on a fait à la société. Ce sont les apports qui sont très importants dans la mesure où dans ce genre de sociétés, la personnalité des actionnaires est moins importante car les sociétés de capitaux sont des sociétés qui généralement ont beaucoup d'actionnaires qui peuvent ne pas se connaître entre eux. Ils vont se croiser dans les assemblées mais ne se connaissent pas les uns les autres car il y a plein de petits actionnaires qui parfois changent chaque jours le capital des sociétés cotées. Dans les sociétés des personnes, quand un associé meurt, la société peut s'arrêter ou peut être dissoute. Dans les sociétés de capitaux en revanche, ce n'est pas le cas. Cela signifie que dans les sociétés des personnes, on contrôle qui devient associé, c'est-à-dire que la loi ou les statuts comportent des clauses d'agrément. La loi impose une procédure légale d'agrément ou les statuts ajoutent une procédure d'agrément. Ce n'est pas systématique dans les sociétés de capitaux ainsi que dans les sociétés cotées en bourse et c'est même impossible car il n'y a pas de clause d'agrément dans les statuts des sociétés cotées en bourse. Donc, la personnalité des associés est un critère important car c'est la nature des sociétés de personnes d'accorder de l'importance à la personnalité des associés et la nature des sociétés de capitaux d'accorder de l'importance aux capitaux apportés. En dehors de cela, nous avons certaines choses qui sont de l'ordre des effets de cette distinction, des conséquences de celle-ci ; l'existence ou non du dispositif d'agrément et donc la responsabilité aux dettes sociales. En effet, dans les sociétés de personnes, il est fréquent que les associés soient garants du paiement par la société, de ses dettes. Ils sont donc obligés aux dettes sociales et c'est le cas dans les sociétés en collectif et les sociétés civiles. Ce n'est pas le cas dans les SARL mais celles-ci ont une place un peu à part car on dit classiquement que la SARL est une société hybride. L'hybridité de la SARL découle de ce qu'elle réunit simultanément, les caractéristiques des sociétés de capitaux et des sociétés de personnes. Par contre, dans les sociétés de capitaux par principe, il n'y a pas d'obligation des actionnaires au paiement des dettes de la société. La raison c'est que les créanciers vont être payés sur le patrimoine de la société, sur les fonds ou les biens qui ont été apportés par des actionnaires à la société. Ce qui est important c'est l'apport qui a été fait et non la personne et le patrimoine des associés ; contrairement aux sociétés de personnes.

Une autre différence entre ces sociétés s'établit au niveau des droits sociaux. En effet, tout comme en droit français, en droit OHADA, dans les sociétés de personnes, les associés n'ont pas d'actions mais plutôt des parts sociales comme nous l'avons évoqué dans les précédents paragraphes. Ces parts sociales, on les échange un peu moins facilement et on dit qu'elles sont cessibles. En revanche, les actions des sociétés de capitaux ne sont pas cessibles, elles sont plutôt négociables. C'est à dire que la cession des sociétés de capitaux se fait suivant un mode simplifié de cession de droit commercial. Il suffira que la société vire sur le compte de l'actionnaire cédant pour mettre sur le compte de l'actionnaire cessionnaire, les actions pour en transférer la propriété. Il y'a justement un ordre de

mouvement à adresser à la société, ce qui est quelque chose d'assez informelle alors que dans les sociétés de personnes, on est plutôt sous le régime de la cession de créance et donc il faut une notification plus formelle faite au débiteurs cédé, même si comme nous le savons très bien qu'avec la réforme du droit des contrats et du régime général de l'obligation et de la preuve, l'ordonnance du 10 février 2016, on a plus besoin d'acte d'huissier pour rendre opposable la cession au débiteur cédé. Cela fait donc partie de l'innovation de cette réforme.

Avant l'ordonnance de 2016, l'article 1865¹⁶⁰ code civil disposait que la cession de parts sociales (SARL, EURL, SCI) doit nécessairement être constatée par écrit : par un acte sous seing privé ou par un acte notarié. Ces exigences du Code civil ont été transposées à l'article 317 de l'AUDSC-GIE qui dispose : « la cession des part sociales entre vifs doit être constatée par écrit etc. ».

Si l'on doit encore évoquer d'autres différences existant entre ces deux formes de sociétés, en matière de fiscalité par exemple, nous avons un régime particulier pour les sociétés de capitaux. Elles sont soumises à l'impôt sur les sociétés (L'IS), c'est-à-dire que la société est reconnue comme un sujet de droit fiscal et donc pour le droit fiscal, la société est une personne imposable. Dans les sociétés de personnes en revanche, on n'impose pas la société, on impose plutôt les associés directement.

Il faut préciser que pour certains droits, sociétés de capitaux et sociétés de personnes ne relèvent pas de la même typologie ou du même type juridique. En droit français, le législateur a décidé que les deux types de sociétés soient toutes soumis au droit commun des sociétés. Autrement dit, le droit commun des sociétés s'applique à la fois aux sociétés de personnes et aux sociétés de capitaux. Il y'a donc des règles qui vont s'appliquer à une EURL donc une petite SARL au capital social d'un euro, qui sont les mêmes règles qui vont s'appliquer à la société cotée au capital social de plusieurs millions d'euros avec des dizaines de milliers d'actionnaires.

La dernière précision sur cette distinction est que les sociétés de personnes sont essentiellement les sociétés en nom collectif et les sociétés civiles. Les sociétés de capitaux ce sont les sociétés par action donc la Société Anonyme en tête, ensuite nous avons les sociétés où on hésite un peu dans quelle catégorie les classer. Ce sont d'une part la SARL comme nous l'avons dit plus haut, qui est une société assez proche des sociétés de personnes mais emprunte par ailleurs un certain nombre de règles aux sociétés par action et la SAS d'autre part, qui est une société de capitaux, mais avec des traits qui progressivement l'approche des sociétés de personnes. Par exemple, avec la loi LNE de 2008, le

160

La cession de parts sociales doit être constatée par écrit. Elle est rendue opposable à la société dans les formes prévues à l'article 1690 ou, si les statuts le stipulent, par transfert sur les registres de la société.

Elle n'est opposable aux tiers qu'après accomplissement de ces formalités et après publication.

législateur français a permis aux actionnaires de faire les apports en industrie dans une SAS. Ceci est un exemple de rapprochement de la SAS des sociétés de personnes parce que faire un apport en industrie, c'est typiquement ce que l'on permet dans les sociétés où le capital apporté n'est pas primordial. C'est plutôt la personnalité des associés, ce qu'ils font pour la société qui compte plus.

D- Distinction fondée sur le mode de financement de la société

Nous n'allons pas trop développer cette partie car nous l'avons déjà évoqué dans le paragraphe qui était dédié à la SAS. Toutefois, ce que nous devrions retenir c'est qu'en droit français tout comme en droit OHADA, on distingue les sociétés fermées et les sociétés ouvertes. C'est à dire, les sociétés qui ne sont financées que par le cercle de leurs associés, et les sociétés qui vont se tourner plus largement vers le public et donc qui vont recueillir des nouveaux associés mais qui vont les recueillir par une procédure d'appel public à l'épargne. C'est la différence qui existe entre une société qui a par exemple 11 (onze) associés qui se connaissent, qui décident éventuellement de contacter une douzième personne pour rejoindre leur cercle, et la société qui va se tourner vers le public pour demander un financement.

Nous venons ainsi d'évoquer, les quatre distinctions qui existent entre les deux types de sociétés (sociétés de personnes et sociétés de capitaux), distinction en fonction de la personnification, en fonction du caractère commercial ou civil, en fonction de l'importance qu'on accorde ou non à la personnalité des associés et enfin, en fonction du mode de financement de la société. Nous constatons qu'il existe dans les deux droits, une distinction entre ces deux types de sociétés sur les quatre points que nous venons de voir.

Comme nous l'avons dit un peu plus haut, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales a repris six formes de sociétés commerciales sur les sept que compte la législation française. Ainsi, nous allons succinctement tenter de faire le rapprochement entre les deux législations sur quelques de ces différents types de sociétés commerciales afin de montrer le rapport d'inclusion entre le droit OHADA et le droit français ou encore l'existence du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA. Rappelons que les deux législations posent le principe de commercialité par la forme et par l'objet.

Paragraphe 3 : Rapport d'inclusion fondé sur une forte similitude entre le droit OHADA et le droit français en matière des sociétés commerciales

A- Le cas de la société en nom collectif et la société à responsabilité limitée

Pour ne pas citer toutes les sociétés de personnes que comptent le droit OHADA et le droit français,

nous allons nous contenter plus de la SNC (1) et de la SARL (2).

1°) La société en nom collectif

Ici, nous resserrerons notre attention autour de quelques points ayant une forte similitude avec le droit français, que sont la nécessité d'une pluralité d'associés et l'admission de l'apport en industrie.

Comme nous l'avons évoqué dans les précédents paragraphes, en droit français tout comme en droit de l'OHADA, la SNC est une société commerciale. Elle est à responsabilité illimitée pour les associés. Ces derniers sont personnellement responsables des dettes de l'entreprise. Par conséquent, il est indispensable qu'une relation de confiance existe entre les associés. C'est le type même de société de personne « *intuitu personae* » y est particulièrement présent et confère un rôle essentiel à chacun des associés et un rôle dérisoire au capital ». Autrement dit, la personnalité des associés est très importante.

Dans les deux droits, la SNC est une société qui exige une pluralité des associés pour sa constitution.

En effet, en lisant les articles ¹⁶¹ 5 ¹⁶² 309 et 385 de l'AUSC, il paraît possible de constater que le législateur OHADA introduit l'idée de la possibilité de constituer une société avec un associé

unique ¹⁶³. Mais, la lecture combinée de ces dispositions laisse apparaître que le législateur n'a pas inclus la société en nom collectif dans la liste des sociétés qui ne peuvent comprendre qu'un seul associé unique. Et comme la société en collectif ne peut émaner d'un acte unilatéral, il faut en déduire qu'au moins deux associés sont nécessaires pour sa constitution ou sa création. C'est ce qui a sans doute contraint le législateur communautaire au travers l'art 270 de l'AUSC, à prévoir le nombre minimum des associés d'une société en nom collectif à 2 (deux).

En droit français aussi, la société en nom collectif requiert pour sa constitution, un minimum de deux associés. Mais aucun nombre maximal n'est fixé par la loi tout comme en droit Communautaire.

161

« La société peut également être créée, dans les cas prévus par le présent Acte uniforme, par une seule personne, dénommée « associé unique, après un acte écrit. »

162

« La société anonyme (...) peut ne comprendre qu'un seul actionnaire ».

163

Traditionnellement, la société était en droit français, considérée comme un contrat. Elle supposait au moins deux associés. Ce principe a été peu à peu abandonné. Tout d'abord, la loi du 24 juillet 1966 (art.9) a admis que la réunion de toutes les parts ou actions entre les mains d'un seul associé n'entraînait plus la dissolution de la société. C'était reconnaître que la pluralité des associés n'était pas l'essence de la société et que pouvaient exister des sociétés devenues unipersonnelles. En second lieu plus radicalement, la loi du 11 juillet 1985 a autorisé la constitution des sociétés unipersonnelles « *ab initio* ». Toutefois, ces sociétés ne pouvaient prendre que deux formes : soit celle de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL), qui est une SARL, soit l'exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL), qui est une société civile (C.rur.Art. L.324-1). Une nouvelle étape a été franchie en 1999 avec la restauration de la société d'exercice libéral unipersonnelle (L.23 juin 1999, art .31) et surtout, de sociétés par action simplifiées unipersonnelles, dites SASU (art .L .227-1 résultant de la loi du 12 juillet 1999). Ainsi, le caractère unipersonnel d'une société, qui était une exception, tend à devenir la règle. Dans ce cas, le but de la société n'est plus de collaborer ou de partager des bénéfices, mais d'isoler un patrimoine afin de limiter les risques courus par un exploitant. Voir Guyon, Y., *Droit des affaires : droit commercial général et société*, Tome1, 12eme éd, Paris, Economica 2003, p.143.

Au regard de ce qui précède, il nous est permis de constater qu'en ce qui concerne les conditions particulières relatives à la constitution d'une SNC et plus précisément le nombre minimum requis des associés, le législateur OHADA n'a fait que suivre les traces de son homologue français en exigeant à deux le nombre minimum d'associés dans une SNC et en maintenant la logique de solidarité qui irrigue toute construction juridique de la société en nom collectif. Cette exigence d'un minimum de deux associés semble être logique dans la mesure où il est difficile de concevoir une dynamique de solidarité dans une société unipersonnelle.

Cette exigence d'un minimum de deux associés est intéressante à rapprocher d'une autre particularité de la société en nom collectif qui existe en droit OHADA tout comme en droit français : l'admission de l'apport en industrie.

Pour ce qui concerne l'admission de l'apport en industrie, là aussi, le législateur OHADA n'a fait que copier ou transposer les règles et principes du pays colonisateur de la plupart de ses États membres.

Cette idée est contenue dans l'art 273 de l'AUSC¹⁶⁴. Il en découle que les apports ici ne font l'objet d'aucune restriction. Les apports en industrie¹⁶⁵ ne sont ni expressément ni implicitement exclus, comme c'est le cas dans les SARL. Les associés peuvent mettre à disposition de la société leurs compétences, les connaissances, leur travail, etc. Ces apports ne sont pas comptabilisés dans le capital de la société mais donnent droit à un certain nombre de parts sociales et à une part de bénéfice et de

164

« Le capital social est divisé en parts sociales de même valeur nominale. »

165

Il y'a apport en industrie lorsqu'un associé met à la disposition de la société, son travail ou ses services. Au titre des services rendu à la société, une influence peut être un apport en industrie, à condition d'avoir une consistance réelle et d'être licite (Cass.1ere Civ. 1 juill.1997, n°95-11.837, Bull. Joly Sociétés 1997, p.992.note J-J. DAIGRE, Dr. Société 1997, n°170, note T. BONNEAU, Rev. Sociétés 1998, p. 71 note R. BAILLOD). En pratique, un tel type d'apport reste rare, l'engagement pris par une personne de consacrer son activité à une société faisant plus l'objet d'un contrat de travail ou d'entreprise, rémunéré par un salaire ou des honoraires, complétés le cas échéant par un intéressement aux bénéfices sociaux.

L'apport en industrie semble ne pas avoir un intérêt particulier dans les pays membres de l'OHADA. En effet, à titre d'illustration, de 2001 à 2008 aucune société commerciale sur 50 environ enregistrées au RCCM ; fichier TPI de Dschang (Cameroun) n'utilise d'apporteur en industrie. De même, une vérification faite sur le RCCM, fichier du TPI Bafoussam (Cameroun) indique qu'aucune société commerciale parmi les 250 environ, créées dans cette ville entre les années 2005 et 2008 n'utilise d'apporteurs en industrie.

L'apport en industrie peut consister en une prestation unique, mais il sera plus fréquemment constitué par des activités successives. Ce peut être la mise à disposition des services commerciaux (Cc, 4 juill. 1973. n°78.179). La jurisprudence ne paraît pas cependant se contenter d'aides purement occasionnelles (CA Paris, 2eme Ch.A.15 nov. 1993, Chiche c /Gameltin épouse de Caix, Bull.JolySociétés1994. p.86, note GUISSANCE).

Selon l'art.1847 ancien du code civil, « les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont fait par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société ».

La loi n°78-9 du 4 janvier 1978 a adopté une disposition sensiblement différente. Le dernier alinéa de l'article 1843-3 du code civil dispose : « L'associé qui s'est obligé à apporter son industrie à la société lui doit compter de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet social, mais par le contenu de son apport. » Ainsi, l'obligation de l'apporteur en industrie ne sera plus dictée par l'objet social, mais par le contenu de son apport.

L'article 14 de la loi n°82-596 du 10 juillet 1982 a complété l'art.1843-2 du code civil applicable à toutes les sociétés, en précisant que : « les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social, mais donnent lieu à l'attribution des parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes.

l'actif selon les modalités fixées dans les statuts.

La part du bénéfice attribuée aux associés n'est pas automatiquement proportionnelle au montant de leurs apports. Les statuts peuvent fixer des répartitions différentes.

L'admission de l'apport en industrie dans les sociétés en nom collectif en droit français¹⁶⁶ tout comme en droit OHADA peut se justifier du fait que dans les SNC, la responsabilité des associés face aux dettes sociales est solidaire et indéfinie : c'est donc dire que les créanciers de cette forme de société peuvent non seulement compter sur le capital social, mais également sur le patrimoine respectif des associés. Ce qui élargit le socle de biens qui leur servirait de gage. Dans ces conditions, le législateur OHADA, sur les traces de son homologue français a pu logiquement et légitimement refuser d'exclure l'apport en industrie. Et ceux qui pourraient craindre que la non- fixation d'un montant minimum pour le capital social¹⁶⁷ conduise à des sociétés en nom collectif constitués avec un capital social insignifiant, devrait trouver dans la responsabilité solidaire et indéfinie des associés, motif d'apaisement.

L'admission des apports en industrie dans la SNC par le législateur OHADA vient confirmer le choix de ce dernier de s'aligner sur les standards de ses homologues européens notamment français. Une fois de plus, la source d'inspiration se situe en hexagone traduisant ainsi la réalité du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA.

En définitif, pour une société en nom collectif les deux législations font usage des critères classiques d'une société en nom collectif à savoir l'exigence à deux le nombre minimum d'associés, la responsabilité solidaire et indéfinie des associés au passif social (art 270) ainsi que le principe d'incessibilité des parts sociales (sauf accord unanime des associés).

Concernant l'intransmissibilité des parts sociales en droit OHADA, comme nous l'avons déjà affirmé, la société en nom collectif est assise sur *l'intuitu personae*. En conséquence, les parts sociales sont en principe intransmissibles et incessibles¹⁶⁸. Cependant, si les associés le décident unanimement, ces parts peuvent être cédées. Sinon, la cession est impossible¹⁶⁹. Cela signifie que pour quitter la société

166

« La loi ne fixe aucune règle contraignante en la matière ; pas de capital minimum (...) pas d'interdiction pour les apports en industrie ». Voir COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, *droit des sociétés*, supra note 2 n°1127.

167

AUSC art 273.

168

Surtout que l'art. 58, al. 2 AUSC exclut que les sociétés en nom collectif puissent émettre des titres négociables.

169

Art.274 AUSC : « les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement unanime des associés. Toute clause contraire est réputée non écrite. A défaut d'unanimité, la cession ne peut avoir lieu, mais les statuts peuvent aménager une procédure de rachat pour permettre le retrait de l'associé cédant. ». Voir la jurisprudence comparée, un tiers à un « partnership » ne peut devenir associé sans le consentement de tous les autres associés, mais peut acquérir d'un associé les droits d'associé sans devenir pour autant associé; ainsi, dans un cas ou l'accord entre les associés du « partnership » prévoyait que des cessions de droits dans le « partnership » pourraient être consenties aux membres adultes

et vendre ses parts de SNC, un associé doit obtenir l'accord de tous les autres. Les statuts de la SNC ne peuvent prévoir une condition de vote plus souple. Lorsque le projet de cession est accepté, le nouvel associé prend alors la place de l'ancien.

Il en va de même pour le droit français¹⁷⁰. Les parts sociales des sociétés en nom collectif ne peuvent pas être représentées par des titres négociables, c'est à dire les titres à ordre ou au porteur. Toute cession de parts sociales, même entre associés, doit être autorisée à l'unanimité, toute clause contraire des statuts est réputée non écrite. Les associés peuvent malgré tout échouer à réunir l'unanimité. La société en nom collectif pourrait ainsi s'avérer une prison pour l'associé¹⁷¹, un piège qui se referme sur lui. Voilà pourquoi les statuts peuvent aménager une procédure de rachat susceptible de permettre

le retrait de l'associé¹⁷².

La convention de croupier¹⁷³ est alors une voie de contournement de cette éventuelle impasse.

2°) Pour la société à responsabilité limitée

Pour ce qui concerne la société à responsabilité limitée, les deux législations font application du critère classique de limitation de la responsabilité aux apports. Autrement dit, le risque de l'associé est limité aux apports qu'il va mettre dans la société.

de la famille des associés sans l'accord de la majorité des associés, il a été jugé que cet accord ne dispensait pas de l'accord unanime des autres associés pour que les membres adultes acquièrent la qualité d'associés auxquels ceux-ci avaient cédé 10 % de leurs droits et pour lesquels ils avaient déposé un amendement indiquant la qualité d'associé de leurs enfants (rapport v. 55 Perry Co., Suprême Court of New York. Appellate Division, 50 A.D.2d 54 (1975)).

170

Art. 221-13 : « les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables. Elles ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Toute clause contraire est réputée non écrite. ».

171

Voir le commentaire sous l'art. 274 de l'AUSC : « il était jusqu'ici de principe que, les parts sociales de SNC étaient incessibles et non négociables. C'est par ce moyen que les associés en nom collectif évitaient l'entrée de personnes inconnues dans leur société. Des lors, cette cession ou cette transmission de part, même aux héritiers, devait se faire avec le consentement unanime de tous les autres associés. L'associé qui souhaitait céder ses parts et qui n'obtenait pas ce consentement pouvait seulement parvenir à un résultat voisin, en concluant avec un tiers une convention de croupier (Art. 1861 du code civil) ; aujourd'hui l'Acte uniforme affirme que les parts sociales sont en principe cessibles (Art. 57) ; mais, dans les SNC, il faut toujours le consentement unanime des associés. Cette règle est d'ordre public. Pour éviter que la SNC ne soit une prison pour l'associé, notamment lorsque l'unanimité n'a pu être réalisée, il est alors admis que les statuts peuvent aménager une procédure de rachat pour permettre le retrait de l'associé cédant », OHADA Traité et Actes uniformes commentés et annotés, supra note 33.

172

La convention de croupier par laquelle un associé, sans le consentement de ses associés, convient avec un tiers de partager les bénéfices et les pertes résultant de sa participation dans la société. Le tiers participant ainsi à la vie financière de la société et à elle seule, prends le nom de croupier, car il monte en croupe derrière l'associé. Lamy société com. n°234. Pour une vue plus approfondie sur la question, Voir RICHARD, la convention de croupier, JCP. n° 1987, I, 245 J.

173

La convention de croupier par laquelle un associé, sans le consentement de ses associés, convient avec un tiers de partager les bénéfices et les pertes résultant de sa participation dans la société. Le tiers participant ainsi à la vie financière de la société et à elle seule, prends le nom de croupier, car il monte en croupe derrière l'associé. Lamy société com. n°234. Pour une vue plus approfondie sur la question, Voir RICHARD, la convention de croupier, JCP. n° 1987, I, 245 J.

La SARL de droit OHADA semble s'inscrire dans la lignée de la loi du 7 mars 1925, qui avait introduit cette forme de société (le plus utilisé encore aujourd'hui) en droit français. Pourtant, la doctrine relève justement que « *c'est à cette forme sociale que l'Acte uniforme apporte les modifications les plus importantes par rapport au régime ancien de la loi de 1925* »¹⁷⁴.

Concernant le nombre minimum d'associés, dans les deux droits, la SARL peut ne compter qu'un seul associé¹⁷⁵. S'il en a toujours été ainsi pour la SARL de droit OHADA¹⁷⁶, il a fallu attendre une loi de 1985 pour que l'EURL soit reconnue en droit français.

En ce qui concerne le capital minimum, le capital de la SARL de droit français est, depuis la loi du 1^{er} août 2003, fixé librement dans les statuts¹⁷⁷. La loi française n'exige plus de capital minimum, là où cette contrainte demeure en droit OHADA puisque le capital de la SARL ne peut alors être inférieur à 1.000.000 de FCFA.

En effet, Concernant ce montant d'un million de capital minimum d'une SARL dans l'espace OHADA, après plusieurs années de pratique et *selon certains chercheurs*, il s'est avéré que ce montant retenu pour la constitution d'une SARL était très élevé et constituait de ce fait un blocage pour certains entrepreneurs à constituer leur société. En 1997, l'article 311 de l'AUSCGIE était ainsi libellé : « *le capital social doit être d'un 1.000.000 FCFA au moins* ». De cette époque jusqu'en 2014, aucune dérogation à cette disposition n'était permise. Aucun Etat membre ne pouvait se soustraire et aucune SARL ne pouvait avoir des mesures atténuantes ou en faire une exception.

Toujours en 1997, lors de la rédaction de l'AUSCGIE, le législateur communautaire n'avait pas sérieusement pris en compte la situation économique des Etats membres. Certaines questions purement économiques n'avaient pas été épluchées et pris en compte ; or, même si le droit des sociétés n'est pas pris en otage par le droit économique¹⁷⁸, il y'a lieu d'admettre qu'une intelligence juridique doit être réalisée afin de rapprocher les facteurs contraignants de ces deux disciplines.

Parmi ces questions économiques qui n'ont pas été prises en compte nous avons dans chaque Etat membre les questions relatives aux échanges commerciaux, la politique fiscale, le revenu moyen des

174

PH. TIGER, *Droit des affaires en Afrique*.

175

Il existe toutefois encore quelques exceptions. En droit français, il s'agit des sociétés coopératives artisanales et des sociétés coopératives ouvrières de production régies respectivement par les lois du 20 juillet 1983 et du 19 juillet 1978.

176

Ce reproche est remarquablement étudié par un auteur, qui indique qu'« il convenait de faire cesser ce divorce malsain entre le droit et le fait, et de répondre à l'insistance aspiration du monde des affaires vers l'entreprise à responsabilité limitée ». I. BA, observation sur l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE.

177

Il peut même être variable et devra alors se conformer aux exigences des dispositions de l'article L.231-1 et suivant du code de commerce.

178

B. STERNE « *la mondialisation du droit* », *Revue Projet*, juin 2000.

citoyens ou encore le salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC)¹⁷⁹. Selon les rapports 2003,2004, et 2005 du programme des Nations Unis pour le Développement, l'indice de développement humain du Congo en 1990 était de 0,486 alors que pour la même période, celui du Mali et de la République Démocratique du Congo Etait de de 0,288 pour le premier, et 0,313 pour le 2eme.

Le législateur OHADA a légiféré alors qu'il n'avait à sa disposition toutes les données socio-économiques des Etats membres et cela même si l'on admet qu'à l'époque tous les Etats membres en question faisaient parties de la zone CFA.

C'est ainsi qu'en 2014, lors de la révision de l'AUSCGIE, le législateur a profité de cette belle occasion pour mettre à jour l'article 311 de l'Acte uniforme en tenant compte des indices socio-économiques ci-haut et en référence soulevés. C'est ainsi que l'article dont il est ici question a été

180

réécrit comme suit : « Sauf dispositions nationales contraires¹⁸⁰, le capital social doit être d'un million (1.000.000) de franc CFA au moins). L'objectif étant bien entendu, de permettre à chaque Etat membres de pouvoir fixer en son sein le capital social minimum des SARL en tenant particulièrement compte de son contexte économique et social. Les questions que l'on se pose à présent sont celles de savoir si le législateur communautaire a bien agi en procédant de cette manière. Devrait-il garder l'ancienne version de l'article 311 tout en baissant le montant minimum y visé, ou bien devrait-il laisser les Etats membres fixer le montant minimum du capital social de la SARL ?

A notre avis, la première idée sera la meilleur car si l'on laisse chaque Etat membre fixer le montant minimal pour la constitution d'une SARL, les différents Etats membres se retrouveront dans la même situation où ils étaient avant l'élaboration du traité en 1993, c'est-à-dire cette situation dans laquelle le capital social des SARL varie d'un Etat à un autre. Tel est le cas actuellement et par conséquent on sort du cadre d'harmonisation voulu par le traité.

Toutefois, ce que l'on peut retenir est qu'avant 2003, il existait en France, un capital minimum pour la constitution d'une SARL comme on le voit aujourd'hui dans l'espace OHADA, bien que le

179

Pour ce qui de ce dernier point, il faut noter actuellement que le SMIC est d'environ 128.000 FCFA en Guinée équatoriale, 90.000 en République du Congo, 82000 au Gabon alors qu'il se trouve extrêmement bas dans d'autres pays membre comme la Guinée 36.591 FCFA, le Mali 31.370 FCFA, le Niger 30.047 FCFA, la Mauritanie 30.000 etc.

180

Benin : décret N°2014-119/PR du 19 mai 2014.

Intervention du notaire Facultative : Les statuts peuvent être établis par acte sous seing privé ; les fonds correspondant au capital peuvent être déposés auprès d'une Banque Agréée.

Capital social minimum : N/A

Entité chargée des Formalités : Guichet Unique de Formalisation des entreprises (GUFÉ)

Sénégal : Loi N°17 /2014 du 15 avril 2014

Capital social minimum : 10000

Entité chargée des Formalités : Bureau D'Appui à la création d'entreprises (BCE).

législateur OHADA de 2014 ait permis aux Etats membres de simplifier la constitution des SARL, en fixant le capital minimum et les modalités de recours aux services de notaire dans le cadre de la création d'une SARL. Ainsi, on peut déduire que le législateur communautaire de 1997 n'avait que suivi les traces de son homologue français d'avant 2003 qui obligeait de réunir au moins une somme d'argent considérable (7500 euros en France et 1.000.000 dans l'espace OHADA) pour créer une SARL.

B- Le cas de la Société par Actions Simplifiées et la Société Anonyme

1°) La Société par Actions Simplifiées

Comme nous l'avons évoqué dans les précédents paragraphes et pour ne pas répéter les mêmes choses, à l'instar de son sosie français, la SAS OHADA est caractérisée par la primauté de la liberté contractuelle. Autrement dit, par la grande liberté laissée aux associés par les statuts. Principalement, les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée. C'est à dire que la société est dirigée plus par la volonté des associés libres de déterminer la politique managériale de la société et moins par l'édiction des règles élaborée par le législateur OHADA.

2°) La Société Anonyme

En ce qui concerne la responsabilité des actionnaires, en droit français tout comme en droit de l'OHADA la société anonyme est une société dans laquelle les actionnaires ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports. Dans les deux législations, la responsabilité des actionnaires est limitée au montant de leurs apports, donc à la part de capital. La Société Anonyme est une société utilisée principalement pour les projets de grande envergure, une société complexe qui n'est pas adaptée à des petites entreprises. C'est une société qui peut être cotée en bourse, c'est-à-dire qui peut faire appel à l'épargne publique. Si l'entreprise ou la société a besoin de fonds, elle peut placer ses actions dans le public, les personnes publiques ou d'autres sociétés vont aller investir dans le capital de cette société. C'est un moyen de financement par opposition aux autres moyens de financement qui sont les moyens de financement classique (bancaire ou recours aux personnes qui sont déjà associées ou à des fonds de capital -investissement¹⁸¹). Comme nous l'avons dit plus haut, la société anonyme est une forme de sociétés commerciales qui a non seulement un régime légal et réglementaire le plus complexe et le plus détaillé mais également un régime très rigide. Nous voulons

¹⁸¹

Faire du capital-investissement, c'est financer l'économie et donc profiter des fruits de la croissance. C'est un placement de long terme. Ce type d'investissement peut être un bon moyen de diversifier ses placements.

dire par là qu'il est assez difficile de remettre en cause l'organisation de la SA tel qu'elle est prévue par la loi et par les décrets. C'est une caractéristique qu'on retrouve non seulement dans le droit français, mais également dans le droit communautaire. En revanche, l'un des points qui différencie la SA du droit français à celle du droit OHADA c'est notamment l'une des conditions de fond relative à sa constitution qui n'est entre autre que le nombre d'associés minimum requis. En effet, en droit français, pour créer une SA, il faut au minimum 7 (sept) associés dans le cas où la société est cotée en bourse. Dans le cas contraire, alors qu'il fallait également 7 (sept) associés minimum auparavant, une ordonnance du 10 septembre 2015 est venue rabaisser ce nombre à 2. C'est dans cette perspective que l'alinéa 2 de l'article L-225-2 du code de commerce dispose que : « Elle est constituée entre deux associés ou plus ». A notre avis, cette exigence a été réduite sans doute parce qu'il y'avait sûrement des gens qui voulaient bien créer une SA mais le nombre de personnes était en dessous du nombre minimum autorisé par la loi et avaient parfois du mal à trouver d'autres personnes pour pouvoir constituer une telle société. Ainsi, le législateur OHADA ayant vu de loin tous ces obstacles auxquels pouvaient être confrontés certains investisseurs qui avaient la volonté de créer ce genre de société, avait contrairement à son homologue français, jugé prudent de prévoir à l'article 385 al3 de l'AUSCGIE que : « la société anonyme peut ne comprendre qu'un seul associé ».

CHAPITRE II

LES RAISONS DU CHOIX : POURQUOI UNE INSPIRATION DU DROIT FRANÇAIS ?

Plusieurs raisons peuvent expliquer l'importation du droit français dans le corpus législatif de l'OHADA. Cela s'explique tout d'abord historiquement par le fait que juste avant les indépendances, les colonies françaises (dont 80% sont membres de l'OHADA) ont connu une période d'autonomie interne pendant laquelle le droit applicable était fortement imprégné du droit français sans compter l'application de celui-ci dans certains territoires. Autrement dit, le mimétisme juridique dans le droit communautaire se justifie par le passé colonial commun des pays membres de l'OHADA (**Section 1**), ensuite, du fait que le droit français est un droit jouissant d'une reconnaissance ou notoriété internationale comme le soulignent certains auteurs (**Section 2**) et enfin il faut aussi noter que cette pratique mimétique s'explique également en amont par « l'importation de la réflexion » préalable à l'adoption des Actes uniformes ou le rôle considérable que joue la France et /ou les juristes français dans l'initiation, le financement et l'élaboration des règles du droit africains des affaires entraînant ainsi la prépondérance du droit français dans l'élaboration du droit des affaires OHADA (**Section 3**).

Section 1 : Le facteur historique

S'il existe des liens entre les systèmes juridiques des pays membres de l'OHADA majoritairement francophones et la France, des liens qui sont nés des relations coloniales entre cette dernière et les pays concernés (**Paragraphe 1**), il ne semble pas surprenant que les règles du droit communautaire soient identiques à celles du pays colonisateur, car les promoteurs du projet souhaitaient éviter une rupture brutale entre le système juridique existant, d'origine ou d'inspiration française et le droit OHADA.

Autrement dit, le droit des affaires dans la plupart des pays membres avant la création de l'OHADA était essentiellement d'origine française, issu du code de commerce. Celui-ci avait été rendu applicable dans les colonies françaises avant leurs indépendances et très peu d'États devenus indépendants avaient légiféré dans le domaine du droit des affaires. Ces textes de la période coloniale ont été repris par les nouveaux États souverains sans parfois des aménagements conséquents. La circonstance que le droit OHADA ait été inspiré du droit français dans une large mesure n'entraînait donc pas un changement réel des sources d'inspirations (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le passé juridico-colonial commun des pays membres de l'OHADA

En Afrique précoloniale, la plupart des pays d'Afrique subsaharienne notamment membres de l'OHADA étaient régies par des systèmes coutumiers qui avaient cet avantage d'être connus, intériorisés, maîtrisés et donc légitime.

Pendant des siècles, des millions d'africains ont été régis par des normes et institutions avec lesquelles ils avaient une relation privilégiée, jusqu'à ce que la colonisation vienne bouleverser les équilibres anciens.

A partir de ce moment commence une période de transfert de droits d'inspiration occidentale qui se poursuit jusqu'à nos jours. Explicitement ou implicitement, des experts occidentaux ont conseillé aux

États africains d'abandonner des institutions et coutumes jugées barbares¹⁸² et incompatibles avec l'impérative du développement à l'occidental, et d'importer les institutions juridiques des pays occidentaux, laissant entendre qu'une similitude de droits entraînera une croissance économique et un développement social analogues.¹⁸³

La présence aux cotés des législateurs africains de ce personnel d'assistance technique n'a fait que renforcer le mimétisme. En effet, comme le souligne P. F Gonidec, « la tendance naturelle de ces experts est de faire bénéficier les États africains de ce qu'ils croient être le meilleur droit possible, c'est à dire celui de leur propre pays ». Le virus du mimétisme juridique a affaibli les dynamiques historiques du droit en Afrique.

Avec la colonisation, bien que l'existence d'influences réciproques soit probable, nous devons relever que le droit coutumier traditionnel était (est encore) relégué au second plan. En effet, la coutume ne peut s'appliquer lorsque la loi écrite a déjà réglementé une situation déterminée. Elle ne peut ni contredire ni être contraire à la loi.

Cette politique d'acculturation juridique et du moindre effort est à l'origine du dualisme des systèmes juridiques en Afrique notamment dans la plupart des pays membres de l'OHADA : d'un côté, le droit écrit occidental basé sur le libéralisme et l'individualisme ; et de l'autre, les droits africains fondés sur l'oralité et le communautarisme. Les droits africains partagent un fondement commun : ils sont basés sur l'oralité juridique malgré l'influence du droit écrit occidental.

182

À travers le processus de colonisation et de tutelle, on a voulu imposer le modèle juridique de la France à toutes ses colonies, sous prétexte que celui-ci serait soi-disant universel et prétendument supérieur. C'est la raison pour laquelle l'Afrique française, pour combler son retard par rapport à l'Europe, se devait de tenter de la rattraper en imitant son modèle juridique, en se soumettant à la loi métropolitaine que son auteur veut voir élevée au rang de droit uniforme avec rôle de domination et de transformation sociale.

183

Comme le dit M. ALLIOT, on n'aura aucun mal à dénombrer dans les pays d'Afrique francophone plusieurs centaines de codes, sans compter de simples lois, dont l'essentiel, quantitativement du moins, est emprunté textuellement aux législations françaises.

La colonisation est effectivement une situation de conflits entre des civilisations différentes. C'est l'Europe qui a voulu imposer aux peuples africains sa pensée juridique basée sur ses modes de vie. Dominés par l'esprit juridique romain, qui au fond de toutes nos institutions métropolitaines, écrivait LANESSAN, « nous n'avons pas de souci plus grand que celui de transplanter dans nos établissements coloniaux tout l'appareil administratif et judiciaire de la mère patrie en résulte une désorganisation de la société africaine, aussi bien du point de vue politique que de point de vue juridique ».¹⁸⁴

Sous le coup de certaines contraintes ou pour assouvir certains appétits nationaux, la plupart des anciennes possessions françaises pratiquement toutes membres de l'OHADA se sont lancées, au lendemain des indépendances, dans un mouvement d'imitation du droit de l'ancienne puissance coloniale.

A l'accession des anciennes colonies françaises à la souveraineté internationale, les nouveaux états africains se sont lancés par devoir né de leur nouveau statut et même pour des « raisons évidentes de dignité nationale » dans une œuvre de législation et, parfois, de codification. Mais, en pratique, il y eut souvent un phénomène de reconduction ou de perpétuation du droit de l'ancien colonisateur autour d'une conception universaliste ou de modernité du droit.¹⁸⁵

Paragraphe 2 : Les séquences du changement juridique des pays membres de l'OHADA suite à leur accession à la souveraineté internationale

Entre 1947 et 1975, la plupart des colonies qu'on trouve principalement sur les continents africains et asiatiques vont accéder à l'indépendance, et ce, de deux manières différentes : soit par la négociation, soit par la guerre.

Une fois l'indépendance acquise, les nouveaux Etats apparaissent et puisqu'ils sont nouveaux, ils doivent ensuite s'organiser politiquement, économiquement, socialement et juridiquement. Là où auparavant tous les postes importants étaient occupés par les Etats colonisateurs, il faut former toute une population et cela va créer pas mal de problèmes. Ainsi, avant de parler des séquences du changement juridique des pays membres de l'OHADA suite à leur accession à la souveraineté internationale il paraît important et nécessaire d'évoquer comment ces colonies sont-elles devenues

184

J.de LANESSAN, principes de colonisation, paris 1897, cité par ZAGPA.

185

Le code civil français a été introduit dans une très large mesure dans les nouveaux états francophones d'Afrique noire où il a été le droit commun, comme souvent pendant la colonisation, jouant ainsi le rôle qu'a assuré le droit romain dans l'Europe avant le XIXème siècle.

de nouveaux Etats indépendants et le contexte favorable qui leur a permis d'accéder à l'indépendance.

.Le contexte favorable - Il faut savoir qu'avant les indépendances, environ un tiers de l'humanité, soit environ 750 millions de personnes dans le monde vivent sous domination coloniale. Comme nous venons de le dire, le processus de décolonisation commence au lendemain de la deuxième guerre mondiale et le contexte y est très favorable pour plusieurs raisons :

- Première raison, la plupart des colonies sont européennes, mais avec le choc de la première guerre mondiale, qui a vu ces métropoles être affaiblies, faut dire que la plupart ont été battues ou envahies (France, Pays bas ou encore Belgique) par l'Allemagne Nazi, ce qui montre aux pays colonisés, que les Etats colonisateurs ne sont finalement pas si puissant que cela, ce qui pousse les pays colonisés à avancer des revendications d'indépendance ;
- Deuxième raison qui est liée à la précédente que nous avons tendance à l'oublier un peu trop souvent, c'est le fait que les habitants de ces pays colonisés pour la plupart membres de l'OHADA dont nombreux étaient sénégalais, ont été fortement sollicités lors de la seconde guerre mondiale¹⁸⁶. Par exemple en France, en mai 1940, sur 5 millions de mobilisés, l'armée française compte 500.000 engagés volontaires africains, malgaches et magrébins (178000 africains et malgaches, 320.000 maghrébins) qui étaient en train de se battre pour un pays qui n'était pas le leur. Et donc, ils ont été appelés à venir « combattre au nom de la liberté de leur puissance colonisatrice » (pourquoi pas au nom de leur propre liberté désormais). On constate donc l'apparition de mouvements nationalistes dans les colonies qui vont réclamer le départ des pays colonisateurs ;
- Enfin troisième raison, au lendemain de la guerre, la guerre froide commence. Les USA et l'URSS grands vainqueurs de la seconde guerre mondiale ainsi que l'ONU nouvellement créée, se positionnent contre la colonisation et soutiennent les peuples colonisés dans leur lutte pour l'indépendance au nom du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Face à la montée des revendications, les gouvernements européens décident généralement de négocier mais parfois une guerre d'indépendance s'engage. Donc il y'a deux façon d'acquérir l'indépendance, par la guerre ou par la négociation. C'est de cette dernière façon que la plupart des Etats membres de l'OHADA ont accédé à l'indépendance, c'est-à-dire, l'indépendance de ces Etats est une indépendance négociée, une indépendance qui ne s'est pas faite dans un climat de violence comme ça été en Inde¹⁸⁷, mais plutôt de façon pacifique. Une fois indépendants, étant donné que tous

186

A Brazzaville, CH. De GAULLE reconnaît le lourd tribut payé par les troupes africaines.

187

Entre Indous et Musulmans.

les postes importants étaient occupés par les colonisateurs et tout était d'origine occidentale, les nouveaux Etats doivent comme nous l'avons souligné plus haut, s'organiser afin de s'affirmer sur la scène internationale. Pour ce faire, plusieurs changements ont successivement eu lieu (jusqu'à nos jours) dans tous les domaines et plus particulièrement, sur le plan juridique.

En effet, le changement juridique en Afrique subsaharienne 60 ans après les indépendances est incontestablement impressionnant puisqu'il a obéi à trois séquences successives. Dans un premier moment (1960-1973) il semble que l'on consacre la continuité en reconduisant le droit de la période coloniale **(A)**. Dans un second moment au cours des années 1970 et jusqu'au milieu des années 1980, s'ouvre une seconde phase qui prend une position opposée, en annonçant la rupture apparemment complète avec l'héritage juridique colonial et l'avènement du droit spécifique. Enfin, depuis les années 1980, succède un troisième moment qui dure encore et qui opère, à bien des égards un retour à la première phase, permettant de dire que le cycle du droit africain (ou des pays membres de l'OHADA) a fait sa révolution complète en ce sens qu'il est revenu au point de départ. Naturellement, il ne s'agit pas d'un retour au droit colonial, mais d'une tentative encore inachevée et parfois contradictoire de libéralisation du système juridique et d'insertion dans la mondialisation **(B)**.

A- L'accession à l'indépendance des États membres de l'OHADA : maintien du droit colonial et mimétisme juridique

Il est clair que ces cinq décennies d'indépendance politique des États d'Afrique noire, en particulier membres de l'OHADA n'ont en rien brisé les chaînes de la dépendance juridique.

L'accession à l'indépendance n'a pas eu pour incidence immédiate l'adoption des lois propres aux États membres de l'OHADA. Ce qui aurait dû reposer sur des réformes profondes des systèmes juridiques.

Cependant, affranchie de la colonisation dès le début des années 60, comment les États Africains aujourd'hui membres de l'OHADA ont-ils géré l'héritage juridique colonial ? A première vue, il y aurait un maintien des droits coloniaux pour plusieurs raisons, les unes plus logiques que les autres (priorités politiques et sociales, impréparation, manque de cadre et de moyens) d'autant que l'élite africaine était presque inexistante au moment de l'accession à l'indépendance politique de ces pays membres de l'OHADA, Il y aurait de toute évidence maintien de l'ancienne législation à défaut de recopier les textes en vigueur dans l'ancienne puissance colonisatrice qui n'est autre que la France. Les jeunes États de la zone franc, aux prises avec de nouveaux problèmes jamais connus auparavant, exacerbés par les colonisateurs nostalgiques, n'ont pas eu le temps ni les moyens de reformer véritablement leur droit aussitôt après le départ des colonisateurs.

La loi du moindre effort a consisté, sans se préoccuper des conséquences d'une telle option, à garder les anciennes lois à défaut de recopier servilement comme nous l'avons précédemment souligné, la législation des États occidentaux notamment française. Il en est ainsi des codes civils des obligations, des personnes et des biens, le code de commerce, pour en citer que ceux-là.

Le Professeur **THIOYE MOUSSA** dans une revue internationale de droit comparé et plus précisément sur la partie intitulée « *Part respective de la tradition et de la modernité dans droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone* » paru en 2005 avait pensé que plusieurs raisons ont justifié l'exportation ou le maintien du droit colonial dans ces États africains nouvellement indépendants.

1°) Les raisons justifiant le maintien du droit colonial dans les pays membres de l'OHADA

Pour le Professeur **THIOYE MOUSSA**, si certaines raisons semblent être liées à des pressions (a) d'autres sont plutôt afférentes à certaines des ambitions affichées (b).

a) Maintien et continuité justifiés par certaines pressions

L'auteur pense que diverses raisons semblent avoir forcé la volonté ou la décision de non - décolonisation immédiate du droit dans les États membres de l'OHADA nouvellement indépendants. Il s'agirait entre autres : d'urgence et impératifs de transition (1), insuffisance du personnel local et des infrastructures techniques et juridiques(2), existence d'une prétendue communauté socio-juridique (3).

1-Urgence et impératifs de transition

Si , au lendemain des indépendances, les nouveaux États membres de l'OHADA nouvellement indépendants ont presque tous eu un réflexe de **mimétisme** , c'est avant tout parce qu'ils ont dû dans un laps de temps très court, en quelques années , se doter des codes de droit privé qu'exigeait la situation nouvelle .En effet , face à l'urgence et aux incontournables impératifs de transition , il leur a fallu maintenir en place très grand nombre d'institutions, y compris de droit privé .Et ce , dès l'instant qu'il était difficile voire impossible de les abroger sans risquer de faire s'effondrer une structure sans doute dépassée mais dont la suppression brutale aurait créé un vide juridique inadmissible.

3- Insuffisance du personnel local et des infrastructures techniques et juridiques

Après plusieurs siècles de domination, les pays membres de l'OHADA nouvellement indépendants ont été confrontés à la faiblesse manifeste de l'effectif de leurs cadres juridiques et de leur

encadrement local. En effet, rare étaient les Etats possédant à l'heure de leur accession à la souveraineté internationale les moyens en hommes et ressources pour assurer aussitôt la décolonisation de leurs droits. Cette situation de pénurie a alors, presque fatalement, favorisé le maintien en fonction ou le recours à des techniciens et juristes étrangers (enseignants, magistrats, experts, conseillers techniques, etc.) le plus souvent originaires, précisément pour des raisons linguistiques, de l'ancienne puissance coloniale notamment de la France pour la quasi-totalité des pays membres de l'OHADA. Avec cette « assistance technique », particulièrement active dans l'œuvre de codification, la base des droits africains naissants demeurait souvent (re) liée par le nombril au système juridique de l'ancienne métropole. En d'autre terme, il y'a eu, selon l'expression de M. Foyer, « une sorte d'imprégnation technique des droits africains par le droit français » dont les concepts, la terminologie et les méthodes ont été communiqués aux premiers. Et ce, malgré les quelques efforts de création d'universités et/ou d'africanisation des enseignements et des législations.

4- Existence d'une prétendue communauté socio-juridique

« Toute colonisation est un *clash* entre deux cultures, et après le reflux des colonisateurs, des effets du *clash* persistent en forme de pluralisme juridique ». C'est peut-être pour cela que, sans aller jusqu'à reprendre le fameux conte de la communauté d'ancêtre (les Gaulois)¹⁸⁸, M Foyer, alors ministre de la Coopération, a pu tenter d'expliquer la survie du droit français dans les pays d'Afrique par des raisons tenant « après tout de la nature des choses ». Selon lui, parce que « l'œuvre d'éducation de la France a été assez forte pour prévenir un retour en arrière », parce qu'une « intimité(...) s'est établie (...) entre les juristes africains et les juristes français », « il subsiste une certaine communauté juridique entre nos législations ,à vous, africains, et à nous, français (...) il subsiste, malgré les apparences, une incontestable solidarité idéologique entre vous et nous, et que vous restez, comme de principes et de valeurs, qui sont d'ailleurs, pour l'essentiel, l'héritage de la révolution française ». On peut dès lors se demander si ce serait pas à cause de cela que s'est développée chez beaucoup de sénégalais la légende, somme toute déplacée bien qu'officiellement entretenue, d'une participation active de leur pays aux états généraux de Versailles¹⁸⁹ ? En tout cas, l'idée de communauté franco-africaine reste entretenue, aujourd'hui encore, dans le cadre de structures officielles comme l'*organisation internationale de la francophonie*. Preuve, s'il en est besoin, que « le colonisateur (français) a profondément labouré la terre africaine et son sillon a été trop profond

188

J. HILAIRE, « Nos ancêtres, les Gaulois », *Annales africaines*, 164, cité par P-F. GONIDEC, *op.cit.* p.39.

189

Sur ce qu'il qualifie de fantasme colonial, V.F.DIA, *op.cit.*, à paraître.

pour ne pas avoir laissé des traces indélébiles¹⁹⁰. Si non « invasion physique » a disparu, son
 « invasion intellectuelle », elle, a survécu à la décolonisation politique¹⁹¹.

b) La continuité comme moyen de réalisation de certaine ambition étatique

Pour le Professeur **THIOYE MOUSSA**, par-delà les « pressions », la survie du droit français dans les anciennes colonies a été (et reste) sous-entendu par une volonté étatique d'unification (1) et de développement socio-économique (2).

1- Souci d'unification de la société et de centralisation de l'Etat

Les sociétés traditionnelles étant des sociétés particularistes avec, par conséquent, des droits tout aussi particularistes et diversifiés en fonction des lignages, tribus, clans, ethnies, religion, villages, etc..., un souci d'unification et de cohésion nationale a poussé à maintenir le droit moderne qui est, lui, fondé sur l'idée que tous les hommes sont soumis à la même loi positive. En effet, pour éviter les dispersions et les divisions, beaucoup d'Etats africains ont opté pour les codes communs destinés à jouer pour les droits locaux un rôle unificateur analogue à celui-ci, par le passé, par de grand code (Code d'Hammourabi, Code Napoléon...). Ils espéraient ainsi pouvoir réduire, par le haut, la diversité des droits coutumiers en imposant des codes occidentalisés. Il est toutefois utile de constater que l'unification poursuivie l'était également dans un objectif purement politique, en l'occurrence celui d'installer un Etat centralisé, unitaire et fort. Cela expliquant peut-être, entre autres, le fait que nombreux codes aient vu le jour à partir de cabinets ministériels.¹⁹²

2- Souci de progrès ou de développement socio-économique

Au nom de ce que l'on a dénommé « droit du développement », défini comme « un ensemble de mesures législatives et réglementaires mises en œuvre pour provoquer des changements socio-culturels favorables au développement », on a prétendu qu'il convenait de maintenir et même d'importer en Afrique les structures de droit privé déjà expérimentées par les sociétés économiquement développées (on est convaincu que ce qui a assuré le développement de l'occident doit pouvoir fonder celui de l'Afrique). En effet, face à des droits ancestraux jugés inadaptés et inadaptables à l'idéologie (européenne) du progrès et aux exigences de la vie moderne, le droit occidental s'est imposé, chez certains législateurs africains, comme meilleurs voire le seul modèle à suivre.

A la lumière de ces analyses faites par le Professeur **THIOYE MOUSSA**, force est de dire qu'en pareilles circonstances tel que le Professeur nous a illuminé, il n'était pas évident pour ces jeunes Etats africains

190

P-F. GONIDEC, *op cit*, p.35. Adde Jean Foyer « nous vous avons communiqué et nos concepts, et notre terminologie, et nos habitudes de rédaction, et nos méthodes de construction juridique, et tout cela il est vraisemblablement que vous n'en perdrez pas l'habitude de sitôt ».

191

Expression empruntées à R. RODIERE.

192

D.NDOYE, « Droit des peuples et codifications, quelques exemples au Sénégal », in colloque de Louisiane, *prec.p.441 et s, spec.p.442 et 443.*

fraichement sortis de la colonisation, de créer un droit purement africain ou d'avoir leur propre droit. Ils avaient peu de choix et étaient dans une contrainte de la continuité de l'Etat colonial vers l'Etat postcolonial ; car il faut reconnaître comme a souligné le Professeur, qu'à cette époque, il n'y avait pas assez d'expertises juridiques locaux et les seuls disponibles étaient les experts occidentaux et notamment français. Vu le degré de complexité de la situation à laquelle ces Etats étaient confrontés tel que le Professeur l'a exposé dans les précédents paragraphes, nous pensons que les pères des indépendances des pays africains ont fait ce qu'ils pouvaient, avec les experts juristes qu'ils avaient à leur disposition à l'époque, qui étaient peu nombreux et souvent très occidentalisés. Dans ce contexte-là, il n'était pas facile d'imaginer autre chose que le mimétisme juridique.

En même temps, pour compléter les propos du Professeur **THIOYE MOUSSA**, nous pensons également que l'inspiration au droit français par les jeunes Etats souverains était non seulement limitée au manque du personnel technique, mais « surtout » par l'idée d'une modernisation du droit comme le professeur l'a évoqué dans le cadre de « la continuité comme moyen de réalisation de certaine ambition étatique » car les pères des indépendances étant déterminés à moderniser leur droit, à avoir leurs propres codes , ils se sont dit que cette modernisation passait forcément par un système inspiré des valeurs de l'ancienne métropole.

Dans la vague de cette indépendance, de nombreux dirigeants africains ont cru que le droit par lui-même transformera la réalité dans laquelle vivaient les nouveaux Etats africains indépendants. Certains auteurs ont appuyé ces croyances. A titre d'exemple, Michel Alliot Marie a cru bon de mettre en garde les Etats à la « Balkanisation juridique ». L'auteur a exposé dans un article publié en 1967, les problèmes de l'unification des droits africains en soulignant la possibilité de « faire *table rase du passé colonial* » en adoptant les législations révolutionnaires qui étaient de son point de vue, des facteurs favorables pour un droit et évoque le concept de droit communautaire africain. Mais il n'a pas été suivi, pas plus d'ailleurs par les autres africanistes qui se sont multipliés et qui pour beaucoup, ce sont inquiétés de la précipitation des nouveaux gouvernants africains à légiférer sans se soucier de leurs propres réalités sociales, politiques et culturelles, c'est-à-dire qu'ils sont emportés par le courant du mimétisme juridique et cette transposition des normes étrangères n'avait rien avoir avec les sociétés qu'ils étaient appelés à gouverner. Ainsi, cette œuvre de modernisation du droit s'est révélée être à bien des égards, un véritable échec au point où l'atténuation de la sécurité juridique en Afrique est devenue une préoccupation de premier plan pour le développement de ce continent car le développement n'est pas possible s'il y'a l'insécurité juridique. Il y'a eu toute une prolifération de législations, les unes les plus opaques et contradictoires, les autres, souvent dans une logique de mimétisme absurde et l'on peut que s'étonner de l'incomplétude de ce droit et de son incapacité à impulser une dynamique de sécurité juridique propice au développement.

2°) La tentative de la table rase

Après une longue période de maintien des droits coloniaux par les États Africains après les indépendances, c'est seulement vers le début des années 70 que bon nombre d'Etats africains notamment membres de l'OHADA ont commencé le mouvement de remise en question des textes de

loi d'inspiration ou d'origine coloniale par des réformes ou des adaptations substantielles de certaines matières à très fortes connotation culturelle: le droit des personnes , des biens , des sociétés , des obligations ou le droit pénal.

Les Etats africains ont compris qu'il était temps de "repenser" profondément le droit imposé par le colonisateur. D'où, ici et là, sont apparues des lois de réformes de réappropriation de la culture juridique africaine, d'intégration et d'harmonisation juridique.

En tout cas, pendant la période allant de 1971 à 1977, l'Afrique est saisie par la frénésie de la codification qui rappelle la période napoléonienne entre 1800 et 1810 qui a vu naître la plupart des codes français. Les codes aussi importants que le code civil, le code de commerce, le code des impôts, les codes des douanes, les codes des domaines et biens d'autres voient le jour.

En droit, la codification consiste à regrouper dans des recueils des textes législatifs et réglementaires portant sur une même matière en suivant une certaine rationalité, cohérence et une logique.

En effet, ce phénomène de codification du droit dans les États d'Afrique francophone notamment membres de l'OHADA a été l'un des plus sérieux coups de boutoir donné à la civilisation africaine de l'oralité, du moins au plan juridique. Le réveil fut brutal, car il fallait subitement se résoudre à entrer dans l'ère de la codification, ce symbole de l'écriture mais surtout de la modernité.

Pourtant, la codification n'est pas une donnée à valeur universelle puisque de nombreux pays, bien qu'étant de tradition juridique, ne l'ont découverte que tardivement. Mais, les sociétés occidentales, dont la France, en avait déjà fait l'expérience surtout pendant le XVIII^e et le XIX^e siècle. Les Etats africains francophones membres de l'OHADA de culture juridique mixte et dont les gouvernements avaient largement intégré l'idée que "nos ancêtres étaient Gaulois", ne pouvaient rester en marge de la codification. Évidemment, il faudrait apprécier à sa juste valeur, ce legs de nos cousins français. La codification s'imposait dans les États nouvellement indépendants. Ainsi, qu'en est-il maintenant du contenu de cette nouvelle codification ? A-t-elle notamment complètement rompu avec l'ancienne ? Celle de l'époque coloniale ?

A cette question, nous répondons par la négation. En effet, nous savons tous qu'en occident, le grand mouvement de codification est issu d'une vision visant à confirmer, à écrire les coutumes et traditions, à les conserver dans un document unique. En Afrique, c'est le contraire qui va se produire. Les codifications ne vont pas partir des traditions ou des us et coutumes africaines. Le mouvement inverse qui a été fait en occident va être appliqué voire même imposé en Afrique.

A la lecture de cette nouvelle législation de ces nouveaux Etats, force est de constater que, les textes les plus nombreux et notamment la plupart des codes ne sont pour une part que la continuation de ceux qui ont été abrogés. Autrement dit, ces codifications vont naître dans un contexte de colonisation avec pour modèle les textes de lois européens et notamment français. Cette parenté se retrouve aussi bien dans la structure ou la forme des textes mais aussi dans l'approche et l'inspiration. L'explication est

simple parce qu'il est évident que la codification doit partir de l'acquis, des règles déjà existantes, ayant fait leurs preuves et atteint une certaine maturité. La table rase est une illusion et quel que soit la volonté de changement ou de bouleversement, on ne peut pas se lancer dans le travail législatif et réglementaire sans avoir des bases de départ et des repères pour ne pas sombrer dans l'improvisation ou l'invention d'un droit sans prise sur la réalité.

Cela ne veut pas dire que les nouveaux codes ont cédé complètement au mimétisme en se limitant à reprendre le corpus abrogé.

Tout d'abord, il y'a une mise à jour à opérer, surtout lorsque la législation remonte à une période trop ancienne.

Ensuite, il y'a une africanisation pour tenir compte de certaines spécificités qu'elles soient politiques, culturelles ou sociales.

En effet, à la suite des événements du printemps 1990, on croyait les États africains définitivement sortis de la conception coloniale de droit ou de justice. Après une dizaine voire une vingtaine d'années d'expérience de renouveau juridique et institutionnel, force est de constater que la purge n'a été que très sélective. Certaines institutions judiciaires qui ont été installées ou mise en place par ces nouveaux Etats (comme les cours suprêmes et cours constitutionnelles) à l'image de celles de l'ancien colonisateur, continuaient à appliquer la jurisprudence des institutions judiciaires françaises sous couvert d'une forte discontinuité, on remarque une continuité, ne serait-ce que dans la manière de penser le droit. C'est vrai que les pères des indépendances se sont combattus voir même jusqu'à sacrifier leurs vies pour accéder à l'indépendance, mais d'un côté, ils n'ont pas pu combler toutes les attentes liées à l'accession à la souveraineté et notamment, la faculté de secréter un droit sans pourtant se référer à l'ancienne métropole c'est-à-dire de retourner vers le droit français.

L'exemple éloquent de l'OHADA est là pour démontrer que la logique coloniale est encore en œuvre dans ces Etats. Le système juridique occidental a été, et continue encore d'être, la source d'inspiration du législateur africain francophone. C'est ce qui explique sans doute l'intégration des règles de droit africain antérieures dans le corpus du droit OHADA.

Si certains juristes pensent que certains emprunts à l'étranger sur d'autres terrains considérés comme sensibles, tels que le droit des affaires sont tolérables, nous pensons qu'ils se trompent car même en droit des affaires, le législateur touche parfois à des secteurs très sensibles, ayant un lien direct avec l'identité ou les valeurs du peuple pour lequel ces textes de loi ont été adoptés. A titre d'exemple, le législateur OHADA s'est borné à intégrer dans l'Acte uniforme la conception antipolygamiste du commerçant comme en droit français alors que 75% voire 80% des pays où les Actes uniformes sont applicables, autorisent la polygamie et sachant que celle-ci est l'héritage d'une longue tradition.

Sans vouloir jeter le discrédit sur cette institution certainement indispensable au bon fonctionnement du droit des affaires en Afrique, on peut légitimement se demander si les juristes africains et / ou

africanistes ne pouvaient pas procéder autrement, c'est à dire partir de la pratique juridique endogène pour élaborer un droit des affaires qui tienne beaucoup plus compte de la vision africaine dans ce monde des affaires, dominé par l'occident ? Naïveté ou rêve d'universitaires africains et africanistes ?

193

Peut-être, mais il fallait quand même essayer .

B- Le maintien du système juridique du colonisateur par le législateur communautaire

OHADA

Au regard de ce qui vient d'être précédemment développé, force est de dire que malgré le défi que les Etats de la zone franc se sont lancés, celui de mettre un terme à la balkanisation de leur droit hérité du passé colonial en harmonisant leurs systèmes juridiques sous la forme d'Actes uniformes portant sur les matières relevant du commerce, le législateur communautaire OHADA n'a pas créé une rupture avec le système juridique du colonisateur de ses pays membres. Il faut constater que l'empreinte durable laissée par le législateur ne laissant ou « n'a laissé » aux africains que le choix de la passivité intellectuelle. Ce **mimétisme** législatif ou juridique dans ces États membres de l'OHADA nouvellement indépendants pouvait s'expliquer dans certaines mesures par les circonstances particulières de la colonisation, comme celles que nous avons précédemment évoquées, là au moins on comprendra pourquoi ces jeunes États n'ont pas pu aussitôt assurer la décolonisation de leurs droits. Mais la question qui se pose est celle de savoir pourquoi le même phénomène dans le droit de l'OHADA ? Pourquoi les règles qui existaient antérieurement dans les diverses législations des États parties se retrouvent dans le droit OHADA ? Cette situation ne trouve plus de justifications car le législateur communautaire OHADA disposait ou dispose des voies et moyens (surtout en personnel technique contrairement pendant la période des indépendances) pour faire table rase du passé de ses États membres dont la plupart sont les colonies françaises ayant par conséquent un passé colonial commun. Ainsi, au regard de ces différentes interrogations, nous allons tenter d'apporter une réponse parmi d'autres, qui nous semble être l'une des raisons (en dehors des facteurs historiques) de l'intégration des règles de droit africains (notamment des pays membre de l'OHADA) antérieures inspirées elles-mêmes du droit français, dans le droit communautaire.

En effet, la persistance ou l'existence des règles antérieures des États membres ou du droit français dans le droit OHADA, s'expliquerait non seulement comme nous venons de l'évoquer, c'est-à-dire par le passé colonial commun des pays membres de l'OHADA, mais également par le rôle considérable que joue la France et ou les juristes français dans l'initiation, le financement et

193

La même observation pourrait être faite pour les nouvelles constitutions et autres chartes des partis politiques qui accompagnent le processus démocratique en Afrique.

l'élaboration des règles du droit africain des affaires. Autrement dit, la persistance de ces règles antérieures dans le droit communautaire s'explique non seulement par la présence des experts étrangers, notamment français et certains juristes africains formés en France, dans l'édiction des Actes uniformes et dans la prise de décisions de la mise en place de certains organes nécessaires pour le bon fonctionnement de l'organisation, mais également par la permanence des liens de dépendance financière et matérielle de l'OHADA (ou des pays membres de l'OHADA) vis à vis des pays développés notamment la France.

Section 2 / Le rôle considérable joué par la France et /ou les juristes français dans l'initiation, le financement et l'élaboration des règles du droit africain des affaires : l'un des facteurs du mimétisme juridique

La France coopère avec l'OHADA depuis le paragraphe du traité de naissance de l'instrument, le 17 octobre 1993 à Port Louis. Elle subventionne la structure en moyens financiers et logistique depuis sa création. Ainsi, comme l'écrit Napoléon : *« Lorsque 'un gouvernement est dépendant des banquiers pour l'argent, ce sont ces derniers et non les dirigeants du gouvernement qui contrôlent la situation, puisque la main qui donne est au-dessus de la main qui reçoit ; la main qui donne c'est celle qui dirige »*. En effet, par ces propos de Napoléon nous avons voulu juste dire que si aujourd'hui la France a un certain pouvoir de décision au sein de l'organisation, c'est justement grâce à toutes ces subventions qu'elle réalise au bénéfice de l'organisation (**Paragraphe 2**). C'est ce qui explique la place de considération qu'occupent les experts français dans la prise de décisions au sein de l'organisation et dans le processus d'édiction des Actes uniformes (**Paragraphe 1**). Une fois désignés comme experts de l'organisation et ne maîtrisant pas les réalités africaines, ces derniers ne peuvent que s'inspirer ou se référer de leur droit pour créer les normes communautaires OHADA qui en fin de compte ne répondent pour une large part qu'à la satisfaction de leurs propres intérêts économiques. D'où le mimétisme juridique.

Paragraphe 1 : Le phénomène humain

A l'instar de certains pays africains (les pays membres de l'OHADA y compris), il est souvent fait appel en droit OHADA à des groupes d'experts qui participent à la rédaction des Actes uniformes. Or, faut-il rappeler que ces experts ne sont entre autres que les juristes français (**A**) accompagnés de juristes africains formés à leur tour dans les universités françaises pour la plupart (**C**). Il en résultent, que les textes élaborés dans ces circonstances s'avèrent congénitalement mimétiques et ne peuvent que conférer un réel avantage compétitif aux investisseurs étrangers notamment français (**B**).

A- La place des experts français dans l'édiction des Actes uniformes

Comme nous l'avons évoqué dans le précédent paragraphe, il est souvent fait appel en droit OHADA à des groupes d'experts qui participent à la rédaction des Actes uniformes.

Ces conseillers techniques ou experts mandatés pour l'élaboration des Actes uniformes OHADA, ont été pour la plupart, avant la création de l'organisation (ou demeurent encore), consultants non seulement des Etats membres de l'OHADA, mais également d'autres États africains, pour la modernisation de l'environnement juridique des affaires. Rédacteurs de nombreux textes législatifs et réglementaires : code de commerce, lois sur la concurrence, le partenariat public /privé, code pénal etc. Parmi ces experts, on peut citer, l'avocat français maître Alain FENEON¹⁹⁴ fondateur du cabinet FENEON et DELABRIERE ASSOCIES, qui n'est entre autres que le rédacteur du projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit commercial général (AUDGC) en 1997 (révisé en 2010) ainsi que l'Acte uniforme OHADA sur le droit de l'arbitrage (AUA) et a participé en qualité d'expert, à la révision de l'Acte uniforme sur les procédures collectives (AUPC).

Ainsi, il en résulte que les Actes uniformes édictés ou élaborés dans ces circonstances ne peuvent qu'être la copie conforme du droit français car n'ayant qu'une connaissance limitée des États membres de l'OHADA, il était donc tentant pour lui d'utiliser un modèle préexistant. C'est sans doute ce qui a fait à ce que l'on puisse retrouver dans l'Acte uniforme relatif au droit commercial général les règles du droit commercial français.

Ensuite, le Professeur Fontaine dans l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats (qui n'a malheureusement pas été adopté jusqu'aujourd'hui), dont il est l'auteur, n'avait voulu ou souhaité que faire intégrer certaines règles et principes du droit des contrats français.

En effet, à l'instar de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats proposé par le Professeur Fontaine à titre d'exemple, ne subordonne la conclusion du contrat à aucune exigence de forme, adoptant par là le principe de consensualisme en vertu duquel, un contrat se forme normalement par le seul échange des consentements des parties. Telle est toute la signification des dispositions de l'art 1 / 3.1er de l'avant-projet aux termes desquelles : « Le présent Acte uniforme n'impose pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu sous une forme particulière ».

Pourquoi le professeur Fontaine a fait le choix du consensualisme comme mode de formation du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats ? Cette question mérite bien une

194

Expert actuellement dans 95% des pays membres de l'OHADA.

réponse.

En effet, hérité du droit français, le consensualisme est déjà en vigueur presque dans tous les pays membres de l'OHADA et c'est tout naturellement qu'il devrait être maintenu dans l'harmonisation d'une théorie générale du contrat dans ces pays. Motivé par une telle raison, l'expert français n'a pas ainsi hésité à consacrer dans l'avant-projet d'Acte uniforme, ce principe qui existe déjà dans les législations nationales de pays membres, bien que l'application tend à être universelle, et qui s'avère une condition indispensable pour la fluidité des opérations commerciales dans une économie de marché.

Ce principe du consensualisme a été déjà retenu par certains rédacteurs notamment français, dans certaines dispositions d'Actes uniformes préexistants en matière de formation de certains contrats. Il en est ainsi de :

La vente commerciale prévue à l'article 240 de l'Acte uniforme révisé, adopté en 2010 portant droit commercial général. Ce texte prévoit que « le contrat de vente commerciale peut être écrit ou verbal : il n'est soumis à aucune condition de forme, il est prouvé par tous moyens ». Cette disposition est proche de l'article 1583 du code civil français, qui dégage le principe de consensualisme¹⁹⁵ selon lequel, le consentement des parties n'est soumis à aucune condition de forme.

De même, le rédacteur français de l'Acte uniforme initial de 1997 portant droit commercial général modifié en décembre 2010, avait aussi écarté tout formalisme dans la formation du contrat de vente commerciale. Ainsi, selon l'article 208 de l'ancien Acte uniforme relatif au droit commercial : « le contrat de vente commerciale peut être écrit ou verbal ; il n'est soumis à aucune condition de forme ». du bail commercial qui aux termes des dispositions de l'article 71 de l'Acte uniforme de 1997 portant droit commercial général peut être écrit ou verbal, le locataire ne pouvant être condamné à signer un bail écrit sous astreinte¹⁹⁶.

Ce principe de consensualisme en matière de bail commercial peut aussi être décelé dans l'article 104 de l'Acte uniforme révisé relatif au droit commercial qui dispose : « le contrat de bail est librement conclu par les parties. Il peut être verbal ou écrit, conclu pour une durée déterminée ou indéterminée ». Au regard de ces dispositions, force est de constater que les rédacteurs des deux Actes uniformes ont

195

*Le consentement des parties n'est soumis à aucune condition de forme ; dès lors, la vente d'un immeuble ne saurait être déclarée nulle au motif que l'acquéreur n'a signé l'acte qu'après le décès du vendeur sans que soit recherché s'il n'a pas consenti avant cet événement. Civ.3eme, 27 nov .1990: bull.civ.III, n°225 ; D.1992.Somm.195, obs. Paisant; JCP 1992.II.21808, note **DAGORNE-LABBEE** ; RTD civ .1991.315, obs. MESTRE.*

La vente est un contrat consensuel qui, sauf stipulation contraire, opère transfert de propriété dès échange de consentements ; cassation de l'arrêt qui retient que le paiement du prix étant exigible jusqu'à certaine date, la vente était soumise à une condition résolutoire dont l'accomplissement a opéré révocation des obligations réciproques sans mise en demeure préalable.civ.3eme, 6 mars 1996 : bull.civ III, n°66.

196

Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n°330 du 10 mars 2000.

incontestablement repris l'esprit de l'article 1714 du code civil modifié par la loi n°2009-526 du 12 mai 2009-art. 10 qui dispose : « On peut louer ou par écrit ou verbalement, sauf, en ce qui concerne les biens ruraux, application des règles particulières aux baux à ferme et à colonat paritaire. ¹⁹⁷ ».

B- Les effets résultant de l'élaboration des Actes uniformes OHADA par les experts français

Obtenir le pouvoir du droit c'est obtenir le pouvoir d'élaborer le droit donc de le maîtriser et par conséquent d'en faire un réel avantage compétitif.

D'une part, tout opérateur économique doit s'adapter et respecter les normes adoptées. Ainsi, selon que l'opérateur économique est ou non familier du droit applicable, le système juridique d'un État peut s'avérer être un facteur facilitant ou, au contraire un obstacle à l'établissement d'une entité dans ledit Etat. L'exemple de Bolloré est parlant. Cet entrepreneur français a réalisé une grande partie de sa fortune dans l'espace OHADA notamment en Afrique de l'ouest et centrale ; ses activités économiques ayant été largement favorisées par la connaissance du droit des affaires en vigueur dans

¹⁹⁸ ces États. L'Afrique cœur de l'empire BOLORRE, une présence dans plus de 46 pays notamment au travers d'activités logistiques, du Congo jusqu'à la Guinée, en passant par le Togo et le Gabon, la filiale du groupe sur le continent gère 16 ports maritimes et une vingtaine de ports secs et terminaux conteneurs. Une activité lucrative et pour cause non seulement 92% des imports et exports en Afrique se font par voie maritime, mais également parce que la filiale française à l'instar des autres entreprises françaises implantées en Afrique, a la maîtrise du droit communautaire car contrôler le port revient donc à contrôler le commerce et on ne peut pas contrôler le commerce (les affaires) si on ne contrôle pas le droit ou si l'on ne maîtrise pas celui-ci. Le potentiel de croissance de l'entreprise est très immense. En dix ans, les volumes échangés entre l'Asie et l'Afrique ont été multipliés par dix. Omniprésent sur les ports mais aussi sur les rails, le groupe BOLLORE détient la majorité dont trois concessions ferroviaires en Afrique et le dernier chantier pharaonique du français, la réhabilitation du chemin de fer entre Abidjan et Ouagadougou, près de 1300 km de rails et un investissement de 400 million d'euros. L'Afrique, et plus précisément l'Afrique francophone représente les 80% du bénéfice du Groupe, deux million et demi d'euros de chiffre d'affaire en 2017.Ce groupe a également les intérêts dans les medias car actuellement, il a pris le contrôle de Canal+ en 2015 et si cette chaine de télévision française est en croissance , c'est grâce aux abonnés qui sont en Afrique et qui s'abonnent

197

La preuve de l'exécution d'un bail verbal peut être administrée par tous moyens et n'est pas subordonnée à la production d'un commencement de preuve par écrit ; les juges du fond peuvent donc estimer que l'exécution d'un bail est démontrée malgré l'absence de quittances.Civ.3eme, 20 dec.1971 : bull.civ.III ; n° 642 V. aussi. civ .3eme 13 mars 2002 : Bull.civ.III, n° 59 ; Defrénois 2002.

198

Résultat d'activité du groupe Bolloré logistique et analyse de Mr A. FENEON.

au programme de Canal+. D'autre part, les opérateurs économiques français que sont les praticiens du droit, avocats, notaires, huissiers, familiers du droit civiliste de tradition francophone, se trouvent être une interface incontournable pour accéder aux marchés. A ce titre, on peut évoquer le chiffre très significatif d'arbitres habilités par la cour commune de justice et d'arbitrage(CCJA) de l'OHADA d'origine non francophone : sur les 173 arbitres CCJA seuls 6 sont référencés comme n'étant pas ressortissants d'un État francophone¹⁹⁹. Cela explique la forte présence des praticiens de droit français dans les instances du droit communautaire.

En définitive, au regard de ce qui vient d'être évoqué ci-dessus, force est de conclure que si les investisseurs français maîtrisent très bien le droit applicable dans les pays où ils exercent leurs activités, notamment dans l'espace OHADA, cela est due non seulement par la place qu'occupent les experts français dans l'élaboration des règles du droit uniforme africain, mais également du fait que la plupart des juristes (experts) africains qui participent à l'élaboration des Actes uniformes OHADA ont été formés dans les universités et écoles françaises.

C- Les juristes des Etats membres de l'OHADA participant à l'élaboration du droit uniforme : le fruit des universités et écoles françaises

L'influence des facultés de droit français dans les Etats d'Afrique noire francophone a été considérable tant sur le plan quantitatif que sur celui plus qualitatif du devenir des juristes qui y furent formés.

Quantitativement, les lois, codes et décrets inspirés du droit français et rédigés en français par ces juristes se comptent par milliers, allant parfois au-delà de ce que la France elle-même a pu réaliser : le Sénégal ne s'est-il pas doté d'un code des obligations administratives, synthèse de la jurisprudence du conseil d'Etat, ce que la loi du 15 prairial An II et l'Ordonnance du 20 août 1824 n'ont jamais obtenu ?

Quant aux juristes d'Afrique noire notamment membres de l'OHADA formés en France ou dans les Etats d'Afrique noire, dans les facultés françaises et dans les établissements qui leur étaient liés, telle l'ancienne Ecole Nationale de la France d'outre-mer, ils ont constitué le groupe le plus important tant parmi les dirigeants politiques et la haute administration de ces Etats. Ils ont pris également une place considérable dans les plus hautes instances françaises, Assemblée nationale et le Sénat, et dans les

199

Listes des arbitres au titre de l'année 2014 habilités par la CCJA de l'OHADA (Enfin, il faudrait préciser que parmi les 173 arbitres, 37 sont de nationalité française).

instances internationales : Secrétariat général adjoint de l'ONU, Directeur général de l'UNESCO, juges à la HAYE, responsable d'Agences internationales, etc.

Sur la scène internationale, la famille juridique française a été grandement renforcée par eux et le maintien de l'influence de l'esprit du droit français dans le monde international leur doit beaucoup. Mais l'influence des facultés de droit français ne peut s'apprécier seulement à la quantité des textes inspirés de leur enseignement, au nombre de leurs étudiants et à la vitalité du groupe qu'ils ont constitué.

Les juristes formés dans les facultés françaises avant 1960 et dans Ecoles de droit ouvertes en Afrique noire dans les années 50 ont été porteurs de la revendication nationale, la plupart du temps au nom d'une idéologie marxiste qui, à ce stade, faisait encore bon ménage avec le désir de construire un Etat et un droit à la française : on ne renie pas son école.

Cette revendication devait être satisfaite en quelques années, celles de la loi Defferre, 1956, la création des Etats, 1958, et de leur indépendance, 1960. La souveraineté obtenue, les universités allaient se multiplier et les facultés de droit succéder aux anciennes Ecoles. Dakar était université depuis 1957, Madagascar le serait en 1961, Abidjan bientôt et en vingt ans il y aurait presque autant d'université que d'Etats. En 1960 Lucien Paye, recteur de Dakar, veillait jalousement à la stricte reproduction des programmes français en Afrique noire francophone. C'est dans ces circonstances que la France a engagé les étudiants (juristes) d'Afrique noire notamment francophone dont la plupart sont aujourd'hui experts dans la rédaction des normes juridiques des Etats et Organisations, dans le mimétisme juridique. Ainsi, au lieu de s'appuyer sur l'idéal traditionnel d'un droit consensuel, négocié et donc diversifié, ils ont multiplié les législations étatiques uniformisantes et les Codes, plus d'un millier depuis le célèbre Code éthiopien de René David (1960) en langue française, comme signe d'indépendance et de modernité. Beaucoup ont même cru à la possibilité de transformer leurs pays par ces lois et ces codes.

En effet, En ce qui concerne l'OHADA, des juristes (experts) africains qui ont travaillé ou qui continuent à travailler de concert avec leurs homologues français dans le cadre de la rédaction des Actes uniformes OHADA, ont pour la plupart étudié dans les Ecoles ou universités françaises.

Sans surprise, le continent africain constitue, pour la France, un vivier important d'étudiants internationaux. Il y'a entre la France et le continent africain une histoire partagée, une proximité culturelle et politique et l'appartenance à l'espace francophone pour la plupart des pays membres de l'OHADA. Par conséquent, il n'est pas surprenant de retrouver dans le corpus législatif

200

Selon les données de cadrage publiées par le ministère de l'intérieur français, fin octobre 2018, les pays les plus représentés parmi les étudiant étrangers sont le Maroc (avec 39855 étudiants), l'Algérie (30521 étudiants), la Chine (30071 étudiants), l'Italie (13341 étudiants) la Tunisie (12842 étudiants) et le Sénégal (10974 étudiants).

communautaire, les règles de droit du pays où ces étudiants devenus juristes, ont été formés.

Outre le facteur historique et le facteur humain, le mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA peut également se justifier par la permanence des liens de dépendance financière et matérielle de l'OHADA vis-à-vis de la France.

Paragraphe 2 : La permanence des liens de dépendance financière et matérielle de l'OHADA vis à vis de la France, l'un des facteurs du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA

L'importance des emprunts faits à la législation française ou la filiation juridique qui a été entretenue entre les pays membres de l'OHADA (ou l'OHADA) et la métropole peut aussi se justifier avec la permanence des liens de dépendance financière (A) et matérielle (B) vis à vis des pays développés (notamment l'hexagone) ou encore à la fragilité d'économie rendant les pays du sud vulnérables aux influences et aux directives des bailleurs de fonds subordonnant leurs aides à la réalisation de conditionnalités dont beaucoup, sont de plus en plus d'ordre juridique et institutionnelle .

A- La subvention de l'OHADA en moyens financiers par la France

Depuis plusieurs années, le ministère des affaires étrangères français soutient activement l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires destinées à favoriser les échanges commerciaux en Afrique occidentale et centrale (Zone franc).

La France contribue au fond de capitalisation ouvert auprès du PNUD pour financer les dépenses de fonctionnement des institutions de l'OHADA .Plus de 40 millions de francs français ont été versés en plusieurs tranches sur la période 1999 et participe au fonctionnement des institutions.

Cet appui majeur de la France complété par celui d'autres bailleurs de fonds comme la Banque Mondiale a permis à l'OHADA d'édicter des textes juridiques communs qui embrassent un large champ du droit des affaires (droit commercial, droit des suretés , droit des procédure collective ...) et la mise en place d'une haute juridiction régionale dotée de compétences supranationales et d'un centre régional de formation des magistrats destiné à constituer rapidement un groupe d'experts juristes du droit des affaires africaines.

La France a pris une part extrêmement active dans le financement de l'OHADA et des actions qu'elle a entreprises. Elle y a tout intérêt car l'OHADA démontre que le droit inspiré de la tradition juridique française peut se présenter comme une alternative crédible à la Common Law, dans le monde des affaires. Ainsi, la France a pris financièrement en charge tout le processus d'élaboration des sept premiers Actes uniformes adoptés par le conseil des ministres de l'OHADA de 1997 à 2000 , portant sur le droit commercial général , le droit des sociétés commerciales et du groupement économique , l'organisation des suretés , les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ,

l'organisation des comptabilités des entreprises, l'arbitrage ainsi que l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Un huitième Acte uniforme pris en charge cette fois par le Canada avait été mis en application à compter du 1er janvier 2004. Il porte sur le droit des transports de marchandises par route.

Les deux derniers Actes uniformes prévu par le traité sont en cours d'élaboration.

Le premier relatif au droit de la vente aux consommateurs est aussi financé par le Canada (pays membre de la francophonie), le second qui porte sur le droit du travail, est soutenu par la France.

Elle a également apporté son soutien pécuniaire à l'édiction et la diffusion d'un premier code « OHADA » rassemblant les textes du traité de l'OHADA et les premiers Actes uniformes en 1999. C'est dans les mêmes conditions qu'est parue la mise à jour de ce code en 2002. Par ailleurs, plusieurs ouvrages et publications ont assuré la promotion de ce nouveau droit parmi lesquels il faut citer en particulier un manuel universitaire en huit tomes cofinancé principalement par la France et l'agence universitaire de la francophonie et un premier ouvrage en anglais, cofinancé par la France et le Royaume – Unis.

La France a également financé la première année des greffiers et des acteurs non judiciaires ainsi que la constitution du fond documentaire de l'école régionale supérieure de la magistrature.

L'union européenne a, de son côté financé l'ensemble du programme de formation de cette école de 2001 à 2004.

Ensuite, l'hexagone a pris une part importante dans le lancement de cette organisation dont le succès est reconnu par tous. Une étude prospective sur l'avenir de l'OHADA réalisée à la fin de l'année 2002, préconise de soutenir particulièrement des États membres pour les aider à appliquer le nouveau droit élaboré par l'organisation. C'est dans cette optique que la France avait ouvert un poste d'assistant technique auprès de la CCJA à l'automne 2002. Il est chargé de répondre aux demandes d'expertises des États et d'aider au partage et à la capitalisation des expériences.

Cependant, la France avait quelques inquiétudes sur la pérennité de cette institution car le dispositif qui permettait de financer ces activités devrait arriver à terme et aucune solution satisfaisante ne s'était dégagée réellement pour en prendre le relais.

La France n'a pas cessé de cofinancer l'OHADA au cours de ces douze dernières années à compter de 2004. La France a fait beaucoup pour l'OHADA et continue à le faire. Elle a attribué à l'OHADA un financement de trois millions d'euros visant à accompagner le processus de révision des Actes uniformes et leur diffusion, ainsi qu'à appuyer la mise en place d'un registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) au régional via son agence de développement.

Ainsi, à titre d'exemple, la France a signé une convention de financement en subvention avec l'OHADA pour le financement du projet d'informatisation des RCCM du Cameroun et l'application du droit OHADA par les opérateurs économiques en RDC pour un montant global de 983.935500

FCFA, soit 1500.000 euros.

Comme nous l'avons souligné, l'objectif de cette subvention de 983935500 FCFA est de permettre la modernisation des registres du commerce et du crédit mobilier (RCCM) du Cameroun État pilote pour ce chantier dans l'espace OHADA et de soutenir une meilleure diffusion du droit des affaires OHADA par le secteur privé en RDC, dernier État en date à avoir adhéré à l'organisation.

Les RCCM permettent d'assurer l'immatriculation des sociétés privées et l'inscription des sûretés mobilières des économies de la zone OHADA.

Ils sont donc des sources essentielles d'information pour tous les acteurs de la vie économique.

La France s'est rangée dès l'origine aux côtés de ses partenaires africains, et nouvelle depuis son appui à ce processus ambitieux. La France a pris en charge l'ensemble des travaux préparatoires engagés dès 1993 pour aboutir à la signature du traité de Port-Louis le 17 octobre 1993 aujourd'hui ratifiée par les 17 pays de la zone franc.

En outre, des acteurs privés français comme le MEDEF et le CIAN ont soutenu le projet dans l'optique, également, de conserver, dans le droit potentiellement applicable, une nature civiliste.

Ce n'est qu'en 2005 que la Banque mondiale a commencé à apporter un appui financier à l'organisation. Puis lors de la révision du traité en 2008, la banque envoya une délégation de deux experts de la *Common Law*. Si cette collaboration a permis d'intégrer certains outils juridiques typiques du droit anglo-saxon, tel que le privilège de *new monnaie*, il n'en demeure pas moins que les juristes francophones ont réussi à garder la main sur le processus législatif.

Enfin, le soutien financier s'est amplifié lors des discussions pour l'adhésion de la République Démocratique du Congo au Traité OHADA, avec la perspective alléchante des vastes marchés qu'une telle adhésion allait apporter avec elle.

Au regard de tout ce qui vient d'être évoqué, force est de dire qu'avec toutes ces subventions financières de la France à hauteur de 40% à l'égard de l'OHADA (la contribution des Etats membres s'élève à 50%), il est normal que les Etats membres de l'organisation, manifestent leur volonté de ne pas être coupés de leurs racines juridiques de tradition romano-germanique notamment en continuant à pratiquer le mimétisme juridique.

B- La subvention de l'OHADA par la France en moyens logistiques ou matériels

Sur le plan logistique ou matériel, La France a pris en charge l'équipement informatique du secrétariat permanent et financé de 1995 à mars 2002 un poste de juriste pour soutenir le démarrage de ses activités.

L'aide directe de la France à l'OHADA est modulée en fonction des besoins de l'organisation tels

qu'ils sont exprimés par les institutions, selon le stade de développement du processus d'harmonisation. Actuellement, l'assistance technique de la France et un concours financier de 3000000 euros, offerts dans le cadre d'une convention signée avec l'OHADA en mars 2006, permettent d'appuyer diverses actions destinées à favoriser l'application effective du nouveau droit: l'informatisation de la gestion du registre du commerce et du crédit mobilier, le renforcement de la documentation, le soutien à l'évaluation de la pratique des nouvelles règles et la réflexion sur les moyens de les améliorer, la facilitation de la communication entre les différents acteurs etc.

L'informatisation de la gestion du registre du commerce et du crédit mobilier participe à des mesures d'accompagnement indispensables qui incombent aux Etats. L'expérience pilote réalisée au Benin et au Congo depuis 2006 a permis de vérifier la fiabilité du logiciel offert par la France à l'OHADA pour mettre en réseau l'ensemble des registres à l'échelle de l'organisation avec le bénéfice de toutes les commodités offertes par les nouvelles technologies de l'information et de la communication.

A la lumière de tout ce qui vient d'être dit, il sied de conclure que, si la France a aujourd'hui un pouvoir de décision sur l'OHADA, justement parce qu'elle a beaucoup fait et continue à faire pour la survie de l'organisation. D'où : « la main qui donne c'est celle qui dirige et quand on dirige, on fait la loi » pour revenir sur les propos de Napoléon.

Section 3 / L'inspiration du droit français par le législateur communautaire : source d'un climat de confiance propice au développement dans l'espace OHADA

Si le législateur communautaire s'inspire du droit français en considérant que celui-ci est source d'un climat de confiance propice au développement des affaires dans les pays membres de l'OHADA (**Paragraphe 1**), ne faudrait-il pas craindre alors que son application dans les Etats étrangers à toute tradition juridique française puisse entraîner quelques difficultés ?, sachant que l'un des objectifs de l'OHADA est d'élargir son espace à des pays autres que ceux de tradition juridique romano-germanique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La confiance donnée aux investisseurs de tout horizon par le nouveau droit des affaires en Afrique ; fruit du système français

Pour certains auteurs, le recours au droit français comme source d'inspiration des Actes uniformes, offre une garantie de sécurité juridique et judiciaire pour les transactions commerciales à travers des règles instituant en Afrique un droit prévisible pour les investisseurs étrangers (**A**) et cette sécurité juridique peut s'expliquer par la large reconnaissance du droit français au niveau international (**B**).

A- Un droit OHADA inspiré du droit français : gage de sécurité juridique et judiciaire pour les investisseurs

Pour les investisseurs étrangers qui souhaitent investir en Afrique et précisément dans l'espace OHADA, nous pensons que la notion de sécurité judiciaire et juridique est absolument fondamentale. Ces derniers veulent avoir des garanties, être rassurés avant d'investir, d'être sûrs qu'en cas de litige par exemple, ils pourront compter sur la justice communautaire ou à celle des pays membres. En renforçant la sécurité juridique et judiciaire, c'est-à-dire, tout ce qui concourt à la garantie des actions et actes des investisseurs, à la stabilité, la prévisibilité de la justice, à son indépendance et à son autorité, c'est évidemment le développement économique de la zone franc qui est soutenue. Ainsi, pour une meilleure instauration de cette sécurité judiciaire et juridique afin de rassurer ces investisseurs, les promoteurs de l'OHADA avaient pensé que la meilleure solution c'est de s'inspirer d'un droit qui est déjà connu sur la scène internationale et ce droit n'est entre autres que le droit français.

En effet, selon certains auteurs ou juristes, quoi qu'il en soit, l'Afrique ne peut se détacher totalement du mimétisme juridique parce que le contexte international et régional s'y prête à la standardisation du droit. Ainsi, le mimétisme appliqué dans une volonté de légitimation n'est pas un mal en soit. Ces auteurs estiment que la transposition du droit étranger notamment français dans le droit OHADA est le seul moyen pour le législateur communautaire de donner une certaine crédibilité aux États membres en matière des affaires notamment d'investissement sur la scène internationale et d'assurer d'un statut ou (d'un droit des affaires) sinon identique du moins quasi égal à celui des autres États particulièrement la France et des organisations internationales.

Ce mimétisme juridique est considéré comme ou source de sécurité et de quiétude, il permet aujourd'hui d'acquiescer la bienveillance de la communauté internationale, d'attiser la convoitise des bailleurs de fond ou des investisseurs étrangers et a fait à ce que certains États africains qui ne sont pas membre de l'OHADA puisse avoir un regard sur celle-ci notamment en s'inspirant à leur tour de ce nouveau droit des affaires ; tel est le cas de l'Éthiopie, Madagascar et les Comores.

Pour ces auteurs, il est évident que le fait pour le législateur communautaire de se référer du droit français pour construire son corpus législatif lui permet de redonner et continuer à redonner confiance aux investisseurs locaux et étrangers afin que ces derniers ne puissent pas investir avec toute la retenue possible ou pas du tout. Pour enraceriner leurs arguments, certains ont même pris l'exemple de la Chine qui s'est rapproché des systèmes juridiques occidentaux et aujourd'hui sans renier ses particularités, ne se distinguent plus réellement du système dont il s'inspire. Le but de la Chine étant d'attirer les investisseurs et de relever son économie, elle sait qu'elle doit pour ce faire, uniformiser son système juridique afin de le simplifier, de rassurer les investisseurs potentiels.

Le recours au droit français pour créer les Actes uniformes OHADA, offre l'avantage de disposer de

règles certaines, assurant prévisibilité et transparence juridique aux investisseurs de la zone ou de tous bords, mais aussi des règles claires, largement partagées et connues dans la pratique commerciale internationale, de nature à restaurer la confiance des opérateurs économiques désireux de développer leurs affaires en Afrique.

B- La sécurité juridique garantie par une large reconnaissance ou notoriété du droit français au niveau international

Le choix du modèle français présente plusieurs avantages car les pays membres de l'OHADA se dotent (ou se sont vu doter) d'un droit inspiré de règles déjà reconnues et appréciées sur le plan international, de nature à rassurer et à attirer les investisseurs de tous bords.

Le droit français constitue une codification de qualité déjà largement connue sur le plan international et en plus, il est incontestablement considéré depuis la fin du XVII^e siècle comme un modèle dont se sont inspirés de nombreux États dans le monde.²⁰¹ Le code civil français par exemple a connu un rayonnement sans pareil au monde ; il a été exporté dans quasiment tous les continents, et adopté par un nombre impressionnant des pays. Il est probablement l'œuvre la plus importante de Napoléon. Il s'agit là d'un véritable héritage de la révolution française puisqu'on avait voulu codifier les lois civiles depuis les siècles, on avait tenté de le faire pendant la révolution, puis grâce au premier consul (Napoléon), grâce au fait qu'il a appuyé les rédacteurs du code civil, qu'on est parvenu assez rapidement entre 1802 et 1804 à un résultat qui a donné ce que l'on appelait le code civil des français qui est devenu plus tard le code Napoléon. Composé de trois livres consacrés aux personnes, aux biens et à la propriété, le code civil devient la source principale du droit civil français. Il a eu un immense succès dès sa création puisque Napoléon a décidé qu'il serait appliqué dans tous les départements réunis, c'est-à-dire les départements annexés. Il a été aussi exporté chez les napoléonides par exemple au royaume de Naples, et a été adopté de façon libre par de nombreux souverains allemands qui voyaient l'occasion pour eux de lutter contre tout ce qui empêchait leur pouvoir de se développer librement. Ainsi, selon Jean Jacques Germain Pelet-CLOZEAU « ces Etats sont tellement imprégnés de ses codes, de son influence, et même de ses courtes apparitions ; leurs armées tellement remplies de son esprit et des communs triomphes, que les institutions momentanées ont survécu à leur protecteur. Les bons peuples allemands ne pourront méconnaître qu'ils doivent ces bienfaits à Napoléon, législateurs et fondateur, bien plus que conquérant ».

201

Parmi les nombreux ouvrages qui tracent l'influence du droit français dans le monde. Notamment : la circulation du modèle français, travaux de l'association Henri Capitant, t, XLIV. Journées Franco-italiennes litec.1994. V. également : l'influence internationale du droit français étude adoptée par l'assemblée général du conseil d'Etats le 19 juin 2001.la documentation française, 2001.

Aujourd'hui en France, la moitié des articles du code civil actuellement en vigueur sont les articles qui ont été rédigés entre 1802 et 1804. Le code est encore en vigueur en France évidemment, mais aussi en Belgique en Allemagne, dans certaines contrées d'Italie du nord, en Espagne, aux Pays Bas, en Roumanie, en Pologne ou encore en Suisse.

Il a également inspiré à des degrés divers des réformes législatives en matière du droit des affaires et autres dans plusieurs pays d'Afrique, d'Amérique du sud, d'Amérique du nord et d'Asie.

En premier lieu, en Amérique du nord, hormis les Antilles française qui font parties du territoire français, et sont de ce fait hors du champ de l'« international », le code civil français a été dans cette région notamment exporté dans les Caraïbes (en Haïti, en République dominicaine et à Saint Lucie) ;

mais également dans l'Etat de Louisiane²⁰² (Etats-Unis) ainsi que dans la province de Québec²⁰³ (Canada) ; tandis qu'en Amérique latine²⁰⁴, il a été pratiquement reproduit en Argentine²⁰⁵, en Bolivie²⁰⁶, au Chili²⁰⁷, au Pérou, en Uruguay ou encore au Venezuela etc.

En deuxième lieu, c'est en Asie, où il a été introduit au moyen Orient, notamment en Irak, au Liban ou encore en Turquie et en Extrême-Orient, il avait atteint le Japon²⁰⁸.

202

Les codes civils de la Louisiane de 1808, 1825 et 1870 a pris le code civil français comme modèle. L'influence espagnole fut très faible.

203

Le code civil du bas Canada de 1866 peut d'autant mieux « suivre en grande partie le code Napoléon » que le droit français est de longue date largement reçu au Québec.

Naturellement, qu'il s'agisse du Québec ou de la Louisiane, la référence au code civil français n'est pas seulement le signe de l'appartenance à une même culture, elle est aussi à un moment où le code civil français brille de tout son éclat, le moyen pour ces Etats de donner à leurs propres codes l'autorité qui leur permettra de résister à la Common Law ; elle est le moyen de conforter une revendication identitaire (la menace de voir la Common Law emporter le droit civil).

204

D'autres exemples, nombreux d'une diffusion de cet ordre sont donnés par l'Amérique latine. Lorsqu'elles eurent conquis leur indépendance de l'Espagne, les jeunes Nations de cette Amérique entreprirent de se doter d'un droit civil correspondant aux idées de démocratie, de liberté et d'égalité aux noms desquelles elles avaient revendiqué et obtenue la souveraineté. Aussi, se détournant naturellement de l'ancienne puissance coloniale, beaucoup se tournèrent vers le code civil français.

205

L'Argentine avec le code Vélez de 1869, pari ailleurs inspirer du code civil Chilien, et que devait adopter le Paraguay en 1889.

206

La Bolivie se dote, en 1831, d'un code qui est une simple traduction du code français.

207

D'autres pays comme le Chili adoptent un code civil, où l'influence du code civil français est sensible, à des degrés divers. Notamment le code Bellot de 1855, qui devait lui-même inspirer les codes de la Colombie et de l'Equateur respectivement entrés en vigueur en 1887 et 1861.

208

Le code civil fut le seul code qui put véritablement servir de modèle à ceux qui avaient décidé de codifier. Ainsi, lorsqu'à la fin du XIX^e siècle on s'interrogeait sur les raisons pour lesquelles le Japon, à l'aube de l'ère Meiji, se tournait vers la France pour moderniser son droit, voici ce que répondait BOISSONADE : « pourquoi veut-on établir les lois japonaises de l'avenir à l'exemple des lois françaises ? Voici pourquoi : en Angleterre, il y'a sans doute des lois, mais elles ont été rédigées il y'a 500 ou 600 ans. Aucun code complet n'a été établi récemment. Les Etats Unis qui sont un Etat jeune, ne possèdent pas non plus de codes complets parce que les lois y varient selon les Etats membres. C'est ainsi que seule, la France possède des codes complets qui ont été rédigés il y'a 80 ans.

En dernier lieu, ce code a été exporté en Afrique, entre autres, en Afrique du nord, précisément en Algérie, en Egypte, au Maroc et en Tunisie ; puis en Afrique subsaharienne, notamment dans les anciens pays de l'Afrique occidentale française (AOF), à savoir : le Bénin, le Burkina-Faso , la Côte-d'Ivoire , la Guinée, le mali, la Mauritanie, le Niger ainsi que le Sénégal, ou encore en Afrique équatorial française (AEF), constitués du Congo Brazzaville , du Gabon, de la république Centrafricaine et du Tchad dont pratiquement tous sont membres de l'OHADA. A ces deux regroupements, il faut ajouter les pays sous mandat français, en l'occurrence, le Cameroun et le Togo. Outre pays sous domination française, il y'a ceux de la région des grands lacs qui sont exclusivement constitué des ex-colonies de la Belgique, à savoir : le Burundi, la R.D Congo et le Rwanda.

Enfin, la dernière région africaine où le code civil français a été exporté, c'est l'Afrique australe, où il était utilisé aux Comores, à l'Ile Maurice qui est même le lieu de naissance du traité OHADA, au Madagascar ou encore aux Seychelles, etc.

A Saint - Hélène, Napoléon a dit que : « le code civil serait l'œuvre qui marquerait sa place dans l'histoire et qui lui survivrait le plus longtemps ».Effectivement, nous pouvons dire qu'il n'a pas eu tort.

La doctrine a voulu donner des explications à cette fascination planétaire dont a été l'objet le code civil français. David affirmait en effet que « ce fut son unicité que le code civil français dut sa diffusion. On veut dire par là-précisait –il-que longtemps, il fut le seul code qui put véritablement servir de modèle à ceux qui avaient décidé de codifier ²⁰⁹ » .

Tandis que pour les professeurs allemands Konrad Zweigert et Heinz Kotz, la raison de ce rayonnement mondial est consécutive au fait que « le code civil français est (le code) le plus important du point de vue intellectuel, et du point de vue historique le plus fécond. ²¹⁰ Au reste, le professeur T.Revet soutient que « le rayonnement, du code civil (français) s'explique également et même largement, par le fait qu'il a constitué un grand code. La codification réalise une synthèse réussie entre des idéologies, des traditions, des sources et même des cultures différentes. Elle le fait dans une organisation cohérente, dans une langue souvent remarquable, et parvenant fréquemment au juste équilibre entre l'exigence de généralité et la nécessité de précision nécessaire à la performance normative ²¹¹ » .

Lors du colloque que l'Association Henri Capitan et la Société de la législation comparée organisèrent

209

Cité par M. GRIMALDI, dans « l'exportation du code civil », op.cit. p.84-85.

210

Cités et dont les propos sont traduits par M. Grimaldi, loc. citp.81.

211

T. REVET, « Le code civil comme modèle (synthèse) », in Code civil et modèle (...), op.cit., p.596.

en 1950 sur l'influence du code civil dans le monde , un professeur allemand, Gustave Boehlmer, déclare : « Dans la série des codifications entreprises depuis le milieu du XVIIIe siècle dans les pays les plus importants d'Europe centrale et occidentale, c'est sans doute la codification napoléonienne du début de XIXe siècle qui, en raison de son importance idéologique et de ses effets historiques, occupe le premier rang ».

Le système juridique français est à cet effet, considéré comme un système juridique cohérent, moderne et intelligible dont les qualités sont aisément reproductibles. Cette démarche, autrement dit le mimétisme juridique présente beaucoup d'avantages, notamment le bénéfice de l'expérience acquise dans un pays dont le droit est très avancé comme la France. Toutefois, ce mimétisme juridique sur le droit français présente également quelques inconvénients eu égard des objectifs poursuivis par l'OHADA, notamment, ceux relatifs à son extension géographique, c'est-à-dire, son élargissement à des pays autres que ceux de tradition juridique romano-germanique et notamment les pays de la Common Law.

Paragraphe 2 / Le choix du droit français comme principale source d'inspiration du droit OHADA : un obstacle majeur à la politique d'élargissement du droit communautaire à des pays anglophones

Comme nous le savons très bien, au nombre des objectifs que poursuit l'OHADA, figure en bonne place, celui relatif à son élargissement non seulement à d'autres pays francophones, mais également (et surtout) aux pays soumis au système de la Common Law.

En effet, si d'une part les pays anglophones économiquement puissants comme l'Afrique du sud, le Nigeria, ou encore le Ghana n'arrivent pas à engager un processus de rapprochement de leur droit interne de celui de l'OHADA (A) et d'autre part, le droit de l'OHADA n'est pas à cent pour cent le bienvenu dans la partie anglophone du Cameroun pays déjà membre de l'OHADA (B), c'est justement parce que le droit communautaire est étroitement lié au système romano-germanique qui jusqu'à présent , a fourni l'essentiel de l'inspiration des Actes uniformes OHADA, comme nous l'avons démontré dans notre premier chapitre.

A- La non-adhésion des pays anglophones au traité OHADA justifiée par la forte présence du système civiliste dans le corpus législatif OHADA

Depuis sa création, l'OHADA a toujours été présentée ou considérée par certains juristes anglophones comme une organisation des anciennes colonies françaises ou comme un prolongement de la francophonie bien qu'on y trouve aussi des pays lusophone (Guinée Bissau), hispanophone (Guinée

Equatoriale) et Bilingue (Cameroun à la fois francophone et anglophone).

Quelques pays de l'Afrique anglophone se montrent très attentifs au système OHADA. Il s'agit de notamment du Nigeria, du Ghana du Liberia etc. Dommage que plusieurs voix semblent s'élever sur les difficultés liées au système juridique à base duquel le législateur OHADA édicte des normes. Il faut noter que ces difficultés sont majeures et préjudiciables à une éventuelle adhésion des pays ci-dessus cités au traité OHADA.

La décision d'un gouvernement d'adopter ou non un nouveau droit dépendra des réalités politiques, économiques et surtout juridiques.

En effet, sur le plan politique ou juridico-politique, on peut facilement assister à une éventuelle adhésion de ces pays anglo-saxons car l'alinéa 1er de l'article 53 du traité OHADA dispose en effet que « *le présent traité est dès son entrée en vigueur, ouvert à l'adhésion de tout Etat membre de l'Union africaine. Il est également ouvert à l'adhésion de tout autre Etat non-membre de l'Union africaine invité à y adhérer du commun accord de tous les Etats parties* ». A la lumière de cet alinéa, il paraît clairement qu'en étant membres de l'Union africaine depuis 1963, le Nigeria, le Ghana et le

Liberia voire même l'Afrique du Sud²¹² par rapport à cet aspect politique, sont en principe les bienvenus à l'adhésion au traité OHADA. En clair, le texte institutionnel laisse la porte ouverte à toute adhésion au traité OHADA.

Sur le plan économique, il n'est plus un secret pour personne que l'efficacité économique dépend largement du cadre légal qui l'encadre. Ainsi, l'espace OHADA constitue un partenaire privilégié d'une bonne partie de pays africains soumis à la Common Law comme ceux que nous venons de citer. Dans une dynamique Sud – Sud, nombreuses sont les entreprises de ces pays, qui sont implantées dans l'espace OHADA ou vice versa. Ainsi, une adhésion de ces pays au traité permettra au pays de l'espace OHADA ou à ces pays, d'alléger la tâche à leurs entreprises dont la place est non négligeable dans l'économie des deux camps.

En effet, le véritable problème concernant l'adhésion au traité OHADA par ces pays se pose sur le plan juridique car le cadre législatif de ces derniers souffre d'une véritable incompatibilité avec le droit communautaire par rapport aux systèmes juridiques qui gouvernent ou qui inspirent ces deux droits. Le droit de l'OHADA s'inspire principalement du droit français ou du système civiliste dont la source se trouve dans les codes, alors que le droit de ces pays découle du système juridique Common Law dont les règles sont principalement promulguées par les tribunaux à mesure des décisions individuelles. Par conséquent, du point de vue technique, il y'a un obstacle majeur découlant de cette divergence des deux systèmes juridiques qui peut entraver l'adhésion de ces pays

212

Membre de l'Union africaine depuis 1994.

anglo-saxon. L'état de lieu du point de vue juridique montre à suffisance que ce qui freine les Etats soumis à la Common Law d'adhérer au traité OHADA, c'est le fait que le législateur communautaire se soit principalement inspiré du droit français.

En partant du constat que l'OHADA ne recouvre, en tout cas pas pour l'instant toute l'Afrique (en recouvrant principalement que les anciennes colonies françaises) et que les pays anglo-saxons, les plus économiquement puissants comme le Nigeria, l'Afrique du Sud, le Ghana, le Rwanda ou encore le Kenya, ne sont pas encore membres de ladite institution, la question de la capacité de l'OHADA à soutenir le développement en Afrique se pose par conséquent. Ainsi, pour assurer de meilleurs lendemains au développement des pays africains, L'OHADA doit pouvoir attirer le plus possible non seulement les pays francophones qui ne sont pas encore membres de l'organisation comme les pays du Sahara (Maroc, Algérie, Tunisie ...) mais également et surtout les pays soumis à la Common Law que nous avons cités ci-dessus car ils seront les véritables catalyseurs de l'ouverture de l'espace OHADA au reste de l'Afrique, en les incitant, les convaincant du bien fondé et de leur intérêt à adhérer une telle organisation. Pour ce faire, l'OHADA doit revoir sa politique d'édition ou d'élaboration des Actes uniformes, en conciliant ou en combinant à « **part égale** », à la fois des règles du système civiliste et celles du système de Common Law afin de ne plus faire du droit français ou du Civil Law, la principale source d'inspiration du droit OHADA, mais l'une parmi d'autres, car du point de vue de son efficacité ou de son influence, le système juridique français n'est plus aussi efficace comme il l'était dans l'ancien temps. Le rapport de la Banque Mondiale **(1)** et celui du Conseil d'Etat français **(2)** nous l'ont suffisamment démontré.

1°) Le rapport de la Banque Mondiale

En effet, concernant la Banque Mondiale, celle-ci a fait sien, le programme initié par l'équipe Harvard. Elle publie régulièrement ses évaluations des systèmes juridiques dans le cadre de son rapport Doing Business. A partir des données statistiques portant sur l'environnement juridique de l'entreprise, le rapport établit depuis 2004 un classement des pays selon les mérites économiques de leur système juridique.

Ce rapport de la Banque Mondiale fait clairement ressortir la supériorité des pays de Common Law sur ceux de Civil Law. Dans ce rapport, il était dit que la Common Law avait pour le succès des affaires, une supériorité incontestable et que le Civil Law ne pouvait pas rivaliser avec car celui-ci semble souffrir de nombreuses faiblesses dans son face à face avec le système du droit anglo-saxon. Le message donné aux producteurs de normes juridiques aux quatre points de la planète semble donc clair : les règles de Common Law seraient mieux adaptées aux besoins des entreprises et des marchés. Ainsi, à l'occasion d'un colloque organisé à Washington, un professeur de l'université Newyorkaise Columbia avait souligné à haute et intelligible voix ceci : « Common Law is good, Civil Law is bad ».

A partir de là, les français se sont senti bien méprisés et la France a été classée 44eme derriere la Jamaïque.

Aux yeux des auteurs du rapport, cette supériorité de la Common Law, tiendrait au fait que le juge fait le droit, il n'a pas de règles préétablies à appliquer, il ressent lui-même où est le juste dans l'affaire qu'on lui soumet, et il peut prendre la solution la plus adéquate aux circonstances.

Cette étude de la Banque Mondiale met en avant, la capacité d'adaptation des systèmes juridiques. Les traditions juridiques qui seraient capables d'évoluer rapidement pour réduire l'écart entre les besoins de l'économie et les capacités du système juridique contribueraient favorablement au développement économique. De ce point de vue, la Common Law de nature fondamentalement dynamique, serait bien adaptée aux changements économiques. Comme elle ne relève pas d'un raisonnement purement logique, les juges peuvent apporter leur pierre à l'édifice du droit lors de chaque décision en s'inspirant de l'expérience passée.

En revanche, le code civil, né avec l'objectif de créer un système parfait et immuable, serait de nature plus statique. Les auteurs du rapport relevaient que le Civil Law est préfabriqué, il a été créé en 1804, et ce droit ne peut pas coller aux circonstances de l'espèce, il ne peut pas être efficace, il ne peut pas être productif, compétitif, parce que le juge enserré dans les articles du code va être obligé d'être la bouche de la loi et par conséquent, il ne pourra pas donner une bonne solution. Compte tenu de la prééminence du législatif, un système de droit codifié serait donc plus long à modifier face à la nouveauté.

Pour revenir à l'OHADA, et au regard de ce qui précède, en 2005 au barreau de Paris, la Banque Mondiale critiquait la constitution de l'organisation en disant qu'elle ne servait à rien puisqu'on n'a jamais vu depuis qu'elle existe, les pays qui l'appliquent faire un boom économique par rapport aux pays qui appliquent la Common Law. Ainsi, le Rwanda par exemple est un pays en pleine croissance, 7% par an en moyenne depuis 14 ans, c'est énorme et nous pouvons même parler de miracle rwandais puisque en plus de 23 ans et surtout après le génocide de 1994, il est devenu une puissance économique majeure du continent africain. Un miracle économique qui repose à notre avis, en grande partie, par l'application de la Common Law si nous devons suivre les propos de la Banque Mondiale. Enfin, ce qui nous autorise à soutenir que le législateur OHADA ne doit pas continuer à s'inspirer principalement du droit français ou du Civil Law peut s'expliquer également du fait de l'influence internationale du droit français qui n'a plus sa raison d'être au regard de la place de considération qu'occupe actuellement la Common Law face à la mondialisation.

2°) Le rapport du Conseil d'Etat sur l'influence internationale du droit français

Le droit français a longtemps rayonné au-delà de ses frontières, il a servi de référence à de nombreux

législateurs étrangers, apporté sa contribution à la création d'un ordre juridique international, formé des générations d'étudiants et d'enseignants du monde entier à une méthode de raisonnement et une culture juridique propre à la France. Mais, en ce début de 3ème millénaire comme l'avait reconnu le Conseil d'Etat dans une étude dédiée à l'influence internationale du droit français²¹³, la France n'est plus, en matière juridique, la figure de proue qui fut longtemps reconnu : sa position n'est plus acquise, sa place sur le marché du droit doit être conquise ou reconquise. C'est d'ailleurs le sens de la lettre de mission du premier ministre français Lionel Jospin rédigée en 2000 en vue de l'étude demandée au Conseil d'Etat : « il me semble donc que le CE pourrait utilement se pencher sur la question de l'influence internationale du droit français et sur les moyens de la renforcer ».

A la lumière de ce qui vient d'être dit, il paraît possible de conclure que le législateur communautaire ne doit plus faire du droit français sa principale source d'inspiration car au regard du rapport de la Banque Mondiale et celui du Conseil d'Etat, le droit français n'est plus ou pas compétitif, efficace face à la Common Law et par conséquent le législateur OHADA ne doit pas principalement s'en servir de référence s'il veut bien que les pays anglo-saxon adhèrent au traité.

De même, pour une meilleure perception des Actes Uniformes OHADA dans la partie anglophone du Cameroun (déjà membre de l'OHADA), le législateur OHADA ne doit pas continuer à prendre principalement pour référence le droit français comme source d'inspiration car c'est une énorme erreur de sa part voire même une source de conflit au sein d'un pays bilingue comme le Cameroun. Ainsi, comment l'OHADA a-t-elle été perçue dans les provinces anglophones du Cameroun ?

B- La perception de l'OHADA dans les provinces anglophones du Cameroun

L'adoption d'une nouvelle législation dans les provinces anglophones du Cameroun pose de nombreux problèmes dont l'acceptation par les praticiens ou les usagers. L'entrée en vigueur du traité et des Actes uniformes OHADA n'y a pas fait exception.

L'OHADA a introduit de profonds changements dans le droit privé des États parties, en particulier au Cameroun qui avant l'OHADA connaissait la coexistence de la Common Law et du droit civil.

La réaction a été plus vive dans les provinces anglophones du Cameroun où l'OHADA a été perçue comme un instrument destiné à ébranler les fondements de la Common Law. D'une façon générale, l'OHADA a été reçue avec beaucoup de soupçons. Selon un auteur : « c'est avec beaucoup de réserves et de soupçons que les juridictions de Common Law ont accueilli le traité et les Actes uniformes. La façon tyrannique dont le texte leur a été imposé, le fait que le français soit la seule langue de travail OHADA (avant 2008) et le fait pour le Cameroun d'avoir participé aux travaux

213

Conseil d'Etat 09/2001 : La documentation française / Les études du Conseil d'Etat.

préliminaires à l'adoption des textes de l'OHADA en tant que nation francophone, sont autant de raisons justifiant cette réticence ».

Certains considéraient le traité comme anticonstitutionnel. Les partisans de cette théorie postulaient que l'article 42 du traité initial, qui prévoyait le français comme seule langue de travail de l'OHADA, viole l'article 1 al3 de la constitution camerounaise de 1996 modifiée et complétée par la loi n°2008/001 du 14 avril 2008 qui dispose : « La République du Cameroun adopte l'anglais et le français comme langues officielles d'égale valeur. Elle garantit la promotion du bilinguisme sur toute l'étendue du territoire. Elle œuvre pour la protection et la promotion des langues nationales ».

Un autre auteur déclara que l'OHADA est « le bébé indésirable qui a été jeté sur les genoux de la Common Law ». Il continua en disant : « l'empiètement du droit Civil sur le terrain de la Common Law n'a été aussi flagrant nulle part ailleurs que dans l'OHADA ».

Pour toutes ces raisons, l'OHADA continue à traverser depuis l'adhésion au traité par le Cameroun, une zone de turbulences dans les provinces anglophones de ce pays.

Depuis 1972, il y'a eu une espèce d'empiètement progressif, inexplicable, illégal et illégitime de la Common Law, le droit anglo-saxons comme nous l'avons dit plus haut. Les autorités camerounaises semble-t-il, avaient commencé à remplacer le code civil anglo-saxon par le code civil français comme si la partie anglophone était assujettie à celui-ci. Depuis les années, les juristes de la partie anglophone du Cameroun ne s'arrêtaient pas à se plaindre de cette situation. Pour ces derniers, il n'est pas normal pour les autorités, de prendre de décisions sans consulter d'autres composantes du pays (la partie anglophone) car celui-ci leur appartient au même titre que la partie francophone. Ils avaient même organisé des conférences pour témoigner leur attachement à la Common Law et saisi les instances compétentes, bien qu'ils aient été ignorés. En 2016, les avocats anglophones du Cameroun étaient en grève par ce qu'ils estimaient que l'Etat Camerounais veut leur imposer le droit civil en vigueur dans les régions francophones du Cameroun, à la place du code civil anglo-saxon, que les deux régions

anglophones ont hérité de la colonisation²¹⁴. Ils ont même adressé une pétition à la cour suprême, qui tient lieu de cour constitutionnelle pour que ce problème soit jugé. Ils avaient souligné que s'ils n'avaient pas satisfaction, ils allaient passer à un niveau supérieur. Ils allaient faire un recours aux juridictions internationales comme la commission africaine des droits de l'homme ou recourir à la communauté internationale car celle-ci ne peut pas rester les bras croisés et permettre qu'ils soient brutalisés dans leur pays, comme avait souligné maître HARMONY BOBGA.

Pour revenir à l'OHADA, ces avocats de la partie anglophone du Cameroun refusaient non seulement l'application du code civil francophone dans les juridictions des régions du Sud –Ouest et du Nord-

214

« Nous avons grandi dans le système juridique du Common Law. Aujourd'hui, nous constatons qu'on veut nous imposer le droit civil francophone », soutient Me B.ENOW.

Ouest qui sont anglophones, ils protestaient également contre l'inexistence dans leur pays, d'une version anglaise des Actes uniformes ²¹⁵ qui finalement était devenue disponible et remise par le garde des sceaux, ministre de la justice camerounais au Bâtonnier de l'ordre des avocats du Cameroun, le 29 novembre 2016.

Au regard de ce qui précède, il nous paraît important de rappeler que, le Cameroun a deux propriétaires. Il a un propriétaire anglophone et un propriétaire francophone. En effet, nous pensons que la manière francophone de faire ne devrait pas être la manière camerounaise de faire. La manière camerounaise de faire à notre avis, est cette manière-là qui intègre les deux manières de faire. C'est à dire la manière francophone et la manière anglophone car, à chaque fois qu'une décision est prise, si elle n'intègre pas ces deux visions, celle-ci se livrera ou s'ouvrira forcément à des critiques. C'est pour cela que dans le cadre de l'élaboration des normes tant en droit camerounais qu'en droit communautaire OHADA, les deux législateurs doivent prendre en compte cette réalité nationale.

Il est vrai que dans le cadre de l'élaboration de Actes uniformes, le législateur OHADA a considérablement voir même principalement pris pour référence le droit français comme source d'inspiration. Toutefois, il est important de reconnaître que le droit français n'est pas le seul droit à avoir inspiré le législateur communautaire. Ce dernier a également fait recours à d'autres sources d'inspiration que nous allons étudier dans le second titre de la première partie de notre travail.

215

Pour ces avocats, la partie anglophone a été ignorée. Ces derniers disaient même que c'était une violation de leur droit. Pour ceux-ci, le minimum aurait été de traduire les actes uniformes en anglais. Ils avaient même souligné que tout cela prouvait de dysfonctionnement du ministère de la justice camerounaise.

TITRE II :

LA PART DES AUTRES SOURCES D'INSPIRATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Si le droit OHADA s'est inspiré aussi des règles de droit international (**Chapitre I**) et celles de la Common Law, l'inspiration africaine des textes (Actes uniformes) adoptés jusqu'à présent n'est pas non plus à écarter (**Chapitre II**).

CHAPITRE I :

L'INSPIRATION DU LEGISLATEUR OHADA DES NORMES INTERNATIONALES

Il ne fait pas de doute que le droit international est bien présent dans le nouveau droit communautaire des affaires. Il a été pris en compte à des degrés divers aussi bien dans les Actes uniformes déjà adoptés, que dans les Actes uniformes en cours d'adoption²¹⁶. Les rédacteurs de ces différents textes se sont inspirés des textes internationaux majeurs tels que la convention de Vienne de 1980 sur la vente de marchandises²¹⁷ dont on retrouve les traces dans les règles relatives à la vente commerciale OHADA organisée par l'AUDCG, les règles de la CCI, les textes de la CNUDCI présent en matière d'arbitrage ou de procédures collectives ou encore la convention relative au transport international de marchandises par route²¹⁸ (CMR) qui a inspiré l'un des derniers Actes adoptés, à savoir l'Acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par route. Sans qu'ils aient au sens strict valeur de convention internationale, les principes d'UNIDORIT ne sont pas absents non plus. S'ils ont surtout influencé l'avant-projet d'Acte uniforme sur les contrats, on les retrouve également en matière des sûretés. Ainsi, au regard de notre thème qui fait l'objet de ce présent travail, il est nécessaire de savoir s'il y'a (ou si l'on peut parler du) mimétisme juridique du simple fait de la présence du droit international dans le droit communautaire, autrement dit, lorsque le législateur OHADA s'inspire du droit international ?

A cette question, nous répondons par la négative car le mimétisme juridique comme nous l'avons souligné dans notre propos introductif est considéré comme l'importation des règles juridiques d'un pays vers un autre. Autrement dit, le mimétisme juridique c'est imiter le droit d'un autre pays (on ne mime pas ce à quoi on appartient). Ainsi, si c'est le droit international qui a été intégré dans le droit

²¹⁶

G.KENFACK DOUANJI. *L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA*, penant, n°851, Avril-juin 2005.

²¹⁷

J.GHESTIN, *Traité des contrats. La vente internationale de marchandises par V.HEUZE*. LGDJ, 2000, p. 74 et Sv. Tout en reconnaissant que le droit OHADA s'inspire de la convention, l'auteur a un regard très critique sur la manière dont les auteurs de l'Acte Uniforme ont repris ce texte important qui, selon lui, conduit à des difficultés de compréhension de l'Acte uniforme et à des problèmes de cohérence.

²¹⁸

Pour les commentaires de cet Acte uniforme, voir D.SOSSA, *OHADA Traité et Actes Uniformes commentés et annotés*, Juriscope, Bruylant, 3^{em} éd., 2008, p.1041 et suivantes. Voir aussi Bokalli (V.E.) D.SOSSA, *le droit des transports*, collection Bruylant, Bruxelles, 2007.

communautaire OHADA parce que certains pays membres de l'organisation sont liés par les conventions internationales et qu'on prend ces conventions, on les intègre dans le corpus législatif OHADA, à notre avis, il n'y a pas mimétisme mais plutôt de l'application car le droit international n'a pas de nationalité d'un pays encore plus de spécificités culturelles quelconques.

Le recours au droit international offre l'avantage de disposer de règles certaines, assurant prévisibilité et transparence juridiques aux investisseurs de la région, mais aussi des règles claires, largement partagées et connues dans la pratique commerciale internationale de nature à restaurer la confiance des opérateurs économiques désireux de développer leurs affaires en Afrique et plus précisément dans l'espace OHADA.

Le droit international ne relève ni du Civil Law ni de la Common Law. En s'inspirant des règles et principes du droit international, les Actes uniformes OHADA pourraient ainsi surmonter, dans les pays de l'OHADA les frontières juridiques issues de la colonisation, ce qui permettrait d'asseoir une certaine universalité. En ce sens, l'Afrique pourrait non seulement constituer un modèle dont pourraient s'inspirer d'autres expériences d'harmonisation juridique, on assistera également à une limitation du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA qui s'articule principalement autour du droit français.

Cette observation est particulièrement d'actualité quand on connaît l'intérêt que certains Etats africains qui ne participent ou n'appartiennent pas à la tradition juridique française manifestent à l'endroit de l'OHADA. On pense en particulier, à des Etats anglophones ressortissant à la famille juridique de la Common Law, pour ne pas revenir sur ce que nous avons déjà évoqué dans le dernier chapitre de la première partie de notre travail.

En même temps, faudrait –il rappeler que les objectifs des rédacteurs de certains textes internationaux comme ceux que nous avons cités ci-dessus (CNUDCI et principes d'UNIDROIT) consistaient de faire de ces derniers des lois modèles ou lois types adaptables dans n'importe quel système juridique. Une loi type (est un texte législatif) qui est recommandé aux Etats d'incorporer dans leur droit national ou organisations régionales. Une loi type est un bon moyen de moderniser est d'harmoniser les lois nationales ou régionales lorsqu'on prévoit que des Etats voudront ou devront adapter le texte type à des conditions locales variant d'un système à l'autre.

C'est dans cette optique que les principales dispositions de la Convention de Vienne méritaient par leur énoncé et la construction juridique qu'elles imposent, d'inspirer les Actes uniforme OHADA. C'est pour cette raison qu'il est tout de même important bien qu'il n'y ait pas mimétisme, de mettre quand même l'accent sur l'apport du droit international dans le droit OHADA car le législateur communautaire n'a pas hésité dans le cadre de l'édiction des Actes uniformes, de s'inspirer de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale des marchandises dont on trouve les traces importantes dans les règles relatives à la vente commerciale OHADA organisée par les Actes

uniformes relatif au droit commercial général ; d'intégrer les règles de la convention relative au transport international de marchandises par route de (CMR) qui a inspiré l'Acte uniforme relatif au droit de transport de marchandises par route (**Section 1**) de s'inspirer également des principes d'UNIDROIT qu'on retrouve non seulement en matière de suretés , mais également dans l'avant-projet de l'Acte uniforme relatif au droit des contrats, et enfin des textes de la commission des Nations-Unis pour le droit du commerce international (CNUDCI) présents dans les Actes uniformes de l'OHADA relatifs à l'arbitrage et aux procédures collectives d'apurement du passif (**Section 2**).

Section 1 : L'inspiration du législateur OHADA des principes UNIDROIT et des règles de la convention relative au transport international de marchandises par route

Avant de mettre l'accent sur l'inspiration du législateur OHADA des règles de la convention relative au transport international de marchandises par route (**Paragraphe1**), il conviendra d'abord d'examiner l'inspiration du législateur communautaire des principes UNIDROIT (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les principes UNIDROIT / référence de l'avant –projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats

L'institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) doit sa renommée à l'élaboration des principes relatifs au contrat du commerce international qui se propose comme un véritable « restatement » international et destinés à être utilisés dans le monde entier quelle que soient les traditions juridiques et les conditions économiques et politiques des pays dans lesquels elles doivent s'appliquer. C'est dans cette optique que les rédacteurs de l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats ont, dans un souci de modernisation et d'adaptation avérée à la pratique contractuelle et arbitrale internationale, de s'inspirer de ces principes afin d'assurer une bonne stabilité des transactions commerciales dans l'espace OHADA.

En effet, l'un des rédacteurs voir même le principal rédacteur²¹⁹ de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats a tenté d'expliquer ou de justifier son choix des PU comme modèle pour élaborer les règles qui sont destinées à harmoniser le droit des contrats dans l'espace OHADA.

Pour le professeur Marcel Fontaine, en s'inspirant des principes UNIDROIT, le futur Acte uniforme aura pour soubassement, des textes modernes sur le plan de la technique juridique , élaborés par des juristes relevant des différents systèmes juridiques et connaissant déjà une remarquable consécration internationale. Pour le Professeur Fontaine, les principes ont déjà inspiré des réformes du droit des

219

M. FONTAINE.

contrats dans plusieurs autres pays, l'harmonisation réalisée dans le cadre de l'OHADA viendrait s'intégrer dans un mouvement d'harmonisation encore plus large. Des traductions des textes des principes sont immédiatement disponibles en de nombreuses langues, dont l'anglais, l'espagnol et le portugais, ce qui facilitera le moment venu, selon le professeur Fontaine, l'élaboration des versions linguistiques correspondantes du futur Acte uniforme.

Il ajoute que le futur Acte uniforme marquera une ouverture vers un droit plus universel dans un contexte de mondialisation sans oublier que se doter d'un droit des contrats inspiré de règles déjà reconnues et appréciées sur le plan international est de nature à rassurer et à attirer les investisseurs de tout bord.

Enfin, un tel choix ajoute-il, aura l'avantage supplémentaire de faire bénéficier d'emblée les pays de l'OHADA de la doctrine et de la jurisprudence qui se sont déjà développées autour des articles des principes UNIDROIT. De même, l'autre avantage de s'inspirer de ces principes est que ces derniers constituent une codification de qualité déjà largement connue sur le plan international comme il l'a été évoqué plus haut.

Pour ces différentes raisons, la plupart des dispositions de l'avant-projet reprennent les textes des principes d'UNIDROIT sans leur apporter de modifications.

En effet, de manière générale, lorsqu'on examine l'ensemble des dispositions de l'avant-projet sur la formation du contrat, nous constatons que celles-ci sont identiques à celles des principes UNIDROIT. La même observation est valable autant pour la validité, l'exécution que pour la fin du contrat.

En effet, concernant la formation du contrat, l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats contient deux dispositions relatives à la période des pourparlers qui précèdent la négociation du contrat.

La première exposée dans l'article 2/15, établit le principe de la liberté contractuelle qui implique la liberté de ne pas parvenir à un accord en assortissant celle-ci d'une obligation de bonne foi dans la conduite des négociations. En effet, « la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie... ». Cette disposition est une reproduction intégrale de l'article 2.1.15 des principes UNIDROIT. Les commentaires sur cette disposition des PU, apportent en outre, des précisions sur les dommages réparables.

La deuxième disposition quant à elle, contenue dans l'article 2 /16 de l'avant-projet, établit une obligation légale de confidentialité. Celle-ci implique le devoir pour « la partie qui au cours des négociations reçoit une information donnée à titre confidentiel...de ne pas divulguer, ni l'utiliser de façon indue à des fins personnelles ». Cette disposition est jumelle à l'article 2.1.16 des PU.

Selon ces deux dispositions, une partie peut avoir intérêt à ce que certaines informations données à l'autre partie ne soient pas divulguées ou utilisées à des fins autres que celles pour lesquelles elles avaient été données. Si cette partie déclare expressément que ces informations doivent être

considérées comme données à titre confidentiel, la situation est claire car en recevant l'information, l'autre partie a implicitement accepté de la considérer comme confidentielle.

On sait que ce sont les difficultés liées à la divulgation et l'exploitation des informations confidentielles livrées durant la période des négociations qui ont généré la pratique des accords de secret. Une telle consécration par la loi d'une obligation de confidentialité est donc de nature à sécuriser les parties à une négociation.

Ensuite, lors des négociations, la conclusion du contrat peut être subordonnée à un accord sur des questions spécifiques relatives au fond ou à la forme. Cette question est posée à l'article 2/13 de l'avant-projet, qui correspond exactement à l'article 2.1.13 des PU qui dispose : « lorsqu'une partie au cours des négociations, exige que la conclusion du contrat soit subordonnée à un accord sur certaines questions relatives au fond ou à la forme, le contrat n'est conclu que si les parties parviennent à un accord sur ces questions ».

En effet, concernant tout d'abord les questions de fond soulevées par ces deux articles, les commentateurs des dispositions des PU ont souligné qu'en règle générale, le contrat est conclu si les parties parviennent à un accord sur les clauses essentielles pour le type de transaction en question, alors que les éléments moins importants que les parties n'ont pas réglé peuvent ensuite être implicite en fait ou en droit.

A titre d'illustration, une entreprise A s'accorde avec une entreprise B sur toutes les clauses essentielles de leur futur contrat pour la distribution des produits de l'entreprise B. Lorsque la question se pose ultérieurement de savoir qui devrait payer les frais de la campagne publicitaire, aucune des parties ne peut invoquer l'inexistence du contrat en raison du silence du contrat sur ce point car la clause manquante n'est pas essentielle au type de transaction en question et sera implicite en fait et en droit.

Les parties peuvent cependant dans un cas donné considérer que des questions spécifiques révèlent une importance telle qu'elles n'entendent pas conclure un accord contraignant à moins que ces questions ne soient réglées de façon satisfaisante si les parties ou une seule d'entre elles expriment une telle intention, le contrat ne prend effet sans accord sur ces questions. En utilisant le mot « exigé », les articles 2/13 de l'avant-projet et 2.1.13 des PU disent clairement qu'il ne suffit pas que les parties manifestent leur intention dans ce sens « en passant », mais que cela doit être sans équivoque.

Pour donner un exemple par rapport à ce qui vient d'être dit, les faits sont les mêmes que ceux de la première illustration mais ici au cours des négociations, l'entreprise B déclare à plusieurs reprises que la question de savoir qui paie les frais de campagne publicitaire doit être réglée expressément. Malgré leur accord sur toutes les clauses essentielles du contrat, il n'existe aucun contrat entre la société A et la société B car l'entreprise B avait exigé que la conclusion du contrat soit subordonnée à un accord sur cette clause spécifique concernant les questions spécifiques de fond dégagées par ces deux

articles.

Dans la pratique commerciale, en particulier lorsqu'il s'agit de transaction d'une complexité considérable, il est très fréquent qu'après de longues négociations, les parties signent un document informel appelé accord « préliminaire », « convention », contenant les termes de l'accord obtenu à ce moment, mais qui déclare en même temps leur intention de rédiger un document formel ultérieurement (sous réserve du contrat, accord formel). Dans certains cas, les parties considèrent que leur contrat est déjà conclu et que le document formel n'est que la confirmation de l'accord déjà complet si toutefois les deux parties, ou une seule d'entre elles, disent clairement qu'elles n'ont pas l'intention d'être liées avant la rédaction du document formel, il n'y aura pas de contrat avant ce moment même si les parties ont trouvé un accord sur tous les aspects pertinents de leur transaction.

L'article 1/4 de l'avant-projet sur la force obligatoire du contrat est identique à l'article 1.3 des P.U.

L'article 1/6 de l'avant-projet sur la bonne foi quant à lui correspond nettement à l'article 1.7 des P.U.

Sur les dispositions générales, en ce qui concerne notamment les pouvoirs de représentation, l'article 2/24 de l'avant-projet sur la constitution et l'étendue du pouvoir de représentation est la copie de l'article 2.2.2 des P.U.

L'article 2/26 de l'avant-projet relatif à la non-divulgence de la représentation est pareil à l'article 2.2.4 des P.U.

L'article 2/27 de l'AP sur le représentant agissant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est également identique à l'article 2.2.5 des P.U.

Les dispositions sur la validité du contrat contenu dans l'avant-projet qui énoncent les cas d'invalidité (article 3/1 à 3/11) et qui avant de définir et de régir les nullités qui sanctionnent les cas d'invalidité (art 3/12 à 3/20), sont identiques à celle des P.U en la matière.

Au regard d'un important nombre de dispositions de l'avant-projet de l'Acte uniforme relatif au droit des contrats inspirées des Principes Unidroit, nous ne saurions prétendre établir une liste exhaustive de ces dispositions de l'avant-projet qui correspondent à celles des P.U.

Toutefois, il a été reproché à l'avant-projet de rompre avec la tradition « civiliste » présentée comme la famille dominante dans les Etats de l'OHADA. De façon plus précise, il a été reproché à l'avant-projet de consacrer des règles tout à fait étrangères au droit et aux pratiques judiciaires de l'espace OHADA : par exemple la lésion qualifiée, la révision judiciaire pour imprévision, la présomption de solidarité, la cession de dette, l'éviction du juge en cas de résolution pour inexécution essentielle, pouvoir reconnu au juge de compléter les contrats incomplets, notamment pour fixer le prix, etc.

Lorsqu'on évoque la tradition civiliste, c'est en réalité l'influence du droit français qui est fondamentalement et précisément évoquée, et nous pensons que c'est l'une des raisons parmi d'autres qui ont fait à ce que l'avant-projet reste jusqu'alors non adopté.

Paragraphe 2 / La CMR : référence de l'Acte uniforme relatif au droit de transport de marchandises par route (AUCTMR)

Dans les pays de l'Afrique de l'Ouest et du Centre, membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), la route concentre entre 60 à 90 % des déplacements de marchandises (mais aussi de personnes). Les autres moyens de transport, comme le train, l'avion ou le bateau ne sont que peu exploités à l'heure actuelle.

Largement inspiré de la Convention relative au contrat international de marchandises par route adoptée à Genève le 19 mai. 1956 (CMR), l'AUCTMR est adopté le 22 mars 2003 à Yaoundé (Cameroun). Ainsi, l'article 2b) de cet Acte uniforme définit ce contrat comme étant celui par lequel une personne physique ou morale, le transporteur, s'engage principalement et moyennant rémunération, à déplacer par route, d'un lieu à un autre et par le moyen d'un véhicule, la marchandise qui lui est remise par une personne appelée l'expéditeur.

L'AUCTMR s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route lorsque le lieu de prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour sa livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés soit sur le territoire d'un État membre de l'OHADA, soit sur le territoire de deux États différents dont l'un au moins est membre de l'OHADA, à l'exclusion des transports de marchandises dangereuses, des transports funéraires, des transports de déménagement, ou des transports effectués en vertu des conventions postales internationales.

Comme tout contrat synallagmatique, le contrat de transport routier de marchandises suppose la rencontre de plusieurs volontés. Ce principe est rappelé à l'article 3 de l'Acte uniforme en ces termes : « Le contrat de transport de marchandises existe dès lors que le donneur d'ordre et le transporteur sont d'accord pour le déplacement d'une marchandise moyennant un prix convenu ».

En effet, concernant le champ d'application de l'AUCTMR, il est prévu le cas des transports successifs et superposés en plus des contrats classiques. Le transport successif est le transport dans lequel plusieurs transporteurs se succèdent pour exécuter un unique contrat de transport par route. Quant au transport superposé, c'est le contrat dans lequel, en vue de l'exécution d'un unique contrat de transport routier, un véhicule routier contenant des marchandises est transporté, sans rupture de charge, sur ou dans un véhicule non routier sur une partie du parcours.

Comme nous l'avons évoqué plus haut, la parenté entre l'article 1^{er} de l'Acte uniforme et l'article 1^{er} de la CMR est particulièrement nette en dehors de quelques retouches opérées par le législateur

communautaire. Ainsi, à l'instar de l'article 1 paragraphe 1^{er} de la CMR²²⁰, l'article 1^{er} alinéa 1 de l'AUCTMR dispose que « le présent Acte uniforme s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route lorsque le lieu de prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés soit sur le territoire d'un Etat membre de l'OHADA, soit sur le territoire de deux Etats différents dont l'un au moins est membre de l'OHADA ».

Tout comme la CMR, l'AUCTMR ne s'applique pas aux transports funéraires, aux transports de déménagement et aux transports effectués en vertu de conventions postales internationales.

Le contrat de transport est matérialisé par la lettre de voiture. La CMR le dit expressément en énonçant que le contrat de transport est constaté par la lettre de voiture. L'Acte uniforme tout comme la CMR définit la lettre de voiture comme l'écrit qui constate le contrat de transport. Cette lettre de voiture ayant une double fonction, elle constitue tout d'abord un reçu de la marchandise de la part du transporteur, en qu'elle contient un état détaillé de celle-ci, ensuite elle sert de preuve au contrat de transport, dès lors qu'elle comporte notamment les clauses et conditions du contrat de transport.

Ainsi, Comme la CMR, l'Acte uniforme ne prévoit aucun modèle spécifique de lettre de voiture devant être utilisé par les parties au contrat. Il appartient donc à la pratique d'établir les spécimens de lettre de voiture en respectant les prévisions de l'Acte uniforme. Cette liberté a le risque d'entraîner une flopée de titre de transport. En Europe pour éviter de parvenir à ce résultat, l'union internationale des transporteurs routiers de même que certains praticiens, ont établi des modèles de lettres de voitures CMR.

En ce qui concerne les renseignements qui doivent figurer dans la lettre de voiture, l'article 4²²¹ de l'AUCTMR a repris de façon plagiaire, les renseignements énumérés par l'article 6²²² de la CMR.

220

La présente Convention s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route à titre onéreux au moyen de véhicules, lorsque le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés dans deux pays différents dont l'un au moins est un pays contractant.

221

La lettre de voiture doit contenir : le lieu et date de son établissement ; le nom et l'adresse du transporteur ; les noms et adresses de l'expéditeur et du destinataire ; le lieu et date de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison ; la dénomination courante de la nature de la marchandise et le mode d'emballage et, pour les marchandises dangereuses, leur dénomination généralement reconnue ; le nombre de colis, leurs marques particulières et leurs numéros ; le poids brut ou la quantité autrement exprimée de la marchandise ; les instructions requises pour les formalités de douane et autres ; les frais afférents au transport (prix de transport, frais accessoires, droits de douane et autres frais survenant à partir de la conclusion du contrat jusqu'à la livraison).

222

*La lettre de voiture doit contenir les indications suivantes :
Le lieu et la date de son établissement ; le nom et l'adresse de l'expéditeur ; le nom et l'adresse du transporteur ; le lieu et la date de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison ; le nom et l'adresse du destinataire ; la dénomination courante de la nature de la marchandise et le mode d'emballage, et, pour les marchandises dangereuses, leur dénomination généralement reconnue ; le nombre des colis, leurs marques particulières et leurs numéros ; le poids brut ou la quantité autrement exprimée de la marchandise ; les frais afférents au transport (prix de transport, frais*

En effet, concernant les documents à finalité douanière et à quelques nuances de terminologie près, l'article 6 de l'Acte uniforme OHADA reprend, mot pour mot, les prévisions de l'article 11 de la CMR. Ces textes mettent à charge de l'expéditeur et du transporteur des obligations qui sont assorties de sanctions afin d'en assurer le respect.

Concernant tout d'abord l'obligation de l'expéditeur, cette obligation qui n'existe qu'en matière de transport transfrontalier résulte de l'article 6 alinéas 1 de l'AUCTMR et 11 alinéas¹ de la CMR. D'après ces textes, l'expéditeur doit remettre au transporteur les documents nécessaires à

l'accomplissement des formalités de frontière (principalement douane, police, santé)²²³ et lui fournir tous renseignements utiles. La liste des documents remis au transporteur et les instructions y relatives doivent figurer sur la lettre de voiture. La jurisprudence ajoute que l'expéditeur doit veiller à ce que la marchandise remise au transporteur aux fins de déplacement soit conforme à tous ces documents²²⁴.

La sanction de l'inobservation de cette obligation est prévue à l'article 6 alinéa 2 de l'AUCTMR et l'article 11 alinéa 2 de la CMR. Ce texte rend l'expéditeur responsable envers le transporteur, lequel au demeurant n'est pas tenu d'examiner si les documents susvisés sont exacts ou suffisants²²⁵,

de tous dommages qui pourraient résulter de l'absence, de l'insuffisance ou de l'irrégularité de ces documents et renseignements²²⁶. Cette sanction comporte néanmoins une limite : c'est la faute du transporteur. Trois questions viennent alors à l'esprit : puisqu'il n'a rien à vérifier, quelle faute le transporteur peut-il personnellement commettre ? Quelle est la nature de la responsabilité encourue ? Quel est l'incidence de la faute du transporteur quand il en a commis une ?

A toutes ces questions, le Doyen Rodière et, dans une certaine mesure, la cour de cassation française apporte des réponses éclairantes. S'agissant de la faute pouvant être commise, celle-ci peut consister notamment en l'oubli par le transporteur qu'il détient tel document ou en la perte de celui-ci. Aussi bien, le paragraphe de l'article 6 vise-t-il expressément les cas de perte ou d'utilisation inexacte des

accessoires, droits de douane et autres frais survenant à partir de la conclusion du contrat jusqu'à la livraison); les instructions requises pour les formalités de douane et autres...

223

Il peut s'agir, outre les documents de douane, des BESC (bordereaux électroniques de suivi des cargaisons) émis par les conseils des chargeurs, officiellement à des fins de statistique mais qui procurent des ressources supplémentaires, dans le cadre des transports inter-Etats en particulier entre les ports maritimes et l'hinterland. De même, il peut s'agir des attestations des services des eaux et forêts et chasses, en cas de transfert des produit forestier et de chasse, des certificats phytosanitaire et de salubrité.

224

Cass.com.28 sept.2004,in Eur. Transp.Law.vol.XLn°4-2005,p.578.

225

Cass.com., 28 sept.2004, idem ; Paris ,27 janv.1971, in BT 1983, 108, qui à propos d'un transport soumis à la CMR, décide que « le transporteur prend tels quels les renseignements fourni par l'expéditeur et ne commet aucune faute en s'abstenant de les vérifier ».

226

Pour une application de cette règle, voir : Paris, 27 janvier 1971, in BT 1971,115, exonérant le transporteur de toute responsabilité en raison de l'imperfection du dossier établi par l'expéditeur.

documents accompagnant la lettre de voiture ou déposés entre les mains du transporteur. Mais, cette faute peut également consister pour le transporteur, tenu de vérifier l'état apparent de la marchandise et dans son emballage' (l'article 10 paragraphe 1^{er}, litt.b qui s'est inspiré de l'article 8 de la CMR) à avoir omis de s'assurer de la correspondance des marchandises qu'il prend en charge avec les mentions figurant sur la lettre de voiture et les documents nécessaires à l'accomplissement des formalités de douane.

Quant à la nature de la responsabilité encourue, celle-ci est, de toute évidence, contractuelle. En effet, comme l'observe fort à propos le Doyen Rodière, « c'est la tendance des tribunaux et de la cour de cassation d'admettre que la violation d'une obligation née du contrat, même si elle est exprimée par une loi, donne naissance à une responsabilité d'ordre contractuel ».

Pour ce qui est à présent des conséquences de la faute du transporteur, celle-ci mitige ou abolit celle de l'expéditeur, selon qu'elle rend compte d'une partie ou de tout le dommage. C'est la loi de la causalité ordinaire.

Quant à l'obligation du transporteur, celle-ci découle indirectement du paragraphe 3 de l'article 6, texte qui rend le transporteur responsable, 'au même titre qu'un mandataire', des conséquences de la perte ou de l'utilisation inexacte des documents mentionnés sur la lettre de voiture et qui accompagnent celle-ci ou qui sont déposés entre ses mains.

Il suit manifestement de là qu'il pèse sur le transporteur un devoir général de diligence et de prudence, le transporteur devant utiliser les documents précités en bon père de famille, en professionnel avisé et consciencieux, de manière à en éviter la perte et assurer l'efficacité des formalités de frontière dont il est à charge. Ce devoir général de diligence et de prudence impose notamment au transporteur de contrôler la conformité de la marchandise qu'il prend en charge aux mentions de la lettre de voiture et des documents douaniers.

L'article 6 paragraphe 3 précité est la reproduction de l'article 11 paragraphe 3 de la CMR à un détail près : alors que ce dernier texte aligne la responsabilité du transporteur sur celle d'un « commissionnaire » (entendons commissionnaire de transport), le premier, lui, assimile cette responsabilité à celle d'un mandataire, lequel ne réponds que de sa faute prouvée.

Dans le cadre de l'exécution du contrat de transport, celui-ci s'exécute chronologiquement, c'est-à-dire successivement dans le temps. On distingue trois phases majeures : la prise en charge de la marchandise, son transport proprement dit –c'est-à-dire son déplacement- et sa livraison. Du reste, l'article 9 de l'Acte uniforme CTMR définit la période de transport comme celle « qui s'étend de la prise en charge de la marchandise par le transporteur en vue de son déplacement, jusqu'à la livraison de ladite marchandise. C'est dans cette optique que l'article 17 paragraphe 1 de la CMR définit la période de responsabilité du transporteur comme celle qui s'étend « entre le moment de la prise en charge de la marchandise et celui de la livraison ».

Concernant les obligations du transporteur de procéder à certaines vérifications, celui-ci ne doit pas acheminer chat en poche²²⁷. Aussi, l'AUCTMR met-il à sa charge des obligations de contrôle à travers la prise en charge. Ces obligations sont prévues par l'article 10 de l'AUCTMR, ce texte étant inspiré des articles 8 et 9 de la CMR. Les deux instruments font obligation au transporteur de procéder, lors de la prise en charge, à une double vérification. Il doit vérifier (art.10 paragraphe 1^{er}) :

- 3- l'exactitude des mentions de la lettre de voiture relatives au nombre de colis, à leurs marques ainsi qu'à leurs numéros ;
- 4- l'état apparent de la marchandise et de son emballage.

L'état apparent de la marchandise et de son emballage signifie que le contrôle attendu du transporteur est un contrôle purement externe et que l'on ne saurait logiquement exiger de lui qu'il fasse plus, le transporteur n'étant pas un technicien ou un spécialiste de l'emballage. A cet égard, le professeur Jacques Putzeys souligne que : « ***Le transporteur doit vérifier un état de fait, ce qui saute aux yeux d'une personne normalement avertie et sans qu'il doive pour autant se poser en 'homme de l'art', en expert de l'emballage, a fortiori de la marchandise elle-même. La vérification doit être non seulement attentive, mais encore minutieuse*** ».

Pour ce qui concerne la question du droit de disposer de la marchandise en cours de route, notamment dans le cadre de l'acheminement des marchandises, cette question est réglée par l'article 11 de l'AUCTMR, ce texte qui reprend, à quelques détails près, les prévisions de l'article 12 de la CMR. En effet, alors que celui-ci parle du premier exemplaire de la lettre de voiture, celui-là, lui, vise l'original de la lettre de voiture. D'autre part, les règles relatives à l'extinction du droit de disposer des marchandises en cours, prévues au paragraphe 2 et 4 de l'article 12 de la CMR, ne sont pas retranscrites dans le texte de droit uniforme africain.

Dans l'ensemble, et à quelques variantes près, les règles de l'Acte uniforme, sont alignées à celle de la Convention CMR, car, même en matière de sanction du défaut de diligences en cas de retard à la livraison, l'article 14 paragraphe 4 de l'AUCTMR, texte inspiré de l'article 30 paragraphe 3 de la CMR, souligne qu'en cas de retard à la livraison, le destinataire ne doit pas rester apathique s'il entend impêtrer la réparation du préjudice y consécutif. Il doit dans les vingt jours suivant la date de l'avis d'arrivée de la marchandise au lieu prévu pour la livraison ou, le cas échéant, celle de l'arrivée de la marchandise à la résidence ou à l'établissement du destinataire lorsque la livraison doit y être faite, adresser ses réserves par écrit au transporteur.

227

M.TILCHE. Réserves : La guerre des preuves, in BTL, 2005, 449.

Section 2 : La présence des règles ou dispositions de la Convention de Vienne et de la CNUDCI dans les Actes uniformes OHADA

Avant d'examiner la présence des règles de la CNUDCI dans le droit uniforme OHADA (**Paragraphe 1**), nous mettrons d'abord l'accent sur la présence des dispositions de la Convention de Vienne dans le droit communautaire (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La présence des règles de la Convention de Vienne dans l'Acte uniforme relatif au droit commercial général

Adoptée par la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, qui s'est tenue à Vienne du 10 mars au 11 avril 1980, la Convention de Vienne concerne spécifiquement la vente internationale de marchandises et prévoit un ensemble de règles autonomes qui peuvent être appliquées indépendamment de toute législation nationale. Elle pose les conditions générales de formation du contrat ainsi que les obligations des parties, mais surtout les sanctions pour inexécution.

En effet, à lecture de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, nous pouvons remarquer que le législateur OHADA n'a pas hésité de se nourrir des dispositions de la CVIM afin d'élaborer un droit uniforme pour les Etats membres de l'organisation en matière de la vente commerciale.

C'est ainsi que nous pouvons relever de nombreuses similitudes entre ces deux textes, tant en ce qui concerne le champ d'application des deux textes (**A**) la formation du contrat de vente (**B**) que les obligations entre les parties (**C**) et les sanctions de l'inexécution (**D**).

A- Similitudes au niveau du champ d'application des deux textes

D'abord, pour ce qui concerne le champ d'application du livre VIII de l'Acte uniforme dédié à la vente commerciale, nous constatons que certaines dispositions de celui-ci ont de fortes similitudes avec celles de la Convention de Vienne. En effet selon l'article 2 de la Convention de Vienne, celle-ci « ne régit pas les ventes :

- a) de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour tel usage ;
- b) aux enchères ;
- c) sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice ;
- d) de valeurs mobilières, effets de commerce et monnaie ;
- e) de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs ;
- f) d'électricité ».

Concernant le champ d'application de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, nous constatons que l'article 235 de celui-ci est la copie conforme du point a de l'article 2 de la Convention de Vienne. En effet, l'article 235 de l'AUDCG dispose que : « les dispositions du présent livre ne régissent pas : les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour tel usage... ». Le deuxième alinéa de cet article, reprend une

partie de l'alinéa²²⁸ 1 de l'article 3 de la convention et d'une grande partie de l'alinéa² de l'article 3 de la Convention qui dispose : « La présente Convention ne s'applique pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services ». A cet effet, ce deuxième alinéa de l'article 235 de l'AUDCG prévoit que « les dispositions du présent livre ne régissent pas : les contrats de fourniture de marchandises dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste dans une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services ».

Quant à l'article 236 de l'Acte uniforme, il est le sosie des points b, c, d, e et f de l'article 2 de la Convention. Il prévoit que « les dispositions du présent livre ne régissent pas :

- a) les ventes aux enchères ;
- b) les ventes sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice ;
- c) les ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce ou de monnaies ;
- d) les mobilisations et autres opérations sur créances ou instruments financiers ;
- e) les ventes de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs ;
- f) les ventes d'électricité.

Ici, nous constatons que la seule différence entre l'article 236 de l'AUDCG et l'article 2 de la convention existe juste au niveau du point d de l'Acte uniforme car les mobilisations et autres opérations sur créances ou instruments financiers citées ou énumérées par l'Acte uniforme ne font pas partie des ventes non régies par la Convention de Vienne.

Pour ce qui concerne les dispositions générales, il convient également de souligner que l'article 240 de l'Acte uniforme a repris le principe de consensualisme prévu à l'article 11 de la convention de Vienne qui dispose : « le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre condition de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins ». L'article 240 de l'AUDCG quant à lui dispose : « le contrat de vente commerciale peut être écrit ou verbal ; il n'est soumis à aucune condition de forme. Il est prouvé par tous moyens ». Cela veut dire

228

« Les contrats de fourniture de marchandises... ».

si on a par exemple des personnes qui ont été présentes pendant les négociations ou lors de la formation du contrat, ces personnes peuvent se porter témoin pour prouver ce contrat de vente qui n'a pas été écrit. On peut le prouver aussi par d'autres moyens comme les correspondances commerciales. Toujours dans le cadre des dispositions générales, il convient de souligner également que l'alinéa 2 de l'article 238 de l'AUDGC est similaire au troisième alinéa de l'article 8 de la Convention de Vienne qui dispose que : « Pour déterminer l'intention d'une partie ou ce qu'aurait compris une personne raisonnable , il doit être tenu compte des circonstances pertinentes, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties ». Pour ce qui concerne l'alinéa 2 de l'article 238 de l'AUDGC, il prévoit que : « Pour déterminer la volonté d'une partie, il doit être tenu compte des circonstances de fait, et notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des pratiques qui se sont établies entre elles, voire les usages en vigueur dans la profession concernée ». Les similitudes entre la convention de Vienne de 1980 et l'AUDGC ne se font pas constater seulement au niveau du champ d'application des deux textes ou encore au niveau des dispositions générales, elles se font constater également au stade de la formation du contrat de vente.

B- Similitudes entre les deux textes au stade de la formation du contrat de vente

A l'instar de la CVIM, l'article 241 al1 de l'Acte relatif au droit commercial général prévoit que la vente se réalise par la rencontre de l'offre et de l'acceptation.

En effet, à la lecture de l'article 241 al1 de l'AUDGC, nous pouvons constater que les dispositions de celui-ci sont la copie conforme de l'article 14 de la CVIM qui définit l'offre comme la proposition de conclure un contrat adressé à une ou plusieurs personnes déterminées, dès lors que cette proposition est suffisamment précise et qu'elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

Tout comme l'alinéa 1 de l'article 14 de la CVIM, l'article 241al2 de l'AUDCG ajoute qu'une offre est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix, ou donne des indications permettant de les déterminer.

En ce qui concerne l'acceptation de l'offre, les deux textes disposent qu'elle prend effet au moment où l'expression de l'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre.

Ensuite, concernant toujours l'acceptation, nous pouvons constater que l'article 245 al1 de l'AUDCG est identique à l'article 19 al1 de la CVIM qui dispose qu'« une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des additions des limitations ou autres modifications est un rejet de l'offre et constitue une contre-offre ». Quant à l'article 245 al1 de l'AUDGC, il dispose que : « la réponse à une offre qui se veut l'acceptation de cette offre, mais qui contient des additions, des

limitations ou d'autres modifications, vaut rejet de l'offre et constitue une contre-proposition ».

Pour ce qui concerne le délai d'acceptation, l'article 246 de l'AUDCG tout comme l'article 20 al1 du CVIM énonce que le délai d'acceptation fixé par l'auteur de l'offre commence à courir au moment où l'offre est exprimé. La date indiquée dans l'offre est présumée être celle de son expédition.

C- Les similitudes entre la CVIM et l'AUDCG au niveau des obligations des parties

L'AUDCG tout comme la CVIM, distingue les obligations du vendeur et celle de l'acheteur.

En effet, concernant d'abord les obligations du vendeur, l'article 250 al1 de l'AUDCG à l'instar de l'article 30 de la CVIM, dispose « qu'il appartient au vendeur de livrer les marchandises et à remettre, s'il y'a lieu, les documents et accessoires nécessaires à leur utilisation, à la preuve de l'achat et à la prise de livraison ». Dans son deuxième alinéa, l'article 250 de l'AUDCG rajoute qu'en « outre, le vendeur est tenu de s'assurer de la conformité des marchandises à la commande et d'accorder sa garantie ».

Toutefois, à la lecture de l'article 250 de l'AUDCG, il y'a lieu de constater que les obligations essentielles qu'il a énumérées s'éloignent du droit français dans la mesure où l'obligation de **livraison** des marchandises a été préférée à celle de **délivrance**, donc, s'inspire de la CVIM.

Concernant les documents de la marchandise, l'article 254 de l'AUDCG se rapproche de l'article 34 de la CVIM qui dispose que « si le vendeur est tenu de remettre les documents se rapportant aux marchandises, il doit s'acquitter de cette obligation au moment, au lieu et dans la forme prévue au contrat ».

Quant à l'obligation de conformité des marchandises, l'alinéa 1 de l'article 255 de l'AUDCG est une fois de plus la copie de l'article 35al1 de la CVIM qui dispose que « Le vendeur doit livrer des marchandises dont la quantité, la qualité et le type répondent à ceux qui sont prévus au contrat, et dont l'emballage ou le conditionnement correspond à celui qui est prévu au contrat ».

Pour ce qui concerne l'obligation de garantie, l'article 260 al1 de l'AUDCG va dans le même sens que 41 de la CVIM qui prévoit que « Le vendeur doit livrer les marchandises libres de tout droit ou prétention d'un tiers, à moins que l'acheteur n'accepte de prendre les marchandises dans ces conditions... ».

L'acheteur pour sa part, est tenu de payer le prix convenu puis de prendre livraison de la marchandise. Cette obligation consacrée à l'article 262 de l'AUDCG n'est que la copie conforme de l'article 53 de la CVIM qui dispose que « l'acheteur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente Convention, à payer le prix et à prendre livraison des marchandises ».

Dans le cadre de la prise de livraison, il convient d'observer là aussi que le législateur communautaire n'a fait que reprendre à travers l'article 271 de l'AUDCG, les dispositions de l'article 85 de la CVIM. Selon ces dispositions, lorsque le paiement est prévu au jour de la livraison et que l'acheteur tarde à

prendre livraison des marchandises, ou n'en ai pas le prix, le vendeur s'il a les marchandises en sa possession ou sous son contrôle, est fondé à les retenir jusqu'à leur complet paiement.

Un peu plus loin, et dans le même sens, le législateur OHADA n'a pas hésité de transposer l'article 86 al1²²⁹ de CVIM en énonçant dans l'article 272 de l'AUDCG que si l'acheteur a reçu les marchandises et entend les refuser, il doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour en assurer la conservation. Il est fondé à les retenir jusqu'à ce qu'il ait obtenu du vendeur, le remboursement des frais de conservation qu'il a engagés.

A la lecture de ces dispositions précitées, il paraît possible de constater que celles-ci sont quasiment identiques.

Il en est de même pour l'article 273 de l'AUDCG qui est également similaire à l'article 87 de la CVIM.

Concernant le transfert de risque, une fois de plus, l'article 278 de l'AUDCG reprend les dispositions de l'article 67 de la convention de Vienne.

Tout comme l'article 38 al1 de la CVIM, l'article 270 de l'AUDCG oblige l'acheteur à examiner les marchandises dans un délai aussi bref que possible.

Toutefois, si le contrat implique un transport de marchandises, l'examen peut être différé jusqu'à leur arrivée à destination.

D- Similitudes au niveau des sanctions de l'inexécution des obligations des parties

Quant aux sanctions de l'inexécution des obligations des parties, pour ne pas citer tous les points de ressemblance de l'AUDCG à la CVIM à ce stade, l'article 282 de l'Acte uniforme s'inspirant en cela de l'article 71 de la Convention de Vienne, autorise l'une de parties à suspendre l'exécution de ses obligations s'il lui apparaît après la conclusion du contrat que l'autre partie n'exécutera pas une partie essentielle de ses propres engagements.

C'est ainsi que la certitude d'un manquement essentiel (article 281 de l'AUDCG) ou la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale peut justifier que l'autre partie puisse mettre fin de façon unilatérale ou lui permettre de demander à la juridiction compétente, la résolution du contrat.

229

Si l'acheteur a reçu les marchandises et entend exercer tout droit de les refuser en vertu du contrat ou de la présente convention, il doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour en assurer la conservation. Il est fondé à les retenir jusqu'à ce qu'il ait obtenu du vendeur le remboursement de ses dépenses raisonnables.

Paragraphe 2 : La présence des règles de la CNUDCI dans l'Acte Uniforme relatif à la Médiation

Adopté le 23 novembre 2017 et composé de 18 articles, l'Acte uniforme relatif à la médiation (AUM) constitue le dixième texte de droit uniforme adopté par l'OHADA. Ce nouveau texte vient pallier le vide législatif qui existait dans la plupart des Etats membres de l'OHADA sur la médiation, mode amiable de règlement différends. Ce texte s'inspire dans une large mesure de la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la conciliation commerciale de 2002.

A titre de rappel, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la conciliation commerciale connue sous son acronyme CNUDCI est le principal organe juridique du système des Nation Unis dans le domaine du droit commercial international. La CNUDCI dont le secrétariat est à Vienne en Autriche, s'attache à moderniser le droit du commerce international.

En effet, pour revenir à la présence des règles de la CNUDCI dans l'Acte uniforme relatif à la médiation, il est important de souligner que concernant tout d'abord la définition de la médiation, l'AUM à son article premier alinéa (a) a repris les dispositions de l'article premier alinéa 3 de la loi-type de la CNUDCI qui dispose : *« Aux fins de la présente Loi, le terme "conciliation" désigne une procédure, qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne (le "conciliateur") de les aider dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre, ou lié à un tel rapport... »*. Quant à l'article 1^{er} al a de l'AUM, il prescrit que : *« le terme médiation désigne tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord [...] impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des Etats »*. A la lecture de ces deux dispositions, il paraît possible de constater que malgré quelques ajouts effectués par le législateur communautaire le fond reste pratiquement le même.

Ensuite, en ce qui concerne le champ d'application de l'AUM, l'article 2 de celui-ci reprend mot pour mot l'article 1 al 9 de la loi type de la CNUDCI qui dispose : *« La présente Loi ne s'applique pas :*

- a) Aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant une instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement.... »*. Quant à l'article 2 de l'AUM, il dispose : *« Le présent Acte uniforme s'applique à la médiation. Toutefois, il ne s'applique pas aux cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant une instance judiciaire ou arbitrale tente de faciliter un règlement amiable directement avec les parties »*

De même, concernant le début de la procédure de conciliation, là aussi la ressemblance entre l'AUM et la loi type de la CNUDCI est impressionnante. En effet, malgré la différence des délais d'acceptation de l'invitation par l'une des parties qui respectivement, prévu pour 15 jours par l'AUM

et 30 jour par la CNUDCI, les deux textes sont identiques. Ainsi, l'article 4 al2 de la CNUDCI dispose : « *Si la partie qui a invité une autre partie à la conciliation n'a pas reçu d'acceptation de son invitation dans les trente jours (30) de la date d'envoi de l'invitation, ou à l'expiration de tout autre délai qui y est spécifié, elle peut choisir de considérer l'absence de réponse comme un rejet de l'invitation à la conciliation* ».

Quant à l'article 4 al2 de l'AUM, elle énonce que : « *Si, en l'absence de convention, la partie qui a invité une autre partie à la médiation n'a pas reçu d'acceptation de son invitation écrite dans les quinze (15) jours de la date de réception de l'invitation ou à l'expiration de tout autre délai qui y est spécifié, elle peut considérer l'absence de réponse comme un rejet de l'invitation à la médiation* ».

Le même constat est valable concernant le nombre et désignation des médiateurs, la conduite de la médiation, la confidentialité, la recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure²³⁰, la fin de la procédure de conciliation²³¹ etc.

²³⁰ Article 10 de la CNUDCI et 11 de l'AUM.

²³¹ Article 11 de la CNUDCI et 12 de l'AUM.

CHAPITRE II :

L'INSPIRATION DU LEGISLATEUR COMMUNAUTAIRE DES REGLES DU DROIT INTERNE DES PAYS MEMBRES ET DES CELLES DE LA COMMON LAW

Comme nous l'avons souligné plus haut, en dehors du droit français, le législateur communautaire ne s'est pas inspiré que du droit international, il s'est aussi inspiré du droit interne des pays membres de l'OHADA (**Section 1**) ainsi que de la Common Law (**Section 2**) pour édicter les Actes uniformes.

Section 1 : L'intégration des règles du droit interne des pays membres dans le corpus législatif OHADA

La question que nous devons nous poser ici est celle de savoir si le législateur OHADA s'est-il inspiré ou a-t-il intégré les règles du droit interne des Etats membres dans le cadre de l'élaboration des Actes uniformes ? Si oui, pourrions-nous parler de mimétisme à cet effet ?

Du côté théorique de la première interrogation sus évoquée, l'on aperçoit une nouvelle conception de l'orientation du sens des rapports entre le droit OHADA et le droit interne aux Etats parties. Si par principe, leurs rapports sont orientés dans un sens décroissant du haut vers le bas, c'est-à-dire le droit OHADA inspire les droits internes il reste tout de même que ces rapports peuvent aussi être dans le sens croissant du bas vers le haut, c'est-à-dire le droit interne des Etats enrichit le droit OHADA.

Du côté pratique, la question posée permet de comprendre que les rapports entre le droit OHADA et le droit interne ne doivent plus être perçus sous l'angle de la conformité. Ils doivent aussi être saisis sous l'angle d'apport du droit interne au perfectionnement du droit OHADA.

Pour ce qui concerne la deuxième question, nous pensons qu'on ne peut pas du tout parler de mimétisme car le droit OHADA étant un droit uniforme, commun à dix-sept États parties, ce n'est que normal que le législateur communautaire s'inspire des règles nationales des Etats membres pour mettre en forme, certaines règles juridiques des Actes uniformes, tout en sachant que les experts juristes qui élaborent les textes nationaux, sont les mêmes qui participent à l'élaboration des Actes uniformes. En revanche, si la source d'inspiration première de ces textes nationaux est le droit étranger, notamment français, nous pouvons en ce moment-là, parler de mimétisme indirect ou de l'inspiration indirecte des règles du droit français par le législateur OHADA. Toutefois, il n'est pas utile ici de rechercher la source première de ces textes car les rédacteurs de ces derniers ne se sont

pas à cent pour cent inspiré du droit étranger, il y'a eu également une certaine originalité et c'est en considération de cette originalité que le législateur communautaire a bien voulu intégrer certaines règles du droit interne des Etats parties dans le corpus législatif OHADA.

Pour revenir à notre première interrogation relative à l'apport du droit interne, il paraît que le droit interne des Etats parties de l'OHADA n'est pas totalement absent du nouveau dispositif. A titre

illustratif, de très nombreuses innovations ²³² guinéennes et ivoiriennes respectivement relatives au droit des sociétés commerciales et au droit commercial ont été intégrées souvent simplement recopiées dans l'AUSCGIE et dans l'AUDCG dont quelques-unes méritent d'être relevées : la société anonyme unipersonnelle (**Paragraphe 1**), le modèle de gouvernement de cette dernière (**Paragraphe 2**) ainsi que le contrat entre absents (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1 : La société anonyme individuelle

La société anonyme individuelle en droit OHADA. C'est une idée impensable en droit français même si l'on peut tempérer cette crainte par le fait que la société par action simplifiée (SAS) peut être unipersonnelle depuis la loi du 12 juillet 1999. En France, le nombre des actionnaires dans une société anonyme ne peut être en deçà de 2 pour les sociétés non cotées en bourse et 7 dans le cas contraire.

L'idée de vouloir diminuer le nombre d'actionnaires requis pour sa formation (en deçà de sept ou de deux) y était source d'inquiétude, en ce sens qu'on diminuerait la garantie des créanciers. Or la pratique nous enseignait tous les jours que ce chiffre devenait artificiel et poussait à la naissance des actionnaires fictifs. C'est dans cette optique que le législateur OHADA a jugé prudent à l'instar de son homologue guinéen, de prévoir une société anonyme avec un seul actionnaire. L'article 385 al 2 de l'AUSCGIE l'institue en ces termes : « **La société anonyme peut ne comprendre qu'un seul actionnaire** ». C'est un recopiage textuel des termes de l'article 213 du code des activités de la Guinée Conakry de 1992 qui dispose : « **la société anonyme peut ne comprendre qu'un seul actionnaire** ». Selon les notes explicatives de ce code, « si en général une société peut comprendre plusieurs associés, surtout la société anonyme qui peut avoir un grand nombre d'actionnaires comme en droit français, il est de nombreux cas où la société anonyme n'a qu'un seul actionnaire. Ainsi, l'Etat peut parfois être le seul actionnaire d'une société anonyme ; de même, une société étrangère qui a une exploitation dans le pays peut souhaiter être la seule actionnaire de sa filiale ». Les commentateurs de ce code pensent que « si le code exigeait que la société comprenne plusieurs actionnaires, les opérateurs économiques se conformeraient à cette exigence en associant dans leur société plusieurs (hommes de paille) qui ne seraient que des prête-noms. L'exigence légale n'aurait

232

Le droit guinéen (Conakry) issu de la loi n°92-043 du 8 décembre 1992 créant un code des activités économiques.

plus aucun sens, sauf celui de favoriser les pratiques « *contra legem* » c'est-à-dire contre la loi, ce qui serait mauvais pour la réalité et la crédibilité du droit. Il vaut mieux se conformer aux réalités plutôt que de les masquer hypocritement tant qu'une raison impérieuse ou qu'aucun principe fondamental ne commande d'agir autrement. Bien sûr, la société anonyme qui ne comprend qu'un seul actionnaire peut instantanément en comprendre plusieurs : il suffit que l'actionnaire unique transmette des actions à d'autres personnes pour qu'elles deviennent immédiatement actionnaires. L'organisation de la société anonyme est conçue pour qu'elle puisse aussi bien fonctionner avec un seul qu'avec plusieurs actionnaires ».

Les conséquences de cette forme de société sont assez innovantes : la société anonyme individuelle ne saurait avoir un conseil d'administration (à moins que l'on puisse admettre que les administrateurs puissent ne pas être actionnaires). Il faut donc prévoir une organisation différente de pouvoir. L'unipersonnalité de la société conduit nécessairement à la conception d'une organisation du pouvoir adaptée (organe de direction et de représentation de la société, modalités de prise de décisions qui relèvent normalement des assemblées générales). De même, la procédure d'autorisation et d'approbation des conventions conclues entre la société et ses dirigeants ne peut être la même que lorsqu'il y'a un conseil d'administration ; les cautions, avals, garanties et garanties à première demande donnés par le représentant légal de la société ne peuvent non plus être autorisés par un conseil d'administration qui n'existe pas .

L'unipersonnalité est d'ailleurs généralisée en droit OHADA. On n'y conçoit plus que la société soit réservée uniquement au groupement de personnes. Ce droit offre ainsi à une personne qui veut exercer une activité économique une structure juridique adaptée. Or la société anonyme est la société la mieux

adaptée à l'entreprise ²³³ . En d'autres termes, l'unipersonnalité emporte une simplification du fonctionnement de la société, et ce dans la perspective d'une bonne gestion. C'est également sans doute une des raisons pour lesquelles le législateur communautaire de 1997 et celui de 2014 se sont inspirés du code des activités de la Guinée Conakry de 1992 pour mettre en place la société anonyme unipersonnelle contrairement à leur homologue français qui, jusqu'à présent limite au minimum à deux les actionnaires dans une SA.

Cette forme de société existe également dans certains pays européens comme le Luxembourg. C'est la loi du 25 Aout 2006 qui a introduit cette forme unipersonnelle de société anonyme dans le droit luxembourgeois. Ainsi, selon le professeur Alain Couret, « L'intérêt pratique invite à l'adoption de cette société. Il s'agit là d'une forme permettant de simplifier la vie des groupes. Tel est le cas notamment lorsqu'une société est détenue à 100% par sa mère. Il était jusqu'ici nécessaire d'aller

233

J.PAILLUSEAU, l'Acte uniforme sur le droit des sociétés, P.A.13 octobre 2004, n°205, P.20.

installer un deuxième actionnaire qui n'était en fait qu'un homme de paille. Autre argument pratique important, le choix d'une telle structure permet d'envisager les évolutions de l'entreprise. La société anonyme peut débiter avec un seul actionnaire puis se développer et même de l'unipersonnalité à l'appel public à l'épargne, le tout sans changement de structure juridique : bien des couts et des formalités inutiles seront éviter... ».

L'introduction d'une SAU ne semble plus être une révolution, dans la mesure où de nombreux pays en Europe (Pologne, Allemagne, Irlande, Italie...) et en dehors de l'Europe (USA, Amérique latine...) ont déjà ouvert la voie en la matière surtout depuis la fin des années 1980. En outre, depuis sa recommandation du 7 décembre 1994, la Commission européenne encourage la création d'entreprises unipersonnelles notamment sous la forme d'une société anonyme en ces termes : « Les Etats membres sont invités à : (...) Article 4.(...)b) permettre aux PME de pouvoir s'organiser sous la forme d'une société anonyme n'ayant qu'un nombre limité d'actionnaires, dont la création et la gestion seraient simplifiées par rapport à celles des sociétés anonyme, dont les titres sont largement répandus dans le public ;c) permettre la création de la société anonyme avec un **seul associé**, dans les termes prévus à l'article 6 de la douzième directive 89-667 CEE du conseil ».

Paragraphe 2 : Organisation du pouvoir au sein de la société anonyme

Neuf ans avant le droit français, l'OHADA admet que les entreprises ont la possibilité de choisir entre trois modes d'organisation du pouvoir, au moins dans une certaine mesure. Le premier grand choix est celui d'une organisation comportant, soit un conseil d'administration, soit un administrateur général (art.414 AUSCGIE). Toutefois, elles ne peuvent choisir le mode d'administration avec administrateur général que si le nombre d'actionnaires n'est pas supérieur à trois. Il faut en déduire qu'au-delà de ce seuil maximum légal de trois actionnaires, le choix de ce mode d'organisation reste impossible, voire prohibé. C'est une transcription des dispositions de l'article 247 du code guinéen des activités économiques. Mais avec, cependant, une différence : dans le droit guinéen, l'exercice du pouvoir par un administrateur général est indépendant du nombre d'associés. Peu importe leur nombre, la société peut toujours conserver, ou choisir en cours de vie sociale, une organisation du pouvoir comportant un administrateur général. Ainsi, l'article 247 du code guinéen des activités économiques dispose comme suit : « les fondateurs de société peuvent choisir entre trois mode d'administration et de direction de la société anonyme :

- 1) L'administrateur général ;
- 2) Le conseil d'administration avec président-directeur général ;
- 3) Le conseil d'administration avec président et directeur général ».

L'explication vraisemblable, que l'on peut donner du choix du nombre trois par l'Acte uniforme, est la composition du conseil d'administration des sociétés anonyme de type classique, qui selon l'article

416 de l'Acte uniforme (de 1997 tout comme celui de 2014 révisé) comprend trois membres au moins et douze au plus Or, dans l'hypothèse où les trois actionnaires que compterait une société anonyme sont administrateurs, dans le souci de se conformer à la disposition de l'article 416, cette société n'aura pas d'organe délibérant, c'est-à-dire d'assemblée générale. Situation dont la légalité est douteuse, car à l'exception de la société unipersonnelle, toute société ayant plus d'un associé doit être dotée nécessairement d'une assemblée générale.

Pour certains auteurs ²³⁴, la solution OHADA (contrairement à la solution de guinéenne) de devoir désigner un conseil d'administration dès lors que la société a au moins quatre actionnaires présente un inconvénient ; dans la mesure où l'expérience enseigne que dans très nombreuses petites et moyennes entreprises, les conseils d'administration ne sont le plus souvent constitués que pour satisfaire les dispositions légales et qu'ils ne comprennent que les administrateurs « hommes ou femmes de paille » qui n'exercent aucune fonction. Il eût certainement été préférable que l'on ne limitât pas le nombre d'actionnaires pour maintenir la forme d'organisation du pouvoir avec administrateur général.

Enfin, si les actionnaires choisissent de constituer leur société avec un conseil d'administration, ils ont ensuite la possibilité de choisir pour sa direction soit un président-directeur général, soit un président du conseil d'administration et un directeur général (art.415 AUDSCGIE). C'est encore une transcription du code guinéen des investissements (art.247).

Le choix de l'organisation du pouvoir est fait dans les statuts et non au conseil d'administration comme en droit français. Mais la société peut, en cours de vie sociale, changer son mode d'administration et de direction. La décision est prise par l'assemblée générale extraordinaire qui modifie les statuts en conséquence (art.414). On observe que la France a attendu la loi NRE du 15 mai 2001 pour proposer aux entreprises ces innovations en matière d'organisation du pouvoir dans la société anonyme ²³⁵.

L'administrateur général est choisi parmi les actionnaires ou en dehors d'eux (art.495 AU). Il assume sous sa responsabilité l'administration et la direction générale de la société. Il la représente dans ses rapports avec les tiers. Il convoque et préside les assemblées d'actionnaires. Il dispose des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société et les exerce dans la limite de l'objet social et sous ceux expressément attribués aux assemblées d'actionnaires (art. 498 AU). Ces attributions de fonction sont identiques à celles des articles 257, 258 et 259 du code guinéen des

234

Encyclopédie du droit OHADA, sous la direction de P-G. PONGOUE p.80.

235

R. NEMEDEU, le contrôle des dirigeants de la société anonyme, thèse, université Robert Schuman Strasbourg III, 2000.

activités économiques.

Paragraphe 3 : Les contrats entre absents

Lorsqu'un contrat est conclu entre deux personnes présentes physiquement, le moment et le lieu de la rencontre des volontés ne soulèvent aucune difficulté : ils sont identiques.

Il en résulte que la formation du contrat s'opère concomitamment à l'échange des consentements des parties. Il n'y a donc aucun décalage entre les émissions de l'offre et de l'acceptation.

Quid maintenant lorsque le contrat est conclu entre deux personnes absentes, soit lorsque les cocontractants ne sont pas physiquement présents sur un même lieu, ni par eux-mêmes, ni par l'intermédiaire de représentants au moment de l'échange des consentements ?

Il en va ainsi, par exemple, des contrats conclus par courrier, par téléphone ou encore par voie électronique.

Dans cette hypothèse, une incertitude est susceptible d'exister quant à la détermination du lieu et du moment de la formation du contrat.

En effet, les cocontractants étant séparés par une certaine distance, il est nécessaire que l'offre parvienne au destinataire et que, réciproquement, s'il envisage de conclure, que son acceptation soit transmise au pollicitant.

D'où la question du lieu de la conclusion du contrat, voire du moment de sa formation si l'émission de l'acceptation se fait par voie postale.

En droit français, durant plusieurs années, il y a eu plusieurs débats doctrinaux et toute une pluie de jurisprudences autour de cette question.

Il peut être observé que jusqu'à l'adoption de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, le Code civil ne comportait aucune disposition relative à la conclusion des contrats entre absents.

Aussi, c'est surtout à la jurisprudence qu'est revenue la tâche d'en définir le régime juridique. Sur ce point, elle a connu de nombreuses évolutions :

- La première étape : refus de qualification dans un arrêt du un arrêt du 6 août 1867 ;²³⁶
- La deuxième étape : adoption du système de l'émission dans un arrêt du 21 mars 1932 ;²³⁷

236

- La Cour de cassation considère d'abord que la détermination de la date et du lieu de conclusion du contrat est une question qui relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

- La Cour de cassation se refuse donc à exercer tout contrôle de qualification.

- Il s'agit, selon elle, d'une question de purs faits.

237

La Cour de cassation opte pour le système de l'émission en estimant que « la formation de la promesse est réalisée, et le contrat rendu parfait par l'acceptation des propositions qui sont faites, dès l'instant où cette acceptation a lieu ». Manifestement, cet arrêt n'a pas reçu un très bon accueil de la doctrine, les auteurs ayant cherché en minimisant la portée, en arguant qu'il ne s'agissait là que d'un arrêt de rejet. Le système de l'émission conduit, en effet, à considérer que le contrat est conclu dès l'émission de l'acceptation alors même que le pollicitant n'en a pas eu connaissance. D'où

- La troisième étape : hésitation jurisprudentielles entre 1950 et 1980 ;

- La quatrième étape : retour à la théorie de l'émission dans un arrêt du 7 janvier 1981 ;

- Cinquième étape : l'abandon du système de l'émission dans un arrêt du 17 septembre 2014 ;

- L'ordonnance du 10 février 2016 : consécration du système de la réception.

C'est avec l'ordonnance de 2016 que le contrat est donc réputé formé au moment même où l'acceptation parvient au pollicitant, de sorte que celui-ci n'est plus susceptible d'être engagé dans les liens contractuels alors même qu'il ignore l'acceptation du destinataire de l'offre.

Aux termes de l'article 1121 du Code civil introduit par l'ordonnance du 10 février 2016 « le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue. »

Ainsi, le législateur a-t-il entendu consacrer la théorie de la réception.

Dans l'AUDCG, le législateur communautaire avait déjà, en matière de formation du contrat de vente entre absents, consacré la théorie de la réception à travers l'article 244 de l'Acte uniforme qui dispose que : « l'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'expression de l'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre ». Ceci vient mettre un terme à la divergence entre le droit sénégalais qui s'était sûrement inspiré de la jurisprudence française (théorie de l'émission, le contrat est formé aux jours et lieu d'émission de l'acceptation) et le droit ivoirien (le contrat est formé au jour et lieu de la réception de l'acceptation par le pollicitant). l'article 81 du code des obligations civiles et commerciales sénégalais du 10 juillet 1963 dispose que : « Sauf dans les contrats conclus en considération de la personne , l'acceptation pure et simple forme le contrat. L'acceptation peut être tacite, sous réserve

la réticence de la doctrine envers cette solution. Dans l'arrêt en l'espèce, il s'agissait cependant de favoriser la volonté d'un employé de contracter avec le pollicitant.

238

Entre les années 1950 et 1980, la jurisprudence a été pour le moins hésitante quant à l'adoption de l'un ou l'autre système.

239

La Cour de cassation semble arrêter son choix sur la théorie de l'émission au grand dam de la doctrine.

Elle a considéré en ce sens que « faute de stipulation contraire, l'acte du 10 juin 1975 était destiné à devenir parfait, non pas par la réception par la société l'aigle de l'acceptation de la société comase, mais par l'émission par celle-ci de cette acceptation » (com. 7 janv. 1981). En l'espèce, une offre assortie d'un délai de trente jours avait été émise.

Le destinataire de l'offre pouvait établir qu'il avait envoyé son acceptation avant l'expiration du délai. Toutefois, il ne pouvait pas prouver que le pollicitant l'avait reçue dans le délai prévu. La Cour de cassation avait décidé que le contrat était réputé parfait, non pas à la réception de l'acceptation, mais à l'émission.

Il n'y avait donc pas à rechercher à quelle date le pollicitant avait reçu l'acceptation pour déterminer à quelle date le contrat avait été conclu.

240

La Cour de cassation a semblé abandonner le système de l'émission, à la faveur de la théorie de la réception (3e civ. 17 sept. 2014).

d'un mode déterminé d'acceptation imposé par le pollicitant ». Cet article consacre comme lieu de formation du contrat entre absents par acceptation expresse, le lieu à partir duquel l'acceptation a été émise et comme moment de formation de ce contrat, le moment de l'émission de l'acceptation.

Le législateur sénégalais, pour se conformer à l'OHADA, a pris certains textes notamment la loi n°98-21 du 26 mars 1998 abrogeant les dispositions de son COCC modifiées et remplacées par celles de l'OHADA.

Au regard de ce qui précède, nous pouvons déduire que le législateur communautaire s'était sans doute inspiré du droit ivoirien car le code civil français n'ayant pas consacré le contrat entre absents dans l'une de ses dispositions jusqu'en 2016 et la jurisprudence française ayant consacré la théorie de l'émission entre 1981 et 2014, il était donc impossible pour le législateur de 1997 et celui de 2010 de s'inspirer du droit français.

Section 2 : L'inspiration du législateur OHADA des règles de la Common Law

La Common Law fait partie des grands systèmes de droit dans le monde. C'est un système juridique issu du droit britannique, aujourd'hui présent dans les Etats du Commonwealth²⁴¹. On l'oppose traditionnellement au droit civil continental. En Common Law, le juge prononce une sentence qui doit suivre un courant de décisions précédentes sur les faits similaires. Il s'agit du principe du « Binding Precedent » ou de « Stare Decisis ». Cette règle du précédent consiste à retenir que les tribunaux doivent rendre des décisions conformes aux décisions antérieures. Ce principe assure une forme de continuité et de sécurité juridique, les cas similaires en faits devront aboutir à une décision similaire en droit. En Common Law, une seule décision suffit alors qu'en droit continental une jurisprudence se construit sur plusieurs décisions. Dans le système de la Common, le juge est ainsi lui-même législateur et arbitre entre le gouvernement et les citoyens. Il a un pouvoir régulateur alors qu'en droit civil et en droit continental, la loi et le règlement sont prédominants et le juge n'est théoriquement que la bouche de la loi. La Common Law est ainsi un droit principalement forgé par le juge et les praticiens du droit. Ce système a ainsi une approche concrète basée sur les faits, contrairement au droit civil fondée sur de grands principes et de normes codifiés. Ainsi, largement influencé par le système romano germanique, le législateur OHADA ne s'est pas directement inspiré des règles de la Common Law. Il s'agit ici d'une inspiration indirecte parce que certaines règles de la

241

Le Commonwealth est une association volontaire de 53 Etats souverains, parmi les Etats membres : 21 sont des monarchies avec ELISABETH II comme chef d'Etat, à ce titre qualifiés de « royaume de Commonwealth » ; 5 sont des monarchies avec un monarque différent (Brunei, Lesotho, Malaisie, Eswatini, Tonga) ; 32 sont des républiques.

Common Law se retrouvent déjà indirectement dans celles du droit OHADA à travers le droit international. Tel est le cas du principe de minimisation du dommage (**Paragraphe 1**). Ici, nous pensons que tout comme en droit international, on ne peut pas parler du mimétisme juridique car bien que d'origine anglaise, ces principes et règles sont dans la plupart des cas, déjà présents en droit international. En même temps, vu la place qu'occupe le système romano-germano à travers le droit français dans le droit communautaire, celui-ci est suffisamment éloigné des règles de la Common Law, malgré la présence indirecte de celles-ci dans le droit OHADA à travers le droit international (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 / Le principe de minimisation du dommage : une consécration jurisprudentielle anglaise présente dans l'AUDCG et l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats

L'une des questions émergentes du droit des obligations et qui suscite un important débat²⁴² est celle de l'appréhension juridique du comportement de la victime après la réalisation du dommage. Le code civil ne semble pas lui avoir accordé la moindre importance des lors qu'il a proclamé le principe de la réparation intégrale du préjudice²⁴³. C'est ce principe traditionnel du droit français qui est aujourd'hui remis en cause par de nombreux systèmes juridiques nationaux ainsi que des conventions ou codifications internationales qui consacrent et sanctionnent l'obligation pour la victime de minimiser le dommage subi.

Contrairement au droit français qui se montre « foncièrement » hostile à ce principe ou à cette obligation pourtant consacré depuis fort longtemps par les droits anglais « jurisprudence » et américain²⁴⁴, le droit OHADA l'accueille favorablement en matière contractuelle en lui donnant une expression légale.

Cette obligation prend naissance après la survenance d'un dommage initial. Elle commande que le créancier ou la victime prenne les mesures raisonnables pour modérer le préjudice qui résulte de

242

V. notam.S. Reifegerste, pour une obligation de minimiser le dommage, PUAM, 2002 ; colloque du CEDAG (université de Paris V), faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? Petites affiches° spécial, 20 nov.2002.

243

En 2003, la Cour de cassation y avait tout d'abord montré son hostilité en déclarant, au visa de l'article 1382 du Code civil, que « l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable » [Cass. civ. 2, 19 juin 2003 ; Lallemand Xhauflyre c/ Decrept et Cass. civ. 2, 19 juin 2003 ; Dibaoui c/ Flamand]. Cette solution de principe fût un temps ébranlée par une décision de 2011 [Cass. civ. 2, 24 nov. 2011, n°10-25.635, FS-P+B, D. 2012. 141] venant implicitement suggérer qu'une obligation pesait sur la victime par le biais de la notion de faute de la victime. Mais, plus récemment, dans deux arrêts de 2014 et 2015, les juges sont venus réaffirmer leur position de 2003 en élargissant la nature du dommage réparable au dommage matériel [Cass. civ. 1, 2 juillet 2014, n°13-17.599 et Cass. civ. 2, 26 mars 2015, n° 14-16.011].

244

D.GENCY-TANDOMET. L'obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extracontractuelle. Gaz.pal.Receuil mai-juin 2004, P.1485.

l'inexécution du contrat (ou d'un délit en matière délictuelle) sous peine de ne pas recevoir réparation de la partie du préjudice qu'il aurait pu éviter en prenant de telles mesures.

Comme cela a déjà été relevé ci-dessus, l'obligation de minimiser le dommage a été dégagée par la jurisprudence anglaise²⁴⁵. Bien qu'esquissée dans des décisions antérieures, c'est surtout dans l'affaire DUNKIRK Colliery Coc/ Lever (1872) qu'elle trouva sa formulation devenue classique. Le juge James précisera en effet que : « les demandeurs sont en droit d'être indemnisés du montant intégral du préjudice qu'ils ont subi en raison de l'inexécution du contrat, en même temps, celui qui n'a pas exécuté ne doit pas être assujéti à une perte supplémentaire provenant du fait que les demandeurs n'ont pas fait ce qu'ils devaient faire en tant qu'hommes raisonnables en vue de limiter l'importance du préjudice ». Elle sera encore mieux précisée par V.Haldane dans un arrêt rendu en 1912, en ces termes : « le principe fondamental, c'est l'indemnisation de la perte pécuniaire découlant normalement de l'inexécution. Mais ce premier principe est corrigé par un deuxième, qui impose au demandeur le devoir de prendre toutes les mesures raisonnables en vue de limiter l'importance dû à la perte résultant de l'inexécution, et lui interdit de réclamer la perte causée par sa passivité ».

En droit anglais, le fondement de cette obligation est sans doute d'ordre économique. Elle est dictée par le double souci d'éviter les gaspillages économiques et de réduire le cout global de la responsabilité civile. On considère que les fonds qui auront été employés pour indemniser un créancier d'un préjudice qu'il n'aura pas modéré sont des fonds perdus, puisqu'ils ne seront pas réinvesti. L'objectif poursuivi est alors d'éviter que le créancier n'attende passivement pour le préjudice qu'il aurait pu éviter ou limiter car il n'est pas raisonnable d'un point de vue économique, de laisser accroître un dommage que des mesures raisonnables auraient permis de réduire.

C'est sans doute en considération de ces fondements que le droit international s'est inspiré du droit anglais pour consacrer cette obligation. Inspiré par les principes d'Unidroit, eux-mêmes inspirés par le système de la Common Law notamment le droit anglais, le droit de l'OHADA à l'instar de la jurisprudence anglaise et des P.U a également pensé que l'obligation de minimiser le dommage s'inscrit dans une logique d'efficacité juridique qui vient primer les exigences contraires de la force obligatoire du contrat et du principe de la réparation intégrale du préjudice. Ainsi, deux textes consacrent l'obligation de minimiser le dommage dans le droit OHADA : un qui est déjà en application, à savoir l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (A), et un autre qui n'est pas en vigueur, à savoir l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats (B).

245

Sur l'obligation de minimiser le dommage en droit anglais, V-E.ELLAND-GOLDSLITH, la « la mitigation of damages » en droit anglais.RDAI.1987.347.

A- L'obligation de minimiser le dommage dans l'AUDCG

Avant la réforme de 2010, c'est dans le livre V relatif à la vente commerciale que l'on retrouvait les dispositions qui consacraient l'obligation de minimiser le dommage. Celles-ci étaient de portée réduite. En effet, l'article 266 de l'Acte uniforme de 1997 disposait : « *La partie qui invoque un manquement essentiel au contrat doit prendre toutes mesures raisonnables eu égard aux circonstances, pour limiter sa perte, y compris le gain manqué résultant de ce manquement.*

Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages et intérêts égale au montant de la perte qui aurait pu être évitée ».

Il ressort de cet article que le vendeur et l'acheteur sont tenus de limiter le dommage qui résulte d'un manquement essentiel au contrat commis par son cocontractant. Dans l'Acte uniforme de 1997, le champ d'application de l'obligation de minimiser le dommage est ainsi strictement limité au seul cas d'une inexécution qui constitue un seul manquement essentiel. C'est dire qu'une inexécution qui n'est pas un manquement essentiel n'oblige pas la victime (le vendeur ou l'acheteur) à prendre des mesures raisonnables pour limiter la perte ou le gain manqué. La seule différence est alors de déterminer en quoi consiste un manquement essentiel. Pour ce faire, il faut faire recours à l'article 246 de l'Acte uniforme de 1997 au terme duquel « *Si, avant la date de l'exécution du contrat, il est manifeste qu'une partie commettra un manquement essentiel à ses obligations, l'autre partie peut demander à la*

Juridiction compétente la résolution de ce contrat ²⁴⁶ ». Tout dépend en réalité des stipulations contractuelles. D'une manière générale, on peut, par exemple, considérer que dans le cas du contrat de vente, le manquement essentiel peut consister en une non-conformité matérielle ou fonctionnelle

de la chose, en vice caché entraînant un amoindrissement de l'usage de la chose ²⁴⁷. Ainsi, concernant les mesures que peuvent prendre les parties au contrat de vente commerciale en cas de manquement essentiel, l'Acte uniforme prévoit un certain nombre de mesures réparatrices. Celle-ci sont évoquées de manière incidente par l'article 265 de l'Acte uniforme de 1997. Il ressort de ce texte d'une part, que l'acheteur peut en cas de défaut de livraison ou de conformité de la marchandise, procéder à un achat de remplacement, d'autre part que le vendeur confronté à un défaut de paiement du prix par l'acheteur peut entreprendre la revente de la marchandise. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit de mesures qui peuvent permettre soit à l'acheteur soit au vendeur de limiter son préjudice. En contrepartie, ils

246

Sur la notion de manquement essentiel, F.NSIE, la sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le contrat de vente, *penant* ; n°850 p.96 s F... DANANKOUM, le critère de privation substantielle, condition de la résolution dans la vente commerciale OHADA, *Annales F.S.J.P Dshang*, tome 6, 2002, p.177 s.

247

Sur ces notions, V.CH.MBA OWONO, non-conformité et vices cachés dans la vente commerciale en droit uniforme africain, *juridis Info*, janv-avril 2001.

ont droit au remboursement de la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement ou de la revente, indépendamment de tous autres dommages et intérêts.

Dans l'AUDCG révisé (avec la réforme de 2010), le régime de l'obligation de minimiser le dommage ou le risque est consacré à l'article 293 de l'AUDCG. Selon ce dernier, « *La partie qui invoque une inexécution des obligations du contrat doit prendre toutes mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter sa perte, ou préserver son gain* ». A l'instar de l'article 266 de l'AUGCG de 1997, (malgré la suppression du terme « manquement de l'obligation essentielle) il ressort de ce texte que le créancier lésé doit prendre toutes les mesures nécessaires pour atténuer le préjudice. Pour ce faire, il peut vendre les marchandises à un tiers lorsque son cocontractant n'exécute pas ses engagements ou les a mal exécutés. Quant à l'acheteur, il peut se procurer les marchandises auprès d'un autre vendeur. Dans les deux textes, malgré une différence, cette obligation de minimiser le dommage se justifie par un souci de solidarité, de loyauté et de fraternité tel que prôné par le solidarisme contractuel.

Concernant les sanctions de la violation de l'obligation de minimiser le risque ou le dommage, contrairement à la jurisprudence sénégalaise en la matière, la victime qui ne limite pas ses pertes ou ne consolide pas ses gains voit sa responsabilité engagée. L'alinéa 2 de l'article 293 de l'Acte uniforme dispose que « *Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages intérêts égale au montant de la perte qui aurait pu être évitée et du gain qui aurait pu être réalisé* ».

On remarque ici la force de l'obligation de bonne foi car le créancier lésé doit se comporter en bon père de famille même lorsqu'il est victime d'un préjudice de la part de son cocontractant. Mais cette exigence remet en cause le principe de la réparation intégrale du principe suivant lequel le débiteur doit réparer le dommage, tout le dommage et rien que le dommage. C'est ce qui ressort de l'arrêt de

²⁴⁸
cour d'appel de Dakar : « *L'entrepreneur doit apporter à l'exécution des travaux qu'il s'est engagé à exécuter tous les soins d'un bon père de famille en se conformant aux stipulations du contrat. Il répond dans les mêmes conditions, des vices de fabrication que les données acquises de la science et de la technologie permettent d'éviter et doit fournir, sauf convention contraire ou usage contraire, les moyens d'exécution de l'ouvrage. Les nombreuses malfaçons relevées dans les travaux et l'arrêt non justifié des travaux s'analysent en une exécution défectueuse du contrat d'entreprise ayant lié les parties et expose l'entrepreneur au paiement de coût des travaux* ». Il s'agit en quelque sorte de la théorie de la faute de la victime conduisant l'exonération partielle du débiteur par le partage de responsabilité. Toutefois la victime n'est pas tenue de minimiser son dommage lorsqu'elle est

248

CA, Arrêt n°324 du 27 mai 2013, M. MBAYE c/ A. MAJIB BENJELOUNE, Bull. des arrêts rendus par la cour d'appel de Dakar en matière civile et commerciale, Anne judiciaire 2014 p.45.

confrontée à une incapacité matérielle ou financière.

B- L'obligation de minimiser le dommage dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats

Inspiré des Principes Unidroits (qui eux même se sont inspirés de la Common Law en la matière), l'article 7/26 de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats consacre, quoique de manière négative, l'obligation de minimiser le dommage. Il dispose, en effet, que « le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables. Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice ». Cette disposition de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats est la copie conforme de l'article 7.4.8 des Principes d'Unidroit qui dispose : « le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables. Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice ». Selon les commentaires formulés dans le texte des Principes Unidroit commenté, l'objectif de cette disposition est comme nous l'avons souligné plus haut, d'éviter que le créancier n'attende passivement d'être indemnisé pour le préjudice qu'il aurait pu éviter ou limiter. A cette fin, on lui refuse toute compensation pour le préjudice qu'il aurait pu éviter par des mesures raisonnables.

On ne peut certes pas imposer à la partie qui subit déjà les conséquences de l'inexécution du contrat d'avoir en plus à prendre des mesures coûteuses en temps et en argent. En revanche, il ne serait pas raisonnable, d'un point de vue économique de laisser accroître un dommage que des mesures raisonnables auraient permis de réduire. Les mesures à prendre par le créancier peuvent soit limiter l'étendue du préjudice, surtout s'il risque de durer longtemps en l'absence de telles mesures. Ainsi, pour rendre plus claire et compréhensible ce principe de minimisation du dommage, les commentateurs des principes d'Unidroit ont pris deux exemples que nous allons tenter de reprendre dans notre travail.

D'abord, pour ce qui concerne le premier exemple, le 2 mai, **A** demande à **B**, agence de voyage, de lui réserver une chambre d'hôtel pour le 1^{er} juin, pour une somme de 200 euros. Le 15 mai, **A** apprend que **B** n'a pas effectué la réservation demandée. **A** attend cependant le 25 mai pour faire une nouvelle réservation et ne trouve plus qu'une chambre à 300 euros, alors qu'il aurait pu en trouver une à 250 s'il avait pris des mesures le 15 mai. **A** ne peut réclamer que 50 euros à **B**.

Concernant le deuxième exemple, **A**, entrepreneur chargé de construire une usine pour le compte de la société **B**, abandonne soudain le chantier qui est en cours d'achèvement cherche un entrepreneur pour terminer la construction mais ne prend aucune mesure pour protéger les bâtiments qui se dégradent du fait des intempéries ne pourra pas inclure dans son préjudice réparable la dégradation due à l'absence de mesures provisoires de protection.

En définitif, le créancier pour éviter la réduction de l'indemnité à laquelle il a droit en cas d'inexécution du contrat, doit prendre les mesures raisonnables en vue de limiter son préjudice. Par exemple, il peut en cas de résolution du contrat, passer un contrat de remplacement dans un délai raisonnable. Dans ce cas, l'article 7/23 de l'avant-projet précise qu'il a droit au recouvrement de « la différence entre le prix prévu au contrat initial et le prix du contrat de remplacement ». En tout état de cause, le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice résultant de l'inexécution du contrat.

Paragraphe 2 / La présence indirecte des règles de la Common Law dans le droit OHADA à travers le droit international ; un des éléments écartant l'hypothèse d'un mimétisme juridique du droit OHADA vis-à-vis de la Common Law

A titre de rappel, la Common Law fait partie des grands systèmes de droit dans le monde. Ainsi, l'intérêt suscité par la place de ce système juridique s'explique dans une certaine mesure par le fait que certains pays membres de l'OHADA, à l'exemple du Cameroun en particulier, appliquent au moins partiellement ce système.

Le droit uniforme OHADA reprend, comme nous l'avons vu, certaines grandes constructions du système romano-germanique à travers le droit français, on serait tenté d'en déduire assez facilement et rapidement qu'il est par conséquent suffisamment éloigné des règles de la Common Law qui constituent un autre système juridique. Comme nous l'avons dit dans le précédent paragraphe, les règles de la Common Law se retrouvent indirectement dans celles du droit OHADA à travers le droit international²⁴⁹. Ainsi, pour revenir à notre sujet, et au regard de la présence indirecte des règles de la Common Law dans la législation communautaire, nous pouvons dire qu'il n'y a pas mimétisme juridique car on entend par mimétisme, la transposition de certaines règles juridiques d'un Etat vers un autre. Dans le cas d'espèce, on assiste plutôt à la présence de certaines règles de la Common Law dans le droit OHADA à travers le droit international étant entendu que la plupart des règles juridiques qui constituent le droit international, les principes Unidroit à titre d'exemple, sont essentiellement puisées du système de la Common Law. Par conséquent, même s'il y'a une forte présence des règles de la Common Law dans le droit international et que celui-ci inspire le législateur communautaire, nous ne pouvons pas parler du mimétisme car comme nous l'avons précisé dans les précédents paragraphes

249

(DATE-BAH (K.), *The UNIDROIT principles of International Commercial contract and the harmonisation of principles of commercial contract in west and central Africa: reflections on the OHADA project from the perspective of a common lawyer from west Africa*, *Revue de droit uniforme*, 2004-2,p,269 et sv.

qu'il n'y a pas mimétisme lorsque les législateurs nationaux s'inspirent des règles du droit international car celles-ci sont dans la plupart de cas considérées comme de loi-types visant ainsi à aider les Etats ou les organisation régionales à réformer et moderniser leur corpus législatif , afin de tenir compte des exigences des normes internationales dans le domaine des affaires par exemple.

En matière d'arbitrage internationale par exemple, même si la Loi-type de la CNUDCI est prévue pour s'appliquer en principe à l'arbitrage commercial international, rien n'empêche qu'elle soit adaptée à toute forme d'arbitrage comme l'a fait l'Allemagne. Il faut certes noter qu'elle est incorporée dans la législation d'un grand nombre d'Etats développés ou en développement car les lois-types sont des textes législatifs qui peuvent être volontairement incorporés par les États (ou organisations régionales) désireux, dans leur législation nationale.

Au regard de ce qui précède, il parait possible de conclure que le mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA est beaucoup plus visible vis-à-vis du droit français car la plupart des Etats de la zone OHADA qui sont francophones tout comme celle-ci ont toujours de la peine à couper le cordon ombilical du modèle de style législatif qui les liait ou les lie à la France.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

A la lumière de tout ce qui vient d'être évoqué, force est de dire que cette étude sur la première partie de notre travail a permis de constater qu'il est indéniable que le cadre juridique de l'OHADA est fortement marqué par la présence du droit français. Cette forte présence des principes de bases, de la jurisprudence et de la doctrine française s'est justifiée tout d'abord par le passé colonial commun des pays membres de l'OHADA, étant entendu qu'en dehors de la Guinée Bissau, ancienne colonie portugaise, indépendante depuis 1974 et la Guinée Equatoriale qui n'est plus sous tutelle espagnole depuis 1968, les autres pays composant l'organisation ont tous eu à connaître la tutelle française jusqu'aux années 1960, à l'exception de la République Démocratique du Congo ancienne colonie Belge.

Ensuite, il est admis qu'en dehors de ce facteur historique, cette présence du droit français dans le droit communautaire pouvait aussi s'expliquer par un facteur humain qui se traduit non seulement par la place des experts français dans l'édiction des Actes uniformes au sein du secrétariat permanent, mais également du fait de la formation des juristes africains (qui participent à la rédaction des Actes uniformes) dans les écoles et universités françaises.

Enfin, cette présence du droit français dans le droit OHADA s'est aussi justifiée par le soutien financier et matériel de la France à l'OHADA ainsi que par la notoriété internationale que peut acquérir le droit communautaire en s'inspirant du droit français, sachant que ce dernier constitue comme nous l'avons souligné dans nos développements, un modèle de qualité largement connu sur la scène internationale. Toutefois, cette forte inspiration du législateur OHADA sur le droit français a constitué un obstacle majeur à l'un des objectifs poursuivi par l'OHADA qui est celui d'élargir son espace aux pays anglo-saxon soumis à la Common Law, car pour une adhésion facile de ces derniers au traité, le législateur communautaire devrait changer sa technique d'élaboration ou d'édiction des Actes uniformes, en combinant à part égale le Civil Law et la Common Law.

En dehors du droit français qui a inspiré le législateur communautaire à 90 % si nous osons le dire, d'autres systèmes de droit ont également inspiré le droit OHADA. Tel est le cas des règles du droit international, des pays membres de l'OHADA et de la Common Law.

Concernant les premières, nous avons souligné qu'on ne peut pas parler de mimétisme du fait de la présence de ces normes de droit international privé dans les règles matérielles de l'OHADA puisque la plupart des Etats de l'OHADA sont membres de ces organisations internationales ou signataires des différentes conventions internationales. Cette présence des règles du droit international présente un double avantage. Elle facilite les transactions internationales. Ainsi les investisseurs étrangers qui

souhaitent contracter avec des entreprises situées sur les territoires de l'OHADA auront, lorsque cela s'impose, à appliquer des normes et des concepts qui ne leur sont pas totalement nouveaux, parce qu'ils correspondent à ceux utilisés habituellement dans d'autres relations commerciales. Cette quasi-familiarité avec les normes présente l'intérêt de faciliter l'acceptation et l'application des différents textes.

Nous avons également constaté que les règles de certains pays membres de l'OHADA et de la Common Law (bien qu'indirectes) sont également présentes dans le corpus législatif OHADA.

Outre la force présence du droit français dans le droit communautaire, nous contestons également que les réalités africaines n'ont pas été suffisamment prises en compte par le législateur OHADA dans les Actes uniformes.

DEUXIEME PARTIE :
**L'ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DES REALITES SOCIO-
ECONOMIQUES ET CULTURELLES DES PAYS MEMBRES DE L'OHADA
DANS L'ELABORATION DES ACTES UNIFORMES PAR LE
LEGISLATEUR COMMUNAUTAIRE**

L'OHADA devrait prendre en compte les réalités et les besoins locaux pendant les travaux d'édiction et de révisions des Actes uniformes destinés à régir les rapports juridiques dans les États parties. Ainsi, pour développer cette partie, nous allons dans un premier temps parler de la faible intervention du législateur communautaire dans certaines pratiques contractuelles d'affaires dans les relations familiales (**Titre I**) avant de mettre l'accent non seulement sur les entreprises du secteur informel, considérées comme une spécificité locale mal prise en compte par le législateur communautaire, mais également sur les faiblesses, les atouts et le devenir du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA (**Titre II**).

TITRE I :

LA FAIBLE INTERVENTION DU LEGISLATEUR OHADA DANS CERTAINES PRATIQUES CONTRACTUELLES D'AFFAIRES DANS LES RELATIONS FAMILIALES

Les différentes transformations de la famille implique t'-elle déjà qu'on harmonise son droit ? En clair, le droit de la famille est-il harmonisable ? Cette question n'est pas encore à l'ordre du jour dans l'espace OHADA et ne le sera jamais certainement car le droit de la famille est un droit qui est intimement lié à l'histoire, à la culture et aux mœurs de chaque pays. Toutefois , certaines pratiques « contractuelles » d'affaires dans les relations familiales et le régime matrimonial des acteurs économiques imposent l'intervention du législateur OHADA .Tel est le cas de la situation dans laquelle se trouve l'époux du commerçant qui travaille dans l'entreprise de son conjoint (**Chapitre I**) et l'absence de consécration de la notion de coépouse dans les Actes uniformes par le législateur communautaire alors que dans 80% des pays membres de l'organisation , la polygamie est légale (**Chapitre II**).

CHAPITRE I :

LA SITUATION DU CONJOINT DU CHEF D'ENTREPRISE AU REGARD DE L'ACTIVITE DE L'ENTREPRISE DANS L'ESPACE OHADA

Il arrive qu'un couple au sens familial du terme se compose d'un membre qui est commerçant et d'un autre qui participe à l'activité commerciale du premier sans être pour autant commerçant. Celui qui participe de la sorte à l'activité commerciale sans être commerçant est appelé par la loi : « conjoint du chef d'entreprise ». S'agissant de la situation qui va être considérée, il s'agit du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale. La question est de savoir quel est le statut juridique de ce conjoint du chef d'entreprise ? Le législateur communautaire a-t-il prévu un statut pour le conjoint du commerçant ou du chef d'entreprise, sachant qu'en Afrique et plus précisément dans l'espace OHADA les chefs d'entreprises (surtout agricoles ou artisanales) bénéficient très souvent de l'aide de leurs conjoints dans l'exercice de leurs activités ? Ainsi, après avoir examiné la problématique liée à l'absence de reconnaissance du statut de l'époux du commerçant ou du chef d'entreprise par le législateur OHADA (**Section 1**), nous tenterons de mettre l'accent sur la nécessité de protection du conjoint du commerçant ou chef d'entreprise par les règles du droit communautaire (**Section 2**).

Section 1 : L'absence de reconnaissance du statut de l'époux du commerçant, du chef d'entreprise ou de l'entrepreneur par le législateur communautaire

L'écrivain brésilien Paulo Coelho disait : « lorsqu'une chose évolue tout ce qui est autour de même ²⁵⁰ ». Cette citation permet de faire remarquer que les transformations du droit de la famille, ces dernières années devraient influencer également les relations qu'il entretient avec d'autres domaines de droit. En effet, il n'était pas facile de faire un bon ménage entre le droit des affaires ²⁵¹ et

250

L'Alchimiste, trad. J. ORECCHIONO, p.185.

251

L'histoire du droit montre qu'à partir du droit civil des branches du droit se sont plus ou moins éloignées de lui, pour acquérir ce qu'il est convenu d'appeler leur autonomie. Il s'agit du droit commercial, du droit du travail, du droit pénal, ... Mais l'on note maintenant avec le phénomène de la mondialisation un mouvement inverse où de remise en cause de ces catégories traditionnelles fait assister dans une catégorie plus vaste appelée droit des affaires, les matières comme droit commercial, du droit des sociétés, du droit du travail, du droit de la concurrence, du droit de la consommation, du droit financier, du droit pénal, du droit administratif, du droit financier, du droit maritime, du droit des transports, du droit de la propriété intellectuelle, droit des assurances, droit bancaire, droit de la distribution etc. Il est vrai qu'on ne saurait ignorer que l'influence du droit commercial sur le droit cil a fait de celui-ci un droit plus souple et moins formaliste. Cf. F.TERRE, introduction au droit, 8e Ed., Dalloz, 2009, p.92.

le droit de la famille. Quoique dorénavant, l'altérité qui s'invite en droit de la famille permet d'établir ce ménage. C'est dire que les changements du droit de la famille lui font perdre pratiquement les spécificités qui faisaient de lui un droit dérogatoire des autres branches du droit civil et du droit des affaires. Elles doivent être alors prises en compte pour toute analyse contemporaine des relations entre époux.

Parlons du droit des affaires, certaines branches de ce droit comme le droit commercial, le droit des sociétés, font ou ont fait déjà l'objet d'une certaine harmonisation du droit OHADA alors que le droit de la famille est encore loin de subir une quelconque influence d'harmonisation. Si l'objectif de toute harmonisation est la protection juridique de la personne dans un espace communautaire donné, celui de l'OHADA est également de corriger les lacunes juridiques internes. Il a d'ailleurs eu le mérite de

mettre en lumière un des particularismes des commerces spéciaux²⁵² : celui des époux à être associés

d'une société²⁵³ ou la participation d'un époux²⁵⁴ à l'activité économique de son conjoint. Cette dernière situation amène des pratiques contractuelles qui sont méconnues des législations de cet espace. En effet, dans cette situation, le conjoint a une activité sans toutefois avoir une profession ou un statut. Cela implique pour lui un moins ou rien de revenu. C'est la description des situations dans lesquelles vivent beaucoup de conjoints qui interviennent dans les affaires de leur époux dans l'espace OHADA. Les époux qui s'insèrent dans l'entreprise de leur conjoint sont encore sans un statut clair qui permettrait de les protéger juridiquement. On a là une situation quasi générale. Elle est aggravée par la mal interprétation des éparses règles existantes. Alors qu'à priori, on aurait pensé qu'il s'agit d'une lutte mineure parce que nul ne conteste la contribution que peut apporter un époux aux affaires de son conjoint, il y'a des difficultés d'une véritable reconnaissance juridique.

C'est sûrement parce que telle reconnaissance ferait jaillir sur le couple les risques des activités d'un seul. On constate que le mariage, loin d'augmenter la protection de l'époux qui participe aux affaires de son conjoint, constitue un sérieux élément de perturbation.

A posteriori, l'évidence permet d'affirmer que la liberté d'entreprendre puisse être analysée comme reconnu à chacun de créer sa propre entreprise. C'est dans ce sens que le nouvel Acte uniforme portant droit commercial général a introduit en marge de la notion de commerçant, celui de l'entrepreneur. Le statut de l'« entrepreneur » est indéniablement l'innovation la plus retentissante de la révision de l'Acte uniforme relatif au Droit commercial général de l'O.H.A.D.A. de 2011. Mais qu'est-ce que

252

R.ADIDO, « les sociétés entre époux : survivance du principe de la prohibition dans la réforme OHADA », in Rev.Penant, 2004.

253

Article 9 de l'AUSCGIE, 99 et 100 de l'AUPCAP

254

Article 7 al 2 de l'AUDCG.

l'entrepreneur ?

Pour rentrer en guerre contre les économies qui exercent en marge de la légalité, le secteur informel (comme nous le verrons dans le prochain titre), l'OHADA a enfanté à l'article 30 de l'acte uniforme portant droit commercial général une nouvelle arme juridique, l'entrepreneur.

Selon son créateur, le législateur OHADA bien sûr, ce nouveau missile juridique est capable d'exterminer en un temps record les rebelles de l'économie. Cela fait presque beaucoup d'année que les escadrons OHADIENS sont entrain de mitrailler toutes les petites activités professionnelles civiles, commerciales, artisanales, agricoles.

Dans l'encyclopédie de la langue française, l'entrepreneur n'a pas moins de quinze synonymes. Il signifie : agissant, amorçant, attaquant, audacieux, aventureux, commençant, démarrant, entamant, galant, hardi, intentant, s'engageant, tentant. Tous ces termes désignent en un mot celui qui vient de commencer une initiative ou une activité économique de quelque nature que ce soit : ouverture d'un fonds de commerce, d'un fond civil ou d'un fond artisanal.

D'un point de vue juridique, l'Acte uniforme relatif au droit commercial général de l'OHADA, dans sa rédaction du 15 février 2010 en nous proposant une réglementation de l'entrepreneur ne s'écarte pas de cette explication littéraire de la notion (il semble d'ailleurs que ce terme est spécifique à l'OHADA). L'article 30 de ce texte dispose à cet effet : « l'entrepreneur est un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent acte uniforme, exerce une activité, commerciale, artisanale ou agricole ».

Au demeurant, il s'agit d'un nouveau statut professionnel qui est organisé, ou si on peut dire, d'un nouvel acteur institué dans les activités économiques des Etats membres de l'OHADA. De cette manière, l'OHADA entendait donner la priorité à l'esprit d'entreprise sur les obstacles formels, limiter les investissements du débutant et faciliter le retour dans le circuit économique officiel. En clair, l'entrepreneur est celui-là qui était communément appelé « le commerçant informel ».

L'entrepreneur est différent du commerçant. Le premier peut englober le second. Dans tous les cas, il peut être une personne physique qui mène une « double vie » : une vie entrepreneuriale et une vie privée.

Les profondes motivations qui ont présidé à ce qui semble être la principale innovation de la réforme entreprise par le Droit communautaire (si on peut encore s'accorder sur cette considération) depuis 2010 est ici clairement affichée : la lutte contre le secteur informel.

Appelé économie populaire ou économie informelle, le secteur informel est l'une des principales caractéristiques des économies africaines en même qu'il est l'expression de la désorganisation dont celles-ci souffrent. Il en résulte que la démarche du législateur OHADA est une manière commode

de faire entrer dans le circuit formel un certain nombre d'opérateurs économiques qui évoluent essentiellement en marge du circuit formel traditionnel. Plusieurs critères retenus dans la définition de l'entrepreneur par l'acte uniforme explique largement cette considération :

L'entrepreneur est avant tout défini comme un entrepreneur individuel, personne physique. Ce qui exclut les personnes morales, celles-ci supposant sans doute un minimum d'organisation et donc une certaine publicité. La notion d'entrepreneur suppose donc une personne qui est à ses débuts dans l'exercice d'une activité économique, ou alors quelqu'un qui a commencé l'activité économique, depuis un certain temps, mais qui n'a pas encore eu la chance de progresser. En somme, c'est un acteur économique dont l'activité n'est pas encore scientifiquement organisée et épanouie. Cette caractéristique correspond à l'activité des petits détaillants ou des petits prestataires, par exemple.

Ensuite, le statut de l'entrepreneur est un statut optionnel. Il fait appel au petit entrepreneuriat. En conséquence, c'est un statut qui n'est pas contraignant et qui ne s'applique pas de plein droit (il s'obtient à la suite d'une simple déclaration).

En outre, l'entrepreneur désigne concrètement soit un petit commerçant, soit un professionnel voisin du commerçant tel un artisan, un agriculteur ou encore un professionnel civil (article 30 précité) dont le chiffre d'affaires n'a pas atteint le seuil lui permettant de faire face aux obligations légales requises d'un professionnel. Ici, le domaine de la notion d'entrepreneur – très large faut-il le souligner- rend compte de la gamme variée d'activités que représente le secteur informel dont il est difficile par ailleurs de définir les contours.

En décidant ainsi de réglementer un statut nouveau dédié à un acteur nouveau de la sphère commerciale, le législateur communautaire n'a pas tenu compte de certaines réalités socio-économiques .En effet , comme nous l'avons défini dans les précédentes lignes, l'entrepreneur est un entrepreneur individuel qui est à ses débuts dans l'exercice d'une activité économique , ou alors quelqu'un qui a commencé l'activité économique , depuis un certain temps , mais qui n'a pas encore eu la chance de progresser. A cet effet, comme nous le savons très bien, en Afrique, ce genre d'acteurs économiques sont souvent amenés à travailler en collaboration avec leurs conjoints ou époux car la présence de ceux-ci est nécessaire à la réussite de leurs activités économiques. Ainsi, à la lecture de l'Acte uniforme révisé relatif au droit commercial général, il paraît possible de constater que l'activité du conjoint de l'entrepreneur ou encore du chef d'entreprise commerciale artisanale ou encore agricole n'est pas reconnu dans la conduite de l'affaire familiale. Celle -ci va s'inscrire dans le cadre réducteur de l'entraide conjugale, exclusive de toute rémunération, de toute capacité sur la marche de l'entreprise et d'une couverture sociale.

Cet état constituera une double injustice. D'une part, le rôle du conjoint face la complexité de la

gestion de l'entreprise n'est pas prise en compte et d'autre part, il ou elle ne bénéficiera pas ou sera privé des ressources tirées de l'entreprise dans laquelle il travaille.

Partons de l'alinéa 2 de l'article 7 de l'AUDCG, il a mis l'accent sur la situation particulière dans laquelle se trouve l'époux qui apporte son concours à l'entreprise de son conjoint ; déclarant que l'époux n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit ses actes de commerce habituellement et séparément, il lui dénie un statut de commerçant alors qu'il collabore à l'activité professionnelle de son conjoint sans toutefois lui préconiser un autre. Dans une telle situation, des préoccupations peuvent naître sur le sort de l'époux qui intervient dans l'entreprise de son conjoint surtout dans un espace harmonisé des affaires. De ces préoccupations, la plus importante est la suivante : avec les changements de la notion de famille auxquels on assiste ces dernières décennies et dans un processus d'harmonisation du droit des affaires, comme en droit OHADA, quel statut le législateur communautaire peut attribuer à l'époux qui intervient dans les affaires de son conjoint afin de mieux le protéger juridiquement ? Le législateur OHADA doit-il procéder comme l'a fait son homologue français avec la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 (**Paragraphe 1**) modifiée par la loi n° 2005-882 du 02 août 2005 (**Paragraphe 2**), en lui préconisant trois sortes de statuts : salarié, collaborateur ou associé ?

Paragraphe 1 : La loi française du 10 juillet 1982 relative au statut de l'époux du commerçant

On rappelle que le droit français , pour protéger le conjoint du commerçant qui se trouve être souvent la femme , a dû adopter la loi du 10 juillet 1982 modifiée par celle de 02 Août 2005 .Cette loi a constitué une avancée significative en lui donnant la possibilité de choisir entre trois statuts différents (collaborateur, salarié , associé).Elle tient compte ainsi des différentes formes de participation du conjoint aux côtés du chef d'entreprise qui est son époux dans l'exercice de son activité professionnelle.

Par ailleurs, le législateur a renforcé la garantie des droits patrimoniaux du conjoint sur les actifs de l'entreprise par la loi du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social.

Ainsi, avant de parler de la loi française de 10 juillet 1982 modifiée par celle de 2005, nous mettrons d'abord l'accent sur le statut légal du conjoint du commerçant avant les lois de 1982 et de 2005.

A- Le statut légal du conjoint du commerçant avant la loi du 10 juillet 1982

Avant 1982, la situation du conjoint du commerçant était régie par l'ancien article 4 du code de

commerce. Il faut définir de prime à bord, le conjoint collaborateur. Le conjoint collaborateur d'un commerçant ou artisan est au sens large une personne qui participe à l'activité commerciale tout en menant une vie de couple avec le commerçant. Il s'agit naturellement du couple marié officiellement, mais dans les faits, la question intéresse des personnes pacées ou vivant en concubinage. L'ancien article 4 du code de commerce ne considérait que la situation de l'épouse du commerçant en posant que la femme mariée du commerçant n'était pas réputée commerçante si elle ne fait que détailler (vendre en détail) les marchandises de son mari, elle n'est réputée telle que quand, elle fait un commerce détaillé. Le terme réputé signifie comme toujours l'existence d'une présomption dont la valeur devait être précisée.

La jurisprudence a dans un premier temps estimé que cette présomption de l'épouse du commerçant était irréfragable. C'est une solution trop rigide car entre l'aide apportée à un commerçant par son conjoint et l'installation de ce conjoint en tant que commerçant autonome, il y'a des degrés de situations. L'exercice commun de l'activité commerciale par les deux époux en tant que commerçants, la participation du conjoint au commerce exercé en société par l'autre membre du couple, le conjoint salarié de son époux commerçant, l'aide bénévole fournie par le conjoint à son époux, représentent autant de situations diverses à appréhender.

La jurisprudence a dû évoluer. Pour cause, la difficulté de la qualification du statut du conjoint de commerçant survient quand le couple se sépare, le conjoint voulant bénéficier d'une partie des fruits du commerce auquel il a activement participé (contribué par sa force du travail à développer sur le plan économique).

Il a été admis qu'il pouvait y avoir ce qu'on appelle une société créée de fait entre commerçant et son ancien collaborateur. De fait : des personnes agissent comme si elles avaient une société mais sans créer une. Consacrée par la jurisprudence, la société créée de fait suppose pour s'appliquer que soit constatée la réunion des trois principaux éléments constitutifs d'une société :

- Les apports soient en nature, en numéraire, en industrie ;
- La participation des associés aux bénéfices et pertes ;
- L'affectio societatis, c'est à dire l'intention des associés d'agir dans une société.

Première situation : La situation dit que dans la société créée de fait, l'affectio societatis peut se déduire des apports et du partage des bénéfices et des pertes. Les juges ont ainsi pu attribuer une partie des bénéfices commerciaux aux conjoints collaborateurs du commerçant lors de la dissolution de la relation de couple ayant existé entre le commerçant et son collaborateur.

Deuxième situation : La jurisprudence a déjà accueilli une action pour enrichissement sans cause (conjoint collaborateur contre le commerçant principal pour obtenir une part de l'activité économique.)

Troisième situation : La jurisprudence a parfois découvert un contrat de travail derrière la collaboration du conjoint du commerçant, le commerçant étant l'employeur et son conjoint le salarié.

Quatrième situation : La jurisprudence a parfois qualifié les deux époux de commerçants et surtout le conjoint collaborateur en constatant que ce conjoint exerçait ce commerce au même titre que le commerçant principal dans une pleine et entière collaboration faite dans le cadre d'une action commune et égalitaire.

Donc avant la loi de 1982, faute de texte clair et exhaustif, la jurisprudence réglait la situation du conjoint collaborateur selon quatre qualifications alternatives compte tenu de la situation particulière en cause (appréciation in concreto).

B- Le statut légal du conjoint du commerçant après la loi du 10 juillet 1982

Cette loi a réécrit l'ancien article 4 du code de commerce qui est devenu : « le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant, que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son conjoint ». Ce texte :

- Supprime le sexisme régnant dans le droit positif antérieur en parlant de conjoint et d'époux et non plus de mari et femme ;
- Maintien un mécanisme de présomption, comme dans le passé ;
- Offre trois possibilité au conjoint participant à l'activité commerciale de son époux : soit le conjoint est collaborateur, soit il est salarié, soit le conjoint est l'associé de son époux.

Cette solution est apparue critiquable car le triptyque qu'elle propose ne couvre pas toute la gamme de possibilités. Ce qui lui rend imparfait.

Première situation : Le conjoint peut disposer de statut de conjoint collaborateur. Ce conjoint n'est ni salarié ni intéressé aux bénéfices comme associés. Il aide le commerçant. Il fallait mentionner spécialement cette qualité au RCS ou au répertoire des métiers pour l'artisan. De ce fait, le conjoint collaborateur est présumé avoir reçu un mandat du commerçant pour accomplir des actes de commerce.

La jurisprudence a estimé que cette présomption était simple. Un tiers peut donc établir par tout moyen que le conjoint est commerçant au même titre que le commerçant, le mandat pouvant tomber,

en l'occurrence après déclaration notariée du commerçant et du conjoint collaborateur ou en cas de séparation de fait entre les deux.

Deuxième situation : Il peut être salarié de son époux au terme de la loi de 1982. La cour de cassation²⁵⁵ avait ouvert cette possibilité bien avant cette loi. Ici, la loi se contente de consacrer une solution prétorienne, le conjoint salarié bénéficie dès lors de toute la législation du travail, à condition de percevoir au moins le SMIC. La fiscalité vient cependant limiter la possibilité de déduire le salaire du conjoint, du bénéfice commercial quand les époux ont adopté le régime de la communauté légale sous prétexte que le salaire profite aux deux époux communs en bien.

Troisième situation : Associé de son époux commerçant. Alors que la loi limitait précédemment la possibilité d'existence d'une société entre époux, la loi du 10 juillet 1982 ouvre pleinement les portes, particulièrement dans le cadre de l'exercice d'une activité commerciale conjointe. La loi de 1982 a permis aux conjoints mariés sous le régime de la communauté de revendiquer la qualité d'associé quand un époux commerçant a créé une société autre qu'une société par action et ce en apportant des biens communs. Cette possibilité exclue donc les sociétés par action (SA), les sociétés en commandite par action et des sociétés par action simplifiée.

Les trois statuts présentés comportent des avantages dont les principaux résidents dans l'exclusion de la commercialité pour cette personne. Ces trois statuts n'ont pas épuisé toutes les possibilités, il fallait que la loi évolue.

. Le statut du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale.

Il ne faut plus parler simplement du conjoint du commençant mais de conjoint du chef d'entreprise. En effet, la loi offre désormais un statut complet au chef d'entreprise, l'entreprise au sens large du terme (commerciale, artisanale, libérale, agricole, industrielle).

Les possibilités qui s'offrent au conjoint ici sont ouvertes que si ce conjoint travaille dans l'entreprise familiale. Les textes marquants sont ici :

- La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME. Son décret d'application n° 2006-966 du 1er août 2006 relatif au conjoint collaborateur.
- La loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux. La loi du 5 janvier 2006 d'orientation rurale, les deux modifiant l'article L.321-5 du code rural.

255

Civ. 8 novembre 1938 à la gazette du palais, l.p.33.

Décret du 25 octobre 2006 relatif au conjoint de l'agriculteur.

Paragraphe 2 : La loi du 2 août 2005 et le décret du 25 octobre 2006

A- La loi du 2 août 2005

Au fond, il est prévu une affiliation du conjoint à la caisse d'assurance maladie et à la caisse d'assurance vieillesse du chef d'entreprise quand le conjoint opte pour le statut de conjoint collaborateur. Ce dernier bénéficie aussi de la formation continue mais l'apport principal réside dans l'obligation faite au conjoint de choisir entre trois statuts seuls possibles.

- Conjoint collaborateur ;
- Conjoint salarié ;
- Conjoint associé.

. L'obligation de choix qui n'est assortie d'aucune sanction. Il en résulte qu'en l'absence de choix, la jurisprudence pourra trancher très vraisemblablement en fonction des positions antérieures à la réforme ainsi opérée.

. Sort des conjoints envers les tiers : la loi de 2005 crée l'article L.121-7 du code du commerce qui dispose : « dans les rapports avec les tiers, les actes de gestion et d'administration accomplis pour les besoins de l'entreprise par le conjoint collaborateur sont réputés l'être pour le compte du chef d'entreprise et n'entraîne à la charge du conjoint collaborateur aucune obligation personnelle. Il y'a une présomption de mandat, le conjoint collaborateur sera considéré comme engagé personnellement si seulement si est prouvé qu'il a agi en dehors du cadre de l'entreprise.

B- Le décret du 1er août 2006

Il définit juridiquement le conjoint collaborateur comme le conjoint du chef d'entreprise commerciale, artisanale ou libérale qui exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans recevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1852 du code civil.

Le commentaire de ce décret fait observer que la loi ne précise pas si la présomption s'agissant de l'exclusion d'un travail extérieur est simple ou irréfragable. L'option entre :

- Le statut de collaborateur ;
- Salarié ;
- Associé.

Est déclarée par le chef d'entreprise au RCS en vue d'une inscription ou bien déclarée au répertoire

des métiers.

En ce qui concerne le conjoint de l'agriculteur, la loi du 5 janvier 2006 élargit les possibilités antérieurement offertes par l'article 321-5, en introduisant dans le milieu agricole le statut de conjoint salarié et celui de conjoint collaborateur. La déclaration d'option se fait auprès de la caisse de mutualité sociale agricole ou caisse d'assurance maladie du chef d'entreprise agricole. En matière agricole, l'option bénéficie aux personnes mariées mais aussi aux personnes pacsées ou vivant en concubinage.

En effet, en droit africain et autres pays du monde inspiré du code napoléon, quel que soit le régime de gestion du patrimoine des époux, les mariés se doivent soins et assistances réciproques pour la sauvegarde des intérêts moraux et matériels du ménage et des enfants. Bien plus, étant donné qu'il court régulièrement le risque de chute, de cessation de paiement et de faillite, en Afrique notamment dans les pays membres de l'OHADA, et comme nous l'avons souligné dans les précédents paragraphes, le commerçant ou le chef d'entreprise préfère, dans la plupart des temps, mettre ou donner sa confiance en son conjoint qu'en quiconque. Ainsi, le droit et l'obligation morale les dominant, les conjoints, pour faire bonne affaire, n'ont que le choix de s'associer et de mettre toute leur potentialité à l'exploitation commune d'une activité commerciale. En effet, à la différence du droit français, la situation des conjoints des commerçants ou des chefs d'entreprises, semble s'écarter étroitement de cette réalité juridique ou sociale dans l'espace OHADA. La position actuelle du droit OHADA est extrêmement contraire à cette réalité et a tellement oublié le conjoint participant aux activités commerciales de l'autre conjoint que celui-là n'a donc pas de droits et n'est soumis à aucune obligation alors que c'est souvent lui qui accomplit régulièrement les actes de commerce, traite directement avec les créanciers du commerçant, octroie des crédits, etc.

D'un côté, le législateur communautaire soumet l'acquisition de la qualité voire la capacité commerciale d'un conjoint à l'accomplissement par ce dernier des actes de commerce séparés de ceux de l'autre conjoint comme le souligne l'al2 de l'article 7 de l'AUDGC, de l'autre, la réalité actuelle montre que la plupart des conjoints participent effectivement aux activités des commerçants ou des chefs d'entreprise et ne jouissent par conséquent des droits qui tiennent à cette qualité notamment l'électorat et l'éligibilité au Tribunal de commerce, le bénéfice de la liberté de la preuve, d'une courte prescription et des procédures collectives d'apurement du passif; ils ne seront pas soumis à certaines obligations propres aux commerçants notamment celles de détenir des livres comptables, de s'immatriculer au registre de commerce et du crédit mobilier, de publier leur état matrimonial, de faire la concurrence loyale. Le conjoint du commerçant a alors une activité sans avoir une profession; c'est la description des situations dans lesquelles vivent beaucoup de conjoints qui interviennent dans les affaires de leurs époux qui sont eux couverts par un statut clair qui permettrait de les protéger

juridiquement.

Ainsi, dans un espace juridique dont l'objectif principal est surtout d'attirer certains acteurs économiques du secteur informel vers le secteur formel, il est inimaginable de laisser le conjoint qui participe aux activités d'un autre conjoint entreprenant ou commerçant, abandonné vis à vis de lui-même, de son conjoint commerçant ou entreprenant par exemple et de toutes les personnes avec lesquelles il entre en relation d'affaire dans le cadre de l'exercice des actes de commerce, sans statut, et sachant qu'en cas de décès du conjoint commerçant ou entreprenant, il sera non seulement privé de toute protection juridique, mais également des ressources tirées de l'entreprise dans laquelle il a travaillé durant de nombreuses années.

Section 2 : La nécessité de protection du conjoint du commerçant par les règles du droit communautaire et les conditions d'accès aux statuts par rapport au mode de conjugalité du couple

En Afrique, souvent quand le mari décède, c'est la famille qui récupère tous les biens du défunt alors qu'elle n'a nullement contribué à sa constitution dans la plupart des cas. Ainsi, pour ne pas que le conjoint d'un commerçant ou chef d'entreprise décédé qui a largement contribué à la constitution ou l'évolution de l'entreprise familiale ne soit confronté à ce genre de situation, le droit OHADA devrait tenir compte de cette réalité sociale africaine²⁵⁶ afin que le conjoint survivant du commerçant soit protégé par les règles du droit communautaire que par celles des droits de la famille des pays membres (qui sont fréquemment bafouées par les justices nationales), notamment en lui donnant un statut dont la protection sera assurée non seulement par le juge national mais également par le juge communautaire en cas de pourvoi en cassation. Donc la protection sera encore plus efficace que si on restait dans le domaine du droit de la famille. Le but ici est de permettre au conjoint survivant ou encore divorcé dans le cadre du divorce par exemple, de prouver son investissement dans l'activité de son ex conjoint ou de son défunt conjoint afin de pouvoir prétendre à un droit à récompense.

Ainsi, comme en droit français, nous proposons que le législateur communautaire, consacre les trois

256

La condition de la veuve dans le droit positif Tchadien des personnes et de famille, par B.DJIKOLOUM BENAN, Revue internationale de droit comparé. Vol. 54 N°3, Juillet-septembre 2002.PP.811-833.

257

On observe que dans la plupart des ethnies africaines, le dernier soupir du mari déclenche une situation d'enfer pour le conjoint, enfer créé et attisé par les membres de la grande famille du défunt. La douleur immédiate suscitée par la perte d'un être « cher » fait place à la cruauté du sort qui l'attend : un statut qui réduit la veuve à l'état de chose avec, de surcroît, le risque de l'éloignement de la progéniture ; pire, le veuvage, considérée hélas comme un objet de droit, n'a aucune vocation successorale...

statuts (collaborateur, salarié et associé) comme des statuts pour lesquels le conjoint participant au commerce de l'autre conjoint pourra choisir ou opter pour sa protection juridique tout en tenant compte de la réalité africaine.

En effet, comme nous l'avons toujours dit dans notre travail, le mimétisme juridique en soi n'est pas une mauvaise chose ; il ne s'agit pas ici d'interdire au législateur OHADA de s'inspirer du droit français, mais plutôt de s'inspirer tout en tenant compte, de la réalité socio-économique des pays membres, et non de prendre pour faire copier collé. C'est ce dernier aspect que nous reprochons au législateur OHADA dans notre travail.

Ayant déjà parlé dans les lignes précédentes de ces différents statuts notamment dans le cadre de la loi de 1982 de 2005 et de 2006, nous mettrons l'accent que sur les conditions d'accès aux statuts par rapport au mode de conjugalité du couple dans le cadre du droit OHADA.

Concernant les conditions d'accès à ces différents statuts par rapport au mode ou forme de conjugalité du couple , et contrairement au législateur français qui limite par exemple le statut de conjoint collaborateur qu'aux couples mariés sachant que ce statut ne coûte pas cher et est envisageable pour les entreprises individuelles ou les petites sociétés qui travaillent en EURL , (donc approprié pour les entrepreneurs évoluant dans le secteurs informel ou formel dans les pays membres de l'OHADA et dont la majorité n'est pas marié) dans le cadre du droit communautaire , nous proposons que tous ces trois statuts soient élargi non seulement aux couples mariés mais également aux couples qui vivent en union de fait , autrement dit en concubinage (**Paragraphe 1**) et à ceux qui sont liés par le mariage coutumier (**Paragraphe 2**).

L'union libre et le mariage coutumier, considérés comme des situations de communauté de fait par les législations nationales des pays membres de l'OHADA et n'ayant aucune valeur en droit positif de ces pays, (mais) face à la recrudescence de ces situations qui, à notre égard, produit des effets juridiques et des droits réciproques qui ne doivent être laissés à l'appréciation des conjoints des commerçants ou des chefs d'entreprises eux même. D'où, il s'avère impérieux que le législateur OHADA intervienne sur certains points afin d'organiser les rapports contractuels entre le chef d'entreprise et son conjoint qui sont en situation de communauté de fait ou mariés coutumièrement.

Cette intervention du législateur OHADA devrait se justifier par la volonté de combler le vide juridique entourant les couples non seulement mariés mais aussi non mariés dans le cadre notamment d'une participation d'un des conjoints dans l'exercice d'une activité professionnelle de son partenaire. Le droit des successions dans les pays membres de l'OHADA tout comme en France par exemple n'étant pas applicable aux couples non mariés, la consécration ou la reconnaissance de ces différents statuts par le législateur OHADA à ces derniers, permettra au conjoint de l'entrepreneur non marié

avec le chef d'entreprise, qui a largement participé au développement de l'entreprise de son défunt conjoint (ou ex conjoint) de bénéficier de certains droits.

Paragraphe 1 : L'accès aux statuts aux conjoints des chefs d'entreprises vivant en concubinage

Il faut rappeler qu'en France pendant longtemps, le droit ignorait la situation de concubinage. C'est à dire que le code civil ne contenait aucune disposition à propos du concubinage. Pour couvrir cette absence de considération qu'avait le code civil par rapport au concubinage, Napoléon avec cette phrase disait : « les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse des concubins ». Le concubinage était uniquement un fait social, ce n'était pas un fait juridique c'est-à-dire qu'il y avait aucune conséquence sur le plan juridique. Mais, petit à petit, le concubinage s'est développé dans la société française notamment à partir des années 60. En raison de ce développement du concubinage, il fallait poser petit à petit, les différentes règles applicables à la situation du concubinage et c'est la jurisprudence qui a posé les règles applicables aux concubins. Dès lors, qu'est-ce que c'est que le concubinage ? Autrement dit, c'est quoi être concubins ?

. La notion de concubinage

Étymologiquement, le terme concubinage vient du latin « cum cubare », ce qui signifie coucher ensemble. C'est la situation dans laquelle on va voir deux personnes qui vont vivre sous le même toit et dans même lit, de façon stable et continue. Comme nous l'avons souligné plus haut, pendant longtemps la notion de concubinage n'était pas définie par le code civil. Mais depuis la loi du 15 novembre 1999 (c'est cette loi qui a d'ailleurs institué le pacs) le code civil contient une définition du concubinage. C'est l'article 515-8 du code civil qui définit le concubinage en ces termes : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». Le concubinage c'est tout d'abord une union de fait. Cela veut dire que c'est une union de fait qui va lier deux personnes et cette union de fait est caractérisée par une vie commune de deux individus comme le dit la loi. Donc le concubinage suppose une certaine communauté de vie. Cette communauté de vie comprend naturellement tout d'abord une communauté de toit, c'est-à-dire que les concubins doivent habiter ensemble dans le même logement. Cette communauté de vie comprend également une communauté de lit puisque les concubins doivent avoir des relations sexuelles. En outre, cette communauté de vie doit présenter une certaine stabilité comme le dit le code civil et une certaine continuité. Concrètement, cela veut dire que la relation de concubinage doit quand même s'inscrire dans une certaine durée et ce qui implique qu'une simple relation temporaire ne peut pas être considérée comme une relation de concubinage. D'ailleurs il est tout à fait possible d'envisager

une situation de concubinage avec une personne mariée. D'après le code civil, pour être concubins, les individus doivent vivre en couple et ils doivent concrètement avoir une communauté d'intérêt.

Selon le dictionnaire HACHETTE ENCYCLOPEDIQUE, l'union libre est synonyme du concubinage qui signifie une situation d'un homme et d'une femme vivant ensemble sans être mariés.²⁵⁸

De cette deuxième définition, nous pouvons déduire que le terme concubinage peut s'employer en lieu et place du terme union libre. Nous pouvons également employer le terme union de fait en lieu et place d'union libre ou concubinage ; lorsque cette union dure ou se stabilise, elle crée un ménage de fait dont les effets sont similaires à ceux du mariage.

Cependant, la principale raison qui, à notre avis, nécessite l'extension de ces trois statuts être aux couples qui vivent en concubinage dans le cadre du droit communautaire, c'est la préservation de la famille.

- La préservation de la famille : un des éléments justificatifs de l'octroi de ces différents statuts aux couples non marié

. Préservation du rôle social de la famille

La famille est la cellule sociale par excellence. L'évolution des mœurs et différentes réformes législatives telles que la loi de 1972²⁵⁹ en France sur l'égalité des filiations a aboli la distinction entre famille légitime et famille naturelle. Puisqu'il n'y a plus de distinction quant au choix du mode de conjugalité, la famille quelle qu'elle soit, doit pouvoir bénéficier de la protection économique, juridique et sociale accordée par l'État ou les organisations régionales.

Il est vrai que l'octroi des droits aux concubins est plus difficile puisqu'il s'agit d'une situation de fait

258

Dictionnaire Hachette encyclopédique, MCP, Paris 1996, p 411.

259

Avant la loi du 3 janvier 1972 en matière de filiation, l'aspect juridique et institutionnel était résolument privilégié : il n'y a de famille que légitime. La filiation, entendue dans la plénitude de ce que signifie « fils de », c'est à dire avec l'intégralité des droits correspondant à l'appartenance à une famille et particulièrement les droits successoraux, devait être l'objet ou l'émanation d'un contrat : le contrat de mariage pour la filiation légitime, contrat d'adoption pour la filiation adoptive.

La filiation naturelle restait largement hors la loi, la reconnaissance ne créant que des liens limités à la personne du père ou de la mère.

Les liens du sang, à eux seuls, n'étaient pas susceptibles de fonder une véritable filiation sociale, ne portant en eux-mêmes aucune légitimité. L'établissement de la filiation naturelle dérivait, cependant, d'un acte social, la reconnaissance, ou d'un jugement.

Avec la loi de 1972, l'alignement des filiations légitime et naturelle va se réaliser sous l'empire de la vérité biologique, nouvelle figure des « liens du sang ». La loi du 3 janvier 1972 repose sur deux fondements :

- l'égalité naturelle légitime ;*
- la vérité à la fois biologique et sociologique.*

aux yeux des législateurs nationaux des pays membres de l'OHADA, mais cela n'empêchera pas au législateur communautaire de consacrer la possibilité de choix entre ces différents statuts dans l'Acte uniforme relatif au commercial général, peu importe la forme de conjugalité du couple.

. *Préservation de la famille contre les discriminations*

L'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH) assure le droit à une vie privée et le droit à une vie familiale normale à tous.²⁶⁰ C'est sans doute ce qui a poussé le législateur français de 1972 d'abolir la distinction qui existait entre la famille légitime et famille naturelle sur l'égalité des filiations.

La question s'est posée de savoir s'il fallait préserver la reconnaissance d'une vie familiale et « **forcement les avantages qui peuvent y découler** » aux seuls couples mariés ?

Dans un arrêt du 13 juin 1979 « Marckx » la cour européenne des droits de l'homme (CEDH) affirme l'égalité entre les liens légitimes et les liens dits naturels sur le fondement de l'article 14 de la CEDH.

De ce fait, l'union libre est également digne de protection au même titre²⁶¹ que le mariage.

Cela dit, une fois qu'il ait décidé de consacrer ces différents statuts²⁶² dans ses prochaines réformes, le législateur OHADA devrait se réserver le droit de limiter la reconnaissance ou le choix de ces statuts qu'aux seuls couples mariés comme l'a fait le législateur français.

Les États Membres de l'OHADA devraient également se pencher sur les préoccupations que posent le droit de la famille, précisément en ce qui concerne le concubinage ou l'union libre, du fait que les personnes qui vivent dans ce genre d'union ont le droit à une égale protection de la loi conformément à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples.²⁶³

260

Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950, art8.

261

Arrêt « Marckx » du 13 juin 1979, cour européenne des droits de l'homme.

262

- *Conjoint collaborateur*
- *Conjoint salarié*
- *Conjoint associé.*

263

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 art 18 : al1 « La famille est l'élément naturel et la base de la société. Elle doit être protégée par l'État qui doit veiller à sa santé physique et morale »

Art 18 al2 « L'état à l'obligation d'assister la famille dans sa mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la communauté ».

Art 18 al3 « L'état a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les déclarations et convention internationales. ».

Certes l'on ne dispose pas des statistiques fiables sur le nombre des chefs d'entreprises ou commerçants vivant en couple sans êtres mariées. Malgré cela, il y a lieu de constater qu'il existe de plus en plus d'union de fait chez les acteurs économiques dans l'espace OHADA. Le pourcentage de ces couples de chefs d'entreprises par rapport à l'ensemble des couples n'est plus du tout négligeable. Pourtant ni les législations nationales des pays membres de l'OHADA, ni le droit communautaire ou encore une loi particulière ne semble envisager la résolution des divers problèmes que soulèvent ces unions en matière des affaires et notamment sur le sort du conjoint du chef d'entreprise qui collabore ou participe activement à l'activité de celui-ci. Car dans la plupart des cas, ces conjoints interviennent parfois en qualité de mandataire de leurs conjoints, ils peuvent signer les contrats, un certain nombre de documents qui font qu'ils participent activement à la vie de l'entreprise.

Comme nous l'avons toujours dit dans notre travaille, la loi doit toujours s'adapter aux transformations sociales cela s'explique du fait que la loi est appelée à évoluer dans l'espace et dans le temps. D'où, il est temps pour le législateur communautaire d'intervenir sur ce point.

A L'heure actuelle , dans l'espace OHADA , la prolifération des couples de chefs d'entreprises ou de commerçants vivant en concubinage (ou mariés coutumièrement) ou non marié officiellement n'est plus une situation à démontrer , c'est pourquoi sur un total de 150 couples de commerçants ou chefs d'entreprises que nous pouvons avoir dans un quartier de poto-poto qui est le plus important quartier commercial de la ville de Brazzaville (Congo, pays membre de l'OHADA) , il est fort probable de démontrer que 80 couples de commerçants vivent en concubinage, et 40 couples mariés coutumièrement. Pour confirmer nos affirmations, nous avons pris un échantillon de 60 couples de commerçants habitants dans les différentes ruelles de l'arrondissement 3 Poto-poto. A l'issu de notre enquête, nous avons déduit les résultats suivants :

- 18 couples légalement mariés
- 42 couples en union libre ou non mariés officiellement (concubinage ou mariage traditionnel), parmi ces derniers certains se considèrent comme mariés légalement en disant que l'homme s'est déjà présenté chez les parents de la femme avec quelques casiers de bières et dames Jeanne de vin puis quelques bouteilles de whisky et d'autres disent que la dote (le mariage coutumier) a été déjà versée à la belle-famille donc , mariés .Parmi ces couples , il y'a ceux dont la grossesse de la femme a précédée , occasionnant cette communauté de vie , il y'a aussi ceux dont l'exagération du coût de la dot et les interdictions familiales de ne pas se marier avec les descendants d'une tribu quelconque étaient à la base de cette communauté de vie.

Nous avons recueilli les propos suivants des chefs d'entreprises et commerçants vivant en union libre :

- Monsieur LEBIBI EDSON nous a tenu les propos suivants : nous nous sommes présentés chez les parents, les deux familles se sont connues et par conséquent, il n'est plus important que nous nous marions.

D'où, non seulement les législateurs des États membres de l'OHADA, mais également le législateur communautaire ont tous intérêt, face à la recrudescence de ce phénomène, de protéger ces unions d'une manière ou d'une autre afin que les conjoints de ces chefs d'entreprises qui se sacrifient dans les activités de leurs partenaires puissent se sentir juridiquement en sécurité.

En faisant une analyse comparative de la position de certains pays développés comme la France à celle des pays membres de l'OHADA sur la question, nous constatons que ces pays développés ont déjà fait beaucoup d'évolutions en voulant d'une part, protéger le mariage qui est la cellule de base pour la famille, et d'autre part ne voulant pas aussi laisser les réalités sociales familiales en matière d'affaires échapper au droit, ce qui n'est pas le cas pour les pays membres de l'OHADA (ou du droit communautaire lui-même) qui protègent que le mariage en mettant en cause les unions libres qu'ils qualifient tous des unions de faits sachant que le taux de celles-ci chez les entrepreneurs ou commerçants est supérieur aux taux des mariages enregistrés. C'est dans cette perspective que la France en matière agricole a sans doute, fait bénéficier l'option de conjoint collaborateur et salarié non seulement aux personnes mariées mais aussi aux personnes pacsées ou vivant en concubinage bien que cela soit d'hommage que ça se limite qu'en matière agricole.

Paragraphe 2 / L'accès aux statuts aux conjoints des chefs d'entreprises mariés coutumièrement : le cas de la dot

Dans les sociétés africaines, le lien matrimonial est scellé par étape en suivant une procédure traditionnelle qui présente comme suit :

- Premier contact avec les parents de la jeune fille ou de la femme ;
- Demande de main de la jeune fille ou de la femme ;
- Mariage proprement dit.

Cette façon spécifique d'unir les époux est répandue en Afrique notamment dans les pays de la zone franc et se fait par l'intermédiaire de la dot. Elle est le plus souvent désignée sous le vocable de mariage traditionnel ou mariage coutumier. Ainsi, malgré l'évolution qu'ont connu les sociétés

africaines, ce type de mariage demeure une étape nécessaire voir obligatoire avant de se présenter devant l'officier de l'État civil.

L'Afrique, bien avant la colonisation, avait ses coutumes qui régissaient la vie dans les sociétés. Le colonisateur en s'installant souhaita appliquer sa loi et par la même éradiqua certaines pratiques traditionnelles, telle que la polygamie, les rites de veuvage, la dot ou l'excision. Ainsi, la loi du 24 avril 1833 disposait dans son article premier : « Toute personne née libre ou ayant acquis sa liberté jouit dans les colonies françaises des droit civils, des droits politiques sous les mêmes conditions prescrites par la loi ». Cette loi impliquait le principe de l'application directe des textes métropolitains dans les colonies françaises. Elle s'appliquait aussi bien aux français nés libres dans les colonies qu'aux autochtones qui auraient acquis leur liberté dans ces mêmes colonies.

L'application des textes métropolitains a néanmoins connu un échec en raison de la persistance des pratiques traditionnelles par les populations autochtones. Le législateur français contraint de reconnaître l'importance des coutumes devint plus tolérante en élaborant le décret du 20 mai 1857 qui reconnaissait l'application des coutumes dans les colonies françaises.²⁶⁵ Les pratiques traditionnelles avaient alors été reconnues aux populations autochtones dans certains domaines comme l'état civil, le mariage, les successions ou les donations. Cependant, le législateur français ayant vu en certaines de ces pratiques une atteinte à la dignité de la femme, a revu sa position sur les législations applicables aux populations autochtones. Aussi décida-t-il de restreindre l'application de ces législations dans le but d'atténuer les effets pervers dont la femme sera victime. Plusieurs décrets avaient été alors pris en vue "d'humaniser" certaines pratiques à l'égard de la femme. Il s'agit essentiellement du décret Mandel du 15 juin 1939, le décret Moutet²⁶⁶ du 20 février 1964, le décret Jacquinot²⁶⁷ du 14 septembre 1951.

A partir de l'application de ces différents décrets, une dualité juridique où le droit traditionnel cohabite avec le droit moderne dans les communautés africaines francophones va exister pendant les années en Afrique noire. Progressivement, on commence néanmoins à assister à l'élaboration et l'adoption

265

Ce décret est rendu applicable dans les colonies dahoméennes par celui du 16 décembre 1894 qui « étendit au Dahomey (actuel Bénin) « la législation civile et commerciale du Sénégal ». Le décret du 06 août 1901 a confirmé le processus (cf KOUASSIGAN (G.A), « Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique francophone cité par J.DJOGBENOU, « Les personnes et la famille en république du Bénin : la réalité sociale à l'actualité juridique » in la personne, la famille et le droit en République du Bénin : contribution à l'étude du code des personnes et de la famille, Edition Juris OUANILO, 2007 p.17).

266

Décret qui qualifie de mise en servitude la réclamation de veuve dans une succession.

267

Décret qui a été le premier texte à réglementer la dote et poser le principe de l'option du mariage, publié par le Jo de la République Française du 16 juin 1939

de codes qui sont propres à certains pays africains francophones .

A travers ces différents codes, certaines pratiques traditionnelles ont été consacrées et d'autres prohibées. Ainsi, « **la dot** » fait partie des pratiques qui ont été consacrées dans ces différents codes.

La dot est une très vieille pratique africaine qui existait et continue aujourd'hui d'exister dans certaines sociétés africaines et notamment dans les pays membre de l'OHADA. Certes, la dot existait dans la culture occidentale, mais elle n'a pas les mêmes caractéristiques que celles des sociétés africaines. La dote occidentale est un ensemble de biens apportés par la femme ou par sa famille pour subvenir aux besoins du nouveau ménage qui se fonde. En droit romain par exemple, la dot est l'« ensemble de biens apportés par la femme pour contribuer aux charges de ménages. Ainsi, tout comme en matière de concubinage, le droit communautaire dans ses prochaines réformes sur l'attribution d'un statut au conjoint du chef d'entreprise, devrait faire faire bénéficier l'option entre les 3 statuts, au conjoint du chef d'entreprise ou à l'entrepreneur lié à ce dernier par la dot.

En dehors de la situation du conjoint du commerçant qui participe activement à l'activité de celui-ci, qui n'a pas été prise en compte par le législateur communautaire dans le cadre de l'édiction des Actes uniformes, il est important de signaler également l'absence de consécration de la notion de coépouse dans les textes de lois OHADA, sachant que la polygamie est légale dans pratiquement quatorze Etats sur les dix-sept que compte l'OHADA.

268

Par exemple le Bénin en 2002, le Burkina Faso en novembre 1989, le Togo en janvier 1980, le Congo Brazzaville en 1984.

CHAPITRE II :

LA POLYGAMIE ET L'ABSENCE DE CONSECRATION DE LA NOTION DE COEPOUSE DANS LES ACTES UNIFORMES

« S'il n'est que de vous nourrir, une seule femme suffit ». Cette citation tirée des contes d'Amadou Koumba de Bigaro Diop n'est pas parole d'évangile sur le continent africain où voir un homme marié à plusieurs femmes ne choque pas.

En effet, le mariage constitue une étape capitale dans la vie d'un individu ; c'est aussi une institution sociale fondamentale.

En Afrique, il est un devoir sacré imposé par les communautés afin d'assurer la continuité du clan²⁶⁹, « l'importance de l'enjeu est telle que le mariage implique toute la famille et même les amis dans le processus de prise de décision du choix du futur(e) conjoint(e) et des conditions de fiançailles. C'est donc finalement une institution qui engage non seulement l'avenir du couple formé par l'homme et la femme, mais également celui de la société ».

Cette nouvelle institution diffère selon les contextes sociaux et selon le régime matrimonial.

On distingue aussi deux formes d'unions qui sont l'union monogamique et l'union polygamique. Si la première forme se rencontre dans presque toutes les sociétés du monde, la seconde par contre fait la particularité de certaines sociétés.

En étudiant la polygamie dans 557 sociétés, Murdock (1957) cité par Pison (1988) a recensé 418 sociétés polygames. Ce type d'union semble être plus répandu en Afrique au sud du Sahara où elle est pratiquée à grande échelle. Au Sénégal par exemple 46% des femmes sénégalais vivent en union polygamique avec 42% en milieu urbain et 48% en milieu rural (EDSS III 1997). Au Bénin, 50% des femmes en union et 33% des hommes mariés sont dans une union polygamique ; par ailleurs, 45% des femmes du milieu urbain vivent en union polygamique contre 52% en milieu rural. La part des hommes est relativement élevée avec 34% dans le milieu contre 29% dans le milieu urbain (DESS I, 1996.). Les résultats de l'EDS II (1998) du Togo montrent que 43% des femmes et 25% des hommes en union vivent dans cette forme d'union avec une forte disparité selon le milieu de résidence (34% dans le milieu urbain et 47% en zone rurale. Selon l'EDS du mali, 44% des femmes en union et 27,3% des hommes mariés vivent dans une union polygamique, dont 36% en milieu urbain et 47% en milieu rural pour les femmes, contre respectivement 23% et 29% pour les hommes.

La polygamie est considérée comme une pratique nataliste dans la mesure où elle augmente l'entrée

269

M-P. THIRIAT, 1998. Statuts et rôles féminins au Cameroun, Politique africaine 1998, p.47.). Selon HONEDOKOHO (1995).

en union et le remariage des femmes. Selon Pison (1982), la polygamie est l'un des déterminants de la forte natalité et contribue à augmenter la fécondité collective. La plupart des études laissent penser que la polygamie est une pratique traditionnelle appelée à disparaître sous les effets conjugués de l'urbanisation, de l'emploi féminin, du christianisme et de la modernisation (Ware, 1979). Pourtant jusqu'à présent, le phénomène semble bien persister aux pressions de la modernisation et aux exigences du christianisme. On observe une forte variation du phénomène selon l'âge, la fréquence est beaucoup plus élevée chez les personnes âgées que chez les jeunes. En Afrique, si un homme qui a plusieurs femmes est respecté, par rapport à celui qui en a qu'une seule de même, un homme qui a plus d'enfants est respecté plus que celui qui en a moins.

Après les indépendances, les États africains ont adopté de nouvelles législations codifiant l'organisation familiale. Certains États ont interdit la polygamie, d'autres ont adopté un compromis entre législation occidentale et tradition africaine. Si les législations sont assez différentes d'un pays à l'autre, elles ont toutes pour point commun d'être peu appliquées. En Côte d'Ivoire (1964) et en Guinée (1962), l'abolition de la polygamie n'a pas empêché la pratique de la polygamie à des proportions élevées. En 2019, l'Assemblée nationale ivoirienne a adopté une réforme de la loi sur la filiation. Depuis, un homme peut reconnaître son enfant adultérin sans le consentement de son épouse légale. Une évolution de la loi qui donne lieu, à un sentiment de légitimation déguisée de la polygamie.

En Afrique, la zone franc peut être considérée comme la zone où la pratique de la polygamie est plus répandue. Ainsi dit, pourquoi le législateur communautaire a-t-il consacré la conception monogamiste dans les Actes uniformes OHADA, notamment celui relatif au droit commercial général ? (**Section 1**). Les activités économiques étant l'un des facteurs explicatifs de la polygamie, nous pensons qu'il est temps pour le législateur OHADA de prendre en compte le régime matrimonial du commerçant, du chef d'entreprise ou des acteurs économiques d'une manière générale dans le cadre de l'élaboration des Actes uniforme (**Section 2**).

Section 1 : La conception monogamiste du droit OHADA dégagée par l'Acte uniforme relatif au droit commercial général sur le commerçant

Nous sommes bien d'accord que si le législateur OHADA a consacré la conception monogamiste du commerçant dans les différents Actes uniformes, notamment dans l'AUDCG, justement parce qu'il s'est inspiré du code de commerce de 1807 et n'a donc pas par conséquent, tenu compte des réalités socio-économiques des pays membres (**Paragraphe 1**). Ainsi, Il est sans oublier que cela peut éventuellement engendrer des sérieux problèmes en cas de séparation ou décès de l'époux

commerçant si ce dernier était officiellement polygame (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Une conception monogamiste du commerçant inspirée du code de commerce de 1807 par le législateur communautaire

En considération de la famille comme cellule de base de toute société, les normes édictées pour régir d'autres domaines de droit et touchant ce cadre, autrement dit la famille, doivent répondre aux données sociologiques de l'ordre juridique visé car chaque peuple est épris de ses valeurs et de sa culture.

Plus significative, le code civil ou encore le code de commerce français renferment dans leurs racines une glorieuse histoire. Le code civil par exemple est un code qui prend en compte ses réalités, de sorte que même les rédacteurs tels que Tronchets, de Seize et Bigot de Premeneau étaient comme des mandataires de coutumes locales.

Cela dit, le droit de l'OHADA est un droit créé pour s'appliquer qu'au droit des affaires dans les États membres et il ne régit pas le droit de la famille. Or le droit de la famille (ou les codes de la famille) de la plupart des pays où le droit de l'OHADA est applicable reconnaît officiellement la polygamie. Ainsi, il est donc nécessaire s'il y'a besoin (comme dans notre cas), de régler le problème du droit de la famille pour pouvoir ensuite appliquer la solution à la règle du droit de l'OHADA.

En effet, lorsqu'un commerçant a un conjoint et que ce dernier est son collaborateur, en droit français, on parle de conjoint collaborateur et lorsque le législateur français ou les rédacteurs du code de commerce français parlent de conjoint collaborateur, ça veut dire qu'ils parlent d'une seule femme. Pourquoi parlent-ils seulement d'une seule femme et non de plusieurs ? La réponse est simple et claire, justement parce que la législation française n'autorise pas la polygamie.

A titre de rappel, et selon le code civil, un mariage polygame ne peut être contracté en France. Il est impossible de se marier ou de pacser avec plusieurs partenaires. Ainsi, la loi Pasqua du 24 Aout 1993 a introduit des dispositions spécifiques à l'égard des ressortissants étrangers polygames. L'article 15 bis de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers sur le territoire français dispose que « par dérogation aux dispositions des articles 14 et 15 de l'ordonnance précitée, la carte de résident ne peut être délivrée à un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie ni aux conjoints d'un tel ressortissant. Une carte de résident délivrée en méconnaissance de ces dispositions doit être retirée ». Par ailleurs, l'article 30 de la même ordonnance rajoute que « lorsqu'un étranger polygame réside sur le territoire français avec un conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial... ». Ces dispositions préventives et répressives de la polygamie que nous venons de citer témoignent à quel point la polygamie est considérée en France comme une dérive sectaire contraire

aux valeurs de la république. Depuis des siècles, le législateur français a toujours répondu au souci de territorialité dans le cadre de l'élaboration des normes juridiques. La consécration de la conception monogamique du commerçant dans le code de commerce par les rédacteurs de celui-ci n'a fait que répondre au principe de prise en compte des réalités sociales lors de l'édiction des normes dégagés par les auteurs comme Montesquieu ou le doyen Carbonnier que nous avons cité dans les précédents paragraphes de notre travail.

Ainsi, à l'examen de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, il paraît possible de constater que le législateur communautaire a ignoré de mettre en application ce principe de prise en compte des réalités sociales lors de son intervention. Il s'est borné à intégrer dans l'Acte uniforme la conception antipolygamiste du commerçant comme en droit français, sachant que 75% voire 80% des pays où les Actes uniformes sont applicables, autorisent la polygamie dans leurs codes de la famille. En effet, comme nous venons de le dire, dans toute la zone franc où le droit OHADA est applicable, hors mis la Côte d'Ivoire²⁷⁰ qui a aboli la polygamie en 1964 et le Bénin²⁷¹ où la polygamie n'est plus la norme depuis 2004, on observe dans l'ensemble des pays membres de l'OHADA un maintien de la polygamie aussi bien en milieu rural qu'en milieu urbain. La polygamie possède souvent un statut légal et constitue un régime matrimonial au même titre que la monogamie. Dans ces pays membres de l'OHADA, il ne faut pas ignorer que plus de la moitié de la population vit dans des foyers ou dans des relations polygamiques. La polygamie demeure une réalité dans ces États et leurs législations n'impliquent pas qu'elles l'aient imposée mais plutôt, qu'elles donnent le libre choix aux citoyens en ce qui concerne leur régime matrimonial. Autrement dit, ces législations prévoient différents régimes matrimoniaux laissés au choix des conjoints.

Tel est le cas du Sénégal, Guinée, du Gabon, du Burkina-Faso, du Congo Brazzaville, du Togo²⁷²,

270

La loi ivoirienne a supprimé la polygamie et reprend la formulation de l'article 147 du code civil français qui dispose : « nul ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du précédent ».

271

Le 14 juin 2004, la cour constitutionnelle Béninoise a adopté un nouveau code de la famille n'admettant plus la légalité de certaines pratiques coutumières. En premier lieu, la polygamie, sans être interdite, n'est plus reconnue. En effet, seule l'épouse officielle pourra désormais jouir des droits de son mari polygame en cas de décès de celui-ci.

272

Au Togo : selon le code des personnes et de la famille du Togo, la polygamie est légale dans ce pays (Togo 2010, paragraphe 2-2, directrice 12 février 2012 ; Togo 1980, art 42.). Dans une communication écrite envoyée à la direction des recherches, la directrice de recherche émérite de l'institut national d'études démographiques à Paris, qui a étudié les structures familiales en Afrique et les questions liées au genre au Togo a cependant précisé que le code de la famille limitait le régime polygamique à deux épouses (12 février 2012). Selon la directrice, la polygamie est une « pratique courante » au Togo, tant dans les régions urbaines que rurales, quoique les hommes les plus pauvres n'ont « souvent » pas les moyens d'avoir un mode de vie polygame (12 février 2012). D'après deux sources, environ 54% des femmes mariées au Togo sont dans une union polygame (Togo 2010, parag 2 ; 2 FIDH 5 mars 2009).

Le code des personnes et de la famille du Togo exige que lors de la cérémonie du mariage, les futurs époux souscrivent à un régime de monogamie ou de à un régime de polygamie devant un officier de l'état civil ou, s'ils se trouvent à l'étranger, devant un agent consulaire ou diplomatique « territorialement compétent » (Togo 1980 art 52).

du Niger, du Mali, de la Centrafrique²⁷³, du Tchad, Comores²⁷⁴ etc.

La polygamie est une réalité africaine qui est en train de changer à cause notamment des conditions socio-économiques qui se dégradent. En effet, avoir plusieurs femmes supposent de donner également

une multitude de dots, ce qui devient un fardeau lourd à supporter²⁷⁵.

Le recul de la polygamie en Afrique tient également au fait que, après la pénétration des explorateurs et l'implantation consécutives des missionnaires dans les pays africains, la polygamie, pour la première fois, prêta le flanc à de vives critiques de la part de ceux-ci qui virent dans la monogamie, l'une des vertus cardinales de la foi chrétienne. Quiconque veut accéder à Dieu par la voie de l'évangile doit s'abstenir d'être polygame. Le succès du catholicisme marqua effectivement une nette régression de la polygamie. Les efforts du clergé catholique, sur ce point, seront ultérieurement rejoints par ceux des luthériens, des calvinistes presbytériens qui, avec des dogmes différents prêchent

la même foi²⁷⁶.

Il faut préciser que l'Afrique et l'Europe n'ont pas le même modèle sociétal. Un des chefs de file de la recherche interculturelle, le Néerlandais Geert Hofstede, définit la culture comme la programmation collective de l'esprit qui permet de distinguer les membres d'un groupe de ceux d'un autre groupe. La culture détermine des aspects visibles d'une société comme la manière de se comporter, de vivre, de s'exprimer etc. Elle est composée de valeurs, qui influent fortement sur le comportement. En effet, ce qui est considéré en Europe comme des valeurs ou des us et coutumes, ce n'est pas la même chose sur le continent africain. Comme nous l'avons dit dans notre introduction, les pays occidentaux sont marqués par une culture individualiste tandis que les pays africains notamment d'Afrique noire sont marqués par une culture communautariste c'est-à-dire, collective. Ainsi, lorsqu'on est dans une société qui prône ou tolère l'homosexualité et interdit la polygamie qui est une valeur africaine, nous pensons qu'il y'a un problème. Ce qui nous interpelle c'est les

273

En république Centrafricaine, la polygamie est légale. La liberté de choix du régime matrimonial en Centrafrique repose sur un constat simple. Le mariage polygamique est autorisé pour laisser aux citoyens, le libre choix de leur régime matrimonial. Ainsi, un homme qui veut se marier a, selon la loi (), la possibilité de choisir entre la polygamie ou la monogamie. Cette coutume tire son origine dans les habitudes séculaires qui admettent que l'homme soit uni à plusieurs femmes à la fois avec l'obligation de consommer chacun des mariages, de procurer aide aux conjointes, de leur prêter assistances et secours, de cohabiter avec elles et de leur rester fidèle.

274

Au Comores, le mariage plural possède un statut légal et une reconnaissance comme régime matrimonial au même titre que la monogamie. Le régime matrimonial Comorien, s'inspire du droit musulman. Au Comores, la loi doit être respectée parce qu'elle est la volonté du pouvoir et que cette volonté reflète ou incarne celle de Dieu. L'ordre légal en terre musulmane repose donc sur le Coran, et sur l'exemple du prophète Mahomet.

275

J.MANDE-DJAPOU, la polygamie et le droit pénal centrafricain, pénant : revue de droit des pays d'Afrique, édition Ediena, Pris 1978, p.69.

276

J. MANDE-DJAPOU op.cit, p.70.

injonctions que l'occident donne ou veut donner à l'Afrique pour des valeurs qui n'ont rien avoir avec sa civilisation. En 2020, une femme politique française lors d'une interview télévisée avait déclaré que la polygamie ne fait pas partie des valeurs républicaines. Pendant ce temps, pour elle l'homosexualité fait partie des valeurs françaises, valeurs qui sont aujourd'hui imposées aux africains et à un moment donné, lorsqu'une personne est contre l'homosexualité, elle devient Homophobe. Pourquoi l'occident interdit le mariage polygamique mais encourage le mariage homosexuel et veut imposer celui –ci en Afrique alors que l'homosexualité n'est pas dans la culture africaine comme nous l'avons dit plus haut. A notre avis, il s'agit là d'un plan destructeur de la part de l'occident, de l'ordre naturel ou encore divin des choses. Si l'homosexualité qui est une valeur occidentale est pris en compte par le législateur français dans le cadre de l'élaboration des normes juridiques, pourquoi le législateur communautaire OHADA ne doit-il pas faire autant pour ce qui concerne la polygamie qui est une réalité bien africaine ? Comme le soulignait un auteur contemporain : « chacun de nous appelle par barbarie, tout ce qui n'est pas de son usage, de sa culture ou de sa civilisation ». Ainsi, si aujourd'hui la France impose au législateur communautaire de consacrer la conception antypoligamiste du commerçant dans l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, nous pensons que c'est justement parce que ce genre d'union n'est pas de son usage ou encore de sa culture. Malgré ce contact avec la civilisation occidentale qui prêche la monogamie de la famille, la polygamie doit subsister dans la zone OHADA. Les législations nationales des pays membres en la matière doivent préserver cette réalité sociologique africaine et laisser le choix aux époux qui peuvent y renoncer lors du mariage civil. Ainsi dit, le législateur OHADA à l'instar de son homologue français de 1807 qui a répondu aux données sociologiques en consacrant seulement la conception monogamiste du commerçant dans le code de commerce, doit également répondre aux réalités sociales des pays membres de l'OHADA, en consacrant non seulement la conception monogamiste du commerçant mais également la conception polygamiste de celui-ci car la non consécration de celle-ci dans les Actes uniformes peut engendrer certains problèmes que nous allons exposer dans le prochain paragraphe.

Paragraphe 2 : Les éventuels problèmes engendrés du fait de la consécration par le législateur OHADA de la conception monogamiste du mariage

L'article 7 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général à son alinéa 2 dispose : « le conjoint d'un commerçant n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit les actes visés aux articles 3 et 4 ci-dessus, à titre de profession habituelle, et séparément de ceux de son époux ». Ainsi, comme en droit français, si l'alinéa 2 l'article 7 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général parle simplement de conjoint du commerçant, cela veut dire qu'il ne reconnaît pas la possibilité d'en avoir

plusieurs.

A la lecture de cette disposition, nous constatons que l'épouse (ou époux pour reprendre les termes de l'article 7 de l'Acte uniforme sus visé) du commerçant issus des ménages polygamiques dans l'espace OHADA est dans une situation précaire parce qu'elle ne peut pas se prévaloir du statut de coépouse pour réclamer un droit sur un bien conformément à la consécration monogamiste du mariage par l'AUDCG.

ILLUSTRATION : A supposé qu'un commerçant décède et que ce dernier laisse plusieurs femmes ou épouses, sachant que dans la plupart des pays membres de l'OHADA la polygamie est autorisée (4 femmes par exemple officiellement reconnu par le droit sénégalais, centrafricain ou congolais). Ainsi, on veut maintenant régler le problème de droit commercial qui est le seul droit qui s'applique en droit OHADA. Or le droit OHADA parle du conjoint, pas des conjoints, ni deux des deux conjoints. Alors, quel est le conjoint que le juge prendra en considération dans ce cas-là ? Faudrait-il chronologiquement choisir qui est la première, la deuxième, la troisième ou la quatrième femme parmi les conjoints du défunt pour appliquer les règles du conjoint survivant ? Faudrait-il appliquer les règles organisant les successions des ménages monogamiques aux ménages polygamiques ? Or, si en matière de protection, le droit de l'OHADA avait dit l'un des conjoints, il n'y aurait pas un obstacle théorique.

L'article 7 de l'AUDCG ne fait aucune mention des épouses additionnelles (si elles sont plus de trois) ou d'une épouse additionnelle (si elles sont que deux). Elles sont ou est tout simplement abandonnées à leur propre sort. En cas de succession, seule la première femme semble être reconnue par le droit OHADA. A l'instar du législateur français, le législateur communautaire a consacré les règles propres aux ménages monogamiques dans ses différents textes.

A la lumière de ce qui vient d'être relaté, force est de souligner que le droit de l'OHADA foule du pied non seulement le droit coutumier, mais également le droit étatique des pays membres de l'OHADA où la polygamie est autorisée. Ainsi, au nom de quoi le droit de l'OHADA interdirait à un ressortissant d'un pays membre d'être polygame si le droit de la famille de son pays l'autorise ou le permet ?

Le législateur OHADA n'a pas du tout réfléchi sur ce point très important qui touche le droit de la famille car, le fait pour le législateur communautaire de parler juste du conjoint et non de l'un des conjoints, il a dégagé par là comme nous l'avons souligné dans les précédents paragraphes, une conception monogamiste du droit OHADA ; donc antipolygamiste. Or, le droit OHADA va traiter les polygames car ce sont ces derniers qui sont au centre des activités économiques dans presque tous les pays membres de l'OHADA, dans le secteur informel tout comme dans le secteur formel.

Toutefois, la coépouse/coépouses du défunt commerçant peut avoir quelques chances si le défunt lui

a fait une dévolution successorale. Autrement dit, le seul moyen possible c'est peut-être lors des successions testamentaires, car la volonté du défunt peut primer sur certaines règles qui sont en défaveur du coépoux survivant, ce qui justifie le fait que dans certaines hypothèses, les femmes issues des ménages polygrammiques dans l'espace OHADA peuvent espérer hériter de legs ou profiter de dons laissés par leur défunt mari commerçant. Or, dans les sociétés africaines, contrairement aux sociétés occidentales, il est difficile de voir des individus et plus précisément les hommes d'affaires faire un testament. Aborder le sujet du testament serait synonyme de vouloir précipiter la mort de la personne ou de l'individu qui est censé le faire.

Section 2 : Les activités économiques comme l'un des facteurs explicatifs de la polygamie justifiant ainsi, la nécessité de prise en compte du régime matrimonial des acteurs économiques par le législateur OHADA

Les activités économiques représentent l'ensemble des actions que doit accomplir la population humaine afin de satisfaire ses besoins grâce à la production de bien et de service.

Rentrent dans cette catégorie les variables telles que les types d'activités exercées et l'appartenance à une catégorie socioprofessionnelle donnée. Suivant le type d'activité exercée, il existe des comportements différentiels face à la polygamie. Par exemple, la polygamie est beaucoup plus acceptée parmi les agriculteurs et éleveurs chez les travailleurs des secteurs modernes de l'économie. Cette disparité a été relevée par Tabutin (1974) dans une étude menée en Algérie. L'auteur note que le taux de polygamie le plus élevé se rencontre parmi les exploitants agricoles et les petits paysans.

De même, lorsqu'on s'intéresse à la catégorie socioprofessionnelle, on constate que par exemple au Bénin²⁷⁷ ou encore au Sénégal que le niveau de polygamie tend à augmenter avec l'accession aux catégories sociales plus élevées. Lorsque les individus exercent des activités leur permettant d'augmenter leur revenu, il y'a une tendance de leur part à épouser plusieurs femmes. C'est ainsi qu'il apparaît une forte tendance chez les commerçants et d'autres travailleurs du secteur libéral à épouser plusieurs femmes. Ainsi, deux catégories socioprofessionnelles sont cependant associées à des chances plus élevées de devenir polygames : celle des petits patrons (**Paragraphe 2**) et celle des travailleurs indépendants employant de la main d'œuvre, c'est à dire deux groupes dont les modalités d'accumulation ou d'enrichissement s'inscrivent dans une logique d'économie familiale (**Paragraphe 1**).

277

KLISSON 1995.

Paragraphe 1 : Le cas des travailleurs indépendants

Les travailleurs indépendants sont définis comme ceux qui exercent une activité professionnelle sans être soumis à un contrat de travail. Dans l'espace OHADA, la plupart des indépendants exploitent eux même un patrimoine productif qu'ils possèdent en partie ou en totalité. Parmi ces indépendants, nous avons : les agriculteurs, les artisans, les éleveurs, les commerçants etc. Ainsi, dans le cadre de leurs activités, il est indispensable pour ces derniers d'avoir un capital humain considérable, ce qui est n'est pas le cas pour certaines professions libérales ou seul un capital humain peut suffire (activités de conseil, cabinet d'avocat, cabinet médical etc.). Dans la plupart des cas, ce capital humain est essentiellement constitué par les membres de famille du ou des travailleurs indépendants. C'est sans doute, ce qui justifie l'élévation considérable du taux de la polygamie chez ces travailleurs indépendants car plus de femmes signifie plus d'enfants et la production d'enfants permet d'avoir une main d'œuvre considérable et d'espérer à une prise et une bonne gérance des activités par les enfants avant et durant la vieillesse du travailleur indépendant.

En Afrique, il y'a certains exploitants agricoles qui possèdent des dizaines d'hectares de culture. Ainsi, même s'ils engagent des ouvriers salariés, leurs femmes et leurs enfants ont toujours été pour eux, un appui infaillible .Compte tenu du travail qu'ils font, ils ont besoins des proches en qui ils font confiance. En cela, une seule femme ne suffit pas pour pouvoir gérer tout cela. Il leur en faut nécessairement plusieurs afin qu'ils puissent mener à bien leurs activités. Toutefois, il est vrai que dans certains cas, un travailleur indépendant polygame peut apparaitre comme un homme minable et misérable, un homme fini. Les ennuis financiers, les commérages, les bagarres quotidiennes des épouses jalouses, l'insubordination des épouses frustrées avec l'infidélité de certaines femmes insatisfaites ou révoltées sans oublier la rébellion des enfants mal élevés, peuvent constituer de cet homme, un réel enfer au quotidien. Qu'à cela ne tienne, en Afrique, la polygamie à plus de côté positif que négatif. Grace à leur rivalité, empreinte de solidarité, de fraternité et de complicité agissante, les nombreuses coépouses au lieu de dormir, attendant tout de leur mari, travaillent durement. Tout ceci profite naturellement à leur mari commun qui reste et demeure le seul commandant à bord de son paquebot conjugal. Si certaines personnes pensent qu'il s'agit d'une exploitation de la femme par l'homme, nous pensons que c'est faut car dès lors qu'il y'a consentement entre le mari et ses épouses et le consentement entre les coépouses aussi bien de façon verticale qu'horizontale, il n'y'a plus d'exploitation de la femme par l'homme parce que c'est u mariage consensuel traditionnel ou civil. La polygamie offre un apport économique très important, car les femmes par leur travail comme nous l'avons évoqué, contribuent de beaucoup dans l'activité de leur mari.

Dans le domaine du commerce par exemple, la polygamie à une influence non négligeable sur l'activité commerciale. Au moment où par exemple la première épouse ou l'une des épouses du

commerçant est entrain de fournir à son époux une aide pour certaines tâches administratives en lien avec l'activité commerciale (pendant que ce dernier est dans son commerce entrain de vendre) ou encore de l'accompagner lors d'évènements ou de déjeuner d'affaire , la deuxième , dans la plupart des cas, apporte d'autres types de soutien , notamment la prise en charge des tâches ménagères²⁷⁸ et l'éducation des enfants (les siens ou ceux de la première femme).On assiste donc à une certaine solidarité ou harmonie entre coépouses autour de leur mari permettant ainsi à ce dernier de mener sans difficulté et avec quiétude son activité.

Ainsi, en considération de l'union polygamique dans laquelle se trouvent certains travailleurs indépendants dans l'espace OHADA, il n'est pas du tout normal que le législateur communautaire dans le cadre de l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, ait consacré exclusivement les règles propres aux ménages monogamiques alors que la polygamie est officiellement autorisée dans 80% des pays membres de l'OHADA et beaucoup plus pratiquée par les affairistes. C'est dans cette optique que nous proposons que le législateur OHADA puisse prendre en considération cette réalité sociale des pays de l'espace OHADA dans ses prochaines reformes afin de rendre les juges nationaux la tâche facile lorsqu'ils ont devant eux un litige ou une affaire relative à l'union polygamique au regard de l'application de l'article 7 par exemple de l'AUDCG qui a jusque-là consacré que la conception monogamique du commerçant à l'image du droit français.

Paragraphe 2 : Le cas des petits patrons

Il est tout aussi évident que, comme par le passé, la plupart des hommes n'ont pas les moyens de subvenir aux besoins de plusieurs familles. L'incapacité d'un grand nombre d'hommes à remplir leurs devoirs de père pose déjà un sérieux problème.

Epouser plusieurs femmes devrait être un usage réservé aux hommes ayant assez de moyens financiers adéquats ou occupant une position sociale assez élevée²⁷⁹ . Tel est le cas des petits patrons qui dans la plupart des cas sont dirigeants de très petites entreprises employant moins de 20 salariés ou de petites et moyennes entreprises employant plus de 50 salariés. En principe, ils sont censés être dans une bonne situation financière et peuvent par conséquent se permettre facilement à épouser plusieurs femmes.

En effet, il n'est pas rare que certains de ces dirigeants aient plusieurs entreprises présentes dans

278

Dans l'hypothèse où les co-épouses habitent dans la même maison ou même parcelle.

279

Comme l'a dit un adage : « quand on a les moyens de s'offrir de belles voitures, on a les moyens de les entretenir ».

différentes branches de l'économie ou d'activités (commerces, activités de fabrication, de transport etc.). Ainsi, lorsqu'ils sont mariés à plusieurs femmes, au moins une entreprise par épouse pour la gérance. Les raisons sont beaucoup plus d'ordre économique comme nous l'avons toujours souligné car lorsque l'entreprise est gérée par sa propre épouse, il est très facile d'observer les traces des opérations comptables (recettes, dépenses) que si elle était gérée par une personne externe du cercle familial et cela favorise la pérennisation des activités de l'entreprise concernée.

Nous pouvons distinguer deux sortes de polygamies, la polygamie de fait (ou la fausse polygamie si on peut le dire) et la polygamie de choix (autrement dit la vraie polygamie). Etant souvent polygames de fait ceux dont les revenus ne leur permettent pas de subvenir aux besoins de plusieurs ménages, mais qui s'autorisent quand même à opter pour la polygamie. Dans la plupart des cas, ces polygames le sont officieusement, autrement dit, clandestinement. Sont polygames de choix (ou vrais polygames), les hommes dont l'importance des revenus et de leurs activités rendrait possible l'entretien de plusieurs ménages et qui optent pour la polygamie. Cette tendance est répandue beaucoup plus chez les hommes d'affaires, le plus souvent, les travailleurs indépendants et les petits patrons. Donc le taux croissant de la polygamie en fonction des revenus tendrait à le confirmer. Le plus souvent, ces petits patrons cherchent à être en union polygamique non seulement parce qu'ils ont assez de moyens pour subvenir au besoin de leurs coépouses, mais aussi parce que ces dernières les aideront dans le cadre de l'exercice de leurs activités lucratives.

Sachant que la polygamie varie en fonction des revenus ou selon les catégories socio-professionnelles, il est important pour le législateur OHADA de tenir compte du régime matrimonial du commerçant ou du chef d'entreprise dans le cadre de l'élaboration des Actes uniformes car constat fait, les travailleurs indépendants ou les petits patrons pour la plupart, vu leur statut social, se lancent beaucoup plus dans la polygamie afin de mener à bien leurs activités.

A la lumière de tout ce qui vient d'être évoqué sur ce chapitre relatif à la polygamie et l'absence de consécration de la notion de coépouse dans les Actes uniformes, il est important de rappeler que depuis l'antiquité, les civilisations sont les émanations des villes et celles-ci sont le reflet d'un ensemble de codes, de valeurs, d'us et coutumes, pour organiser des peuples selon des projets et priorités qui leur sont propres. Les mutations des sociétés ne se font pas par sommation. L'Afrique à son propre chemin à tracer par rapport à ses propres valeurs et propres objectifs. Les injonctions occidentales ne devraient avoir aucun effet sur l'Afrique, selon l'agenda qu'elle se donne. L'Afrique doit arrêter d'être le dépotoir des déchets des cadences occidentales. Cela dit, la polygamie étant admise dans bon nombre de pays de l'OHADA où elle se maintient non seulement grâce aux législations de ses pays mais également grâce à la religion et les coutumes, le législateur communautaire dans le cadre de l'élaboration des Actes uniformes doit tenir compte de cette pratique qui constitue une caractéristique majeure des systèmes matrimoniaux dans l'espace francophone. Le législateur

OHADA au lieu de consacrer uniquement la conception monogamique du commerçant par exemple dans les Actes uniformes à l'instar de son homologue français, il devrait également prendre en compte les commerçants qui vivent en union polygamique. Autrement dit, outre la conception monogamique, le législateur communautaire doit également consacrer la conception polygamique du commerçant dans les Actes uniformes.

En dehors de la faible intervention du législateur communautaire dans certaines pratiques contractuelles d'affaires dans les relations familiale, le secteur informel n'est pas également suffisamment pris en compte par le législateur communautaire dans l'élaboration des Actes uniformes. En dehors du statut d'entrepreneur mis en place par l'OHADA qui à notre avis n'est pas vraiment utiliser, le législateur OHADA a vraiment du mal jusqu'aujourd'hui, à mettre en place un véritable cadre réglementaire adapté à la réalité économique de chaque pays membre.

TITRE II :

LES ENTREPRISES DU SECTEUR INFORMEL, UNE SPECIFICITE LOCALE MAL PRISE EN COMPTE PAR LE LEGISLATEUR COMMUNAUTAIRE

Les débats entamés depuis quelques années sur les alternatives possibles au système économique dominant ont fait porter un nouveau regard sur le concept du secteur informel. Celui-ci s'est vu attribué le rôle d'une possible « alternative informelle (Lautier, 2003) » à la mondialisation libérale ou capitaliste. Dans le cadre des pays en développement (PED), la même potentialité lui est attribuée en termes de stratégie alternative de développement. Mais avant d'ambitionner de telles perspectives pour ce secteur, encore faut-il savoir de quoi l'on parle. En effet, après plus de 35 ans de débats, la notion reste encore floue et on ne sait trop quelles politiques lui appliquer.

La genèse de la notion du secteur informel nous renvoie au début des années 1950 avec l'apparition des analyses dualistes des économies en développement²⁸⁰ et la réflexion sur le problème de l'absorption par le secteur moderne d'une offre de travail croissante dans les villes (sous l'effet conjugué de la croissance démographique et de l'exode rural). Si le modèle de LEWIS (1954) prévoyait l'absorption progressive du surplus de main d'œuvre du secteur traditionnel par le secteur moderne, force est de constater, pourtant, la présence dans les zones urbaines de la plupart des PED, d'actifs à la recherche d'un emploi. L'existence de ce sous-emploi, ou chômage ouvert, dans un contexte d'extrême rareté des indemnités a obligé les chômeurs urbains à trouver des opportunités de revenus hors²⁸¹ du système moderne afin de vivre ou survivre. Keith HART, étudiant les opportunités de revenus des ménages au Ghana, introduit alors pour la première fois en 1971 la notion de secteur informel "informal sector"²⁸². Son étude ne sera publiée que deux ans plus tard en 1973 dans le *Journal of Modern African Studies* [HART, 1973].

Entre temps, en 1972, le Bureau International du Travail (BIT) publie le fameux "rapport Kenya" sur

280

On peut ainsi rappeler l'approche classique d'Arthur LEWIS (1954) dont le modèle dualiste distinguait un secteur moderne d'un secteur traditionnel, le développement se définissant alors comme un processus d'absorption du surplus de main d'œuvre du secteur traditionnel par le secteur moderne.

281

Titre de l'ouvrage dirigé par P. HUGON et I. DEBLE (1982) : vivre et survivre dans les villes africaines, PUF, coll. Tiers monde.

282

La traduction française a souvent été critiquée car le terme informel renvoie à l'absence de forme alors que ' « informel signifie irrégulier et renvoie donc plus à l'absence de caractère officiel » (MARTINET, 1991).

la situation de l'emploi urbain, à Nairobi notamment, et donne une première définition du secteur informel en identifiant sept caractéristiques principales²⁸³. C'est le point de départ de plusieurs années de débats, toujours en cours à l'heure actuelle, voyant s'affronter une multitude de définitions et théories du secteur informel. Pour s'en convaincre il n'est qu'à constater la multiplicité des appellations (une vingtaine environs) apportés au fil de ces intenses débats pour désigner une même réalité.

A partir des années 1980, la mise en place des programmes d'ajustement structurel (PAS), sous l'égide du Fonds Monétaire International (FMI) et de la Banque Mondiale (BM), dans la majorité des PED va favoriser une explosion du secteur informel. Au nom d'une doctrine libérale, les PAS vont imposer le désengagement de l'État dans les économies en développement, tant par ses investissements que par ses effectifs. A un moment où l'offre de travail est en pleine croissance, la chute des salaires, la multiplication des licenciements et plus généralement l'aggravation de la crise économique et social engendrée par ces politiques d'austérités vont contribuer à faire du secteur informel le plus grand pourvoyeur d'emploi. Ce sont, en effet, plusieurs millions d'individus à travers le monde (hommes, femmes, enfants, vieillards) qui, poussés par un naturel et légitime instinct de survie, viennent grossir les rangs du secteur informel. Ainsi, selon MALDONADO (1993), en Afrique près de deux citoyens sur trois en vivent et dans un avenir proche, ce secteur fournira 93 % des nouveaux emplois. L'Amérique latine n'échappe pas non plus au phénomène, le secteur informel créer dans cette région bien plus d'emploi que le secteur moderne. Quant à l'Asie et dans les pays de l'ASEAN, le BIT évalue à environ 60-70 % le volume d'emploi créé par ce secteur. Cette ampleur grandissante du secteur informel amène donc s'interroger sur l'importance qu'il revêt pour le monde en développement. Ainsi, plusieurs approches théorique et /ou définitions ont été développées au sujet de ce secteur au cours des longues années de débat le concernant.

Depuis que le concept de secteur informel est né, différentes approches théoriques se sont confrontés pour tenter de comprendre "*pourquoi*" l'informel existe. Aujourd'hui, on peut retenir de ces confrontations quatre approches principales du secteur informel allant de sa perception entant

283

- *Abus de pouvoir en l'absence de toute réglementation (travail forcé, esclavage domestique, travail des enfants.*
- *Précarité de l'emploi (renforcé par les programmes d'ajustement structurel qui ont contribué à un développement rapide et non contrôlé du secteur informel) ;*
- *Discrimination (certaines catégories de travailleurs sont particulièrement vulnérables comme les femmes, les enfants, les minorités ethniques...)* ;
- *L'excès de temps de travail (toute une série de raisons seraient à évoquer, des relations particulières entres employés et employeurs à la faiblesse de salaires) ;*
- *Sécurité du travail (les risques inhérents à des graves insuffisances en matière d'hygiène, de santé et de sécurité au travail sont fréquents dans le secteur informel) ;*
- *L'absence de protection sociale ;*
- *faiblesse des syndicats.*

qu'économie de survie à la conception d'un refus du développement, en passant par une acceptation en termes d'excès d'état ou de soumission au capitalisme.

Dans un entretien télévisé du 30 janvier 2012, le professeur Filiga Michel SAWADOGO a défini le secteur informel comme étant, l'ensemble des actes économiques qui se font en marge de la légalité, des exigences légales. Il regroupe des actes très variés. Pour le professeur Filiga Michel, le cœur du secteur informel se trouve dans le commerce. Après il y'a l'artisanat qui fait partie du secteur informel, l'activité de transport etc.

Par définition, ce secteur ne tient pas compte de comptabilité fiable et au niveau de la fiscalité, il n'est pas trop fiscalisé. Ainsi, deux aspects doivent être retenus : l'aspect positif du secteur informel et l'aspect négatif.

En ce qui concerne le premier, ce secteur permet à une partie non négligeable de la population active de survivre. Dans ce sens, il est indispensable dans notre société africaine.

Concernant le deuxième et dernier aspect, ce secteur est un secteur dont les membres ne sont pas protégés. L'entreprise informelle elle-même est soumise aux différents aléas. Il y'a des moments où ça marche ou pas. Le personnel qu'elle emploie (membres de la famille, salariés ...) ne bénéficie pas de la protection légale, donc en cas d'accident de travail et si on est handicapé, pas d'indemnité pour compenser ce manque de revenu.

Plusieurs raisons poussent les entrepreneurs du secteur informel à préférer ce secteur que de se mettre dans la légalité. Il y'a les entreprises du secteur informel qui ont maintenant le niveau pour être dans le secteur formel mais qui se rendent compte qu'elles ont plus d'avantages dans ce secteur et qu'elles n'ont plus envie de le quitter. Concernant les avantages, le professeur FILIGA met d'abord l'accent sur l'absence de contrat de travail pour les salariés. Autrement dit, les salariés n'ont pas de contrat de travail et ne peuvent pas par conséquent prouver qu'ils sont employés et qu'ils doivent bénéficier de la protection du code du travail. Par-là, on voit que les employeurs enfin de compte sont toujours gagnants car ils n'ont pas à payer les cotisations de sécurité sociale et les impôts qui sont assez importants et souvent 15 % du salaire, ne les connaissent pas ou ne les connaissent que de façon superficielle. Ils payent des impôts forfaitaires de montant très peu élevé alors qu'en rentrant dans le secteur formel, ils auront à payer autant qu'entreprise proprement dite 5 à 10 fois plus d'impôts. Donc ça devient maintenant un refuge pour certaines entreprises. Ainsi, les entreprises qui sont dans le secteur formel trouvent que le secteur informel leur fait une concurrence déloyale en étant pas soumis aux mêmes obligations que les entreprises de grande taille du secteur formel.

En 1976, Sethuraman a donné au secteur informel la définition suivante : « c'est un secteur composé d'entreprises employant moins de 10 personnes, échappant à toute réglementation administrative et juridique, employant une main d'œuvre familiale, appliquant des horaires souples et fabriquant des produits finalisés (par opposition à des produits intermédiaires). Les travailleurs de ces entreprises ont

rarement accès à l'enseignement scolaire , utilisent peu d'énergie électrique et même des activités semi-permanente »²⁸⁴ .

Dans sa contribution au séminaire du GEFOP (Groupe Expert Formation Professionnelle) du 24 février 2006, Fred FLUITMAN dit de la notion du secteur informel qu'il s'agit d'un « Concept qui couvre une grande variété d'activité économiques, qui, le plus souvent, ne sont pas reconnues, enregistrées, protégées, ou régulées par les autorités publiques, et qui sont exécutées en micro ou petites entreprises par des gens qui n'ont pas d'autres moyens pour survivre »²⁸⁵ .

Selon Kiari Liman TINGIRI, « le secteur informel recouvre des activités de production, de service, ou de distribution, exercées par des unités de petite taille, localisées dans les centres urbains et à leur périphérie, gérées de façon empirique, et qui échappent partiellement à la réglementation »²⁸⁶ .

Décrivant le secteur informel, Jean-Marc ELA considère que les activités diverses qui s'y déroulent, depuis les métiers du bois et des métaux jusqu' 'aux réparations mécaniques et électriques, sans oublier les activités de commerce et de transports interurbains, ont en commun, de ressortir à l'auto-emploi²⁸⁷ .

De toutes les définitions du secteur informel, celle de Harold LUBELL²⁸⁸ nous semble la plus élaborée. Selon cet auteur, le secteur informel se définit comme « l'ensemble des activités et micro-entreprises de production et de service, en général non agricoles, qui ne sont pas systématiquement enregistrées par les appareils, les services et les recensements statistiques officiels. Échappant très largement aux réglementations administratives, aux systèmes de sécurité sociale et de protection du travail, aux impositions fiscales, n'utilisant guère de comptabilité, elles sont, non pas illégales, mais en dehors de la légalité », comme l'a souligné le professeur Faliga.

Cette définition d'Harold LUBELL permet d'identifier sept critères qui caractérisent le secteur

284

Cité dans : Direction générale de la coopération internationale et du développement, *les apprentissages en milieu urbain, formation professionnelle dans le secteur informel en Afrique, Collège coopératif Provence, Alpes, Méditerranée, ministère des affaires étrangères, Paris, juin 1999.*

285

F.FLUITMAN, *formation et travail décent dans le secteur informel des pays en développement, Séminaire du GEFOP, Paris, 24 février 2006, p.8*

286

L.TINGIRI KIARI, « le poids du secteur informel dans l'économie nationale », *L'opérateur économique, n°1, juin 1987, p.98.*

287

E. JEAN-MARC, *La ville en Afrique noire, Karthala, Paris, 1983, p.159.*

288

H.LUBELL, *Le secteur informel dans les années 80 et 90, Études du centre de développement, Paris, OCDE, 1991, p.13.*

informel :

- la facilité d'accès ;
- l'utilisation de ressources locales ;
- la propriété familiale des entreprises²⁹⁰ ;
- l'activité à la petite échelle ;
- l'utilisation de techniques simples et d'un nombre réduit de travailleurs ;
- les qualifications acquises en dehors du système scolaire officiel ;
- les marchés échappant à tout règlement et ouvert à la concurrence.

Le secteur informel est donc une nébuleuse qui recouvre un « fourre-tout » hétérogène de pratiques socio-économiques, unifiées par leur marginalité par rapport à la loi et l'officiel²⁹¹.

Si le secteur informel est connu et accepté par les autorités étatiques, ces dernières ont tendance soit à ignorer complètement ce secteur, soit à ne pas le prendre suffisamment en compte lors de la mise en place de leur réglementation. C'est cette dernière attitude qui a été adoptée par le législateur **OHADA**.

Ainsi, avant de clôturer ce titre en examinant les faiblesses, les atouts et l'avenir du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA (**Chapitre II**), il sied d'abord de rappeler comme nous l'avons évoqué dans le précédent titre, que le véritable handicap du corpus législatif mis en place par le droit de l'OHADA réside essentiellement de son éloignement des réalités socio-économiques africaines. Or comme le souligne Montesquieu, une bonne loi devrait découler de la nature de choses.

Si le modèle juridique français constitue une véritable source d'inspiration tant pour le législateur OHADA, que pour les juristes et législateurs des différents pays membres de l'OHADA, cela ne permet pas au législateur communautaire de ne pas prendre en compte les réalités socio-économiques africaines dans l'édiction de ses textes de lois sachant que le tissu économique des pays membres de l'OHADA est essentiellement axé autour du secteur informel.

L'ambition première du législateur OHADA était d'élaborer un corps de règles pour attirer les investisseurs étrangers. Cette ambition de départ explique certainement le fait que le droit initialement

289

C.TOHON, « le droit pratique du commerce informel : un exemple de pluri juridisme au Bénin », *op.cit.* ; p.250 ; A.SOW SIDIBE, *le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, LGDJ, Paris, 1991, p.11.

290

Il faut entendre par cette expression que les ressources affectées à l'exploitation commerciale sont apportées par les membres d'une même famille qui s'entendent pour exploiter leur entreprise. En générale, il s'agit des capitaux issus de tontines organisées ou des fonds provenant de la mise en location d'immeubles appartenant à une même famille. D'où le caractère fermé de l'entreprise.

291

C.TOHON, « Le droit pratique du commerce informel ; un exemple de pluri juridisme au Bénin », *op. cit* p.250 ; A.SOW SIDIBE, *le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, LGDJ, Paris, 1991, p.11.

mis en place par l'OHADA soit éloigné de la réalité socio-économique africaine.

L'un des objectifs de la réforme en cours (déjà adoptée) des Actes uniformes est donc de mettre en place un dispositif qui prend en compte le secteur informel.

Ainsi, cette absence de prise en compte des réalités socio-économiques des pays membres expose l'espace OHADA à la difficulté d'avoir un modèle propre sur le plan du droit économique et social **(Chapitre I)**.

CHAPITRE I :

LA CCJA, UNE JURIDICTION REGIONALE INADAPTEE AU SECTEUR INFORMEL, AUX TPE ET AUX PME ; LE DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES INAPPROPRIE AU SECTEUR INFORMEL

Le rôle de la justice est indéniable dans toute société. Aux yeux du citoyen, la justice est un rempart, un recours, une sécurité. Pour que la justice soit rendue, encore faut-il que le justiciable puisse la saisir et qu'il ne soit pas retenu par des contraintes tant morales que matérielles. Or c'est ce qui tend à justifier le faible recours du citoyen OHADA (notamment du secteur informel) à la CCJA du fait de l'éloignement de celle-ci avec les pays membres. En même temps, nous avons l'impression que le dispositif OHADA est beaucoup focalisé sur l'investisseur étranger ou encore sur les entreprises de grande taille (**Section 2**). Outre l'éloignement du siège de la CCJA avec les pays de l'OHADA, il sied également de souligner que le droit des procédures collectives est inapproprié au secteur informel (**Section 1**).

Section 1 : Le droit des procédures collectives inapproprié au secteur informel, le secteur informel, le grand exclu du règlement judiciaire des difficultés de l'entreprise

Lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés financières, la procédure de sauvegarde des entreprises peut l'éviter de basculer dans la cessation de paiement puis le redressement judiciaire. Il est possible d'ouvrir la procédure de sauvegarde, quand l'entreprise justifie de difficulté jugée insurmontable qui pourra la conduire à la cessation de paiement. Ainsi, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif a mis, notamment, en place une procédure de règlement préventif. Ce règlement préventif tel que défini à l'article 2, A12 de l'Acte uniforme précité est une « procédure collective préventive destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif ». Cette procédure est ouverte à toute personne physique ou morale commerçante, à toute personne morale de droit privé non commerçante, ainsi qu'aux entreprises ayant la forme d'une personne morale de droit privé, qui se retrouve dans une situation économique et financière difficile mais pas irrémédiablement compromise. Cette notion de situation économique et difficile mais pas irrémédiablement compromise peut être défini comme étant l'état d'une entreprise qui est encore en boni mais dont la trésorerie est inquiétante et, par le simple écoulement du temps, l'entreprise devrait se retrouver en cessation de paiement si aucune mesure n'est prise. Ainsi, le règlement préventif étant

applicable qu'aux personnes ayant la personnalité morale et aux commerçants personne physique comme nous venons d'évoquer plus haut, par conséquent, nous pouvons dire que celui-ci n'est applicable aux commerçant de fait, c'est-à-dire, aux commerçant du secteur informel **alors** que c'est celui qui emploie la majorité de la population active et constitue sa principale source de revenu et d'approvisionnement (**Paragraphe 1**). A l'observation, le règlement préventif n'est applicable qu'à moins de 15 % des entreprises dans l'espace OHADA car le reste des unités économiques ne répond pas aux conditions d'admission à cette procédure.

Le secteur informel et le secteur formel sont deux secteurs étroitement liés, ne serait que parce que des activités semblables qui y sont menées. Nous pensons que c'est la manière dont ces activités s'exercent dans le secteur informel qui justifie l'exclusion de ces acteurs économiques du règlement préventif. Il est alors peut être nécessaire de voir comment les acteurs économiques mis à l'écart parviennent à résoudre leurs difficultés car au final, leurs situations ne sont pas très différentes de celles des petites sociétés (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'inapplicabilité du droit des procédures collectives consacré par l'AUPCAP aux acteurs du secteur informel

Le secteur informel est défini comme un ensemble d'activités économiques légales qui se réalisent en marge de législation en vigueur. Regroupant des petites activités et entreprises rémunératrices souvent individuelles et familiales, il se caractérise par l'inobéissance au cadre fiscal et juridique étatique, l'absence d'une comptabilité légalement tenue et les salaires non déclarés.

A l'instar des entreprises du secteur formel, les entreprises informelles sont parfois confrontées à certaines difficultés. Parfois, elles se retrouvent dans une situation où elles ne disposent plus de fonds suffisants pour faire face à leurs dettes. Ainsi, bien que prédominant aussi bien en milieu urbain que dans les zones rurales et occupant une place centrale dans les sociétés africaines, les entreprises du secteur informel n'ont pas été suffisamment prises en compte par le législateur communautaire lors de l'édiction des Actes uniformes. Ce dernier n'a pas manifesté le caractère adapté du droit communautaire aux réalités africaines car il n'a pas pris en compte tous les acteurs de la vie économique. A cet effet, nous pensons qu'il temps que le législateur OHADA puisse penser à une éventuelle extension des procédures collectives aux entreprises du secteur informel afin de trouver un équilibre entre la défense des intérêts des créanciers, la sauvegarde de l'entreprise et de l'emploi lorsque ces entreprises sont en difficulté. Pourtant l'article 1^{er} du traité laisse entendre que le traité

OHADA a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption des règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels. Des lors, pourquoi ces règles ne sont pas applicables aux acteurs du secteur informel en matière de procédures collectives par exemple ? Nous pensons qu'au lieu que le législateur communautaire puisse s'attarder sur le statut d'entrepreneur que le secrétaire permanent de l'OHADA trouve jusqu'alors d'inefficace, il est mieux que le législateur puisse trouver à ces entreprises un statut particulier tout en leur conférant l'aptitude à être un sujet de droit afin que les règles relatives aux procédures collectives leur soient appliquées. Ainsi, pour pouvoir bénéficier de ce statut juridique particulier, les Etats membres de l'OHADA doivent à notre avis à les imposer à se faire enregistrer dans un registre ou encore à la chambre de métier et de l'artisanat, moyennant une somme modique, avoir une organisation comptable tout en conservant leur mode de fonctionnement qui se caractérise par l'anonymat et la discrétion. L'avantage ici est partagé. Non seulement ces entreprises bénéficieront des règles des procédures collectives qui consistent à faire cesser toutes les poursuites ouvertes par le créancier ainsi que les intérêts et majoration dues par l'entreprise afin que l'activité soit restructurée, mais aussi un recouvrement par le fisc, des recettes fiscales qu'engendrait la fiscalisation du secteur informel. Nous savons très bien que l'une des conséquences du secteur informel, c'est le manque à gagner dans les caisses de l'Etat. S'il représente 60% du PIB dans les pays africains, sa contribution à l'impôt n'est que de 3%.

Il faut préciser que notre souhait de voir ces entreprises du secteur informel avoir une existence légale ne consiste pas à les transformer en entreprises formelles, mais plutôt de les voir bénéficier juste d'un statut juridique particulier qui leur permettra de bien mener leurs activités.

Donc, le seul moyen pour ces entreprises d'être dans la légalité et pouvoir bénéficier de la procédure collective s'est de s'enregistrer. En droit, un commerçant qui a une entreprise bien constituée mais qui n'est pas enregistrée et qui continue à évoluer dans l'informel est considéré comme un commerçant de fait. Ainsi, dans un arrêt du 20 mai 1997, la gérante d'un fonds de commerce exploitée en société créée de fait dépose le bilan et réclame le bénéfice du redressement ou de liquidation judiciaire. Le problème de droit ici posé était de savoir si une gérante non inscrite au registre du commerce peut décider de son propre chef, de mettre sa société créée de fait en redressement ou liquidation judiciaires ? A cette question, la chambre commerciale de la cour de cassation avait répondu par la négative.

Il est vrai que l'Acte uniforme avait mis en place comme nous l'avons dit plus haut, un statut approprié ou adapté au secteur informel comme le pensent les rédacteurs de l'AUDCG ou encore certains juristes. Un statut que tout acteur du secteur informel peut en acquérir sur simple déclaration

conformément à l'article 30 de l'AUDCG. Bien qu'il soit soumis aux obligations comptables de l'entrepreneur, nous devons nous poser la question de savoir si celui-ci bénéficie des règles relatives aux procédures collectives au même titre que d'autres acteurs économiques autre que l'entrepreneur ?

A cette question, nous répondons sincèrement par l'affirmative et ce serait très ingrat et malhonnête pour nous de dire le contraire car l'alinéa 2 de l'article 1-2 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives dispose : « Par ailleurs, les petites entreprises, telles que définies à l'article 1-3 ci-dessous, peuvent demander à bénéficier d'une procédure simplifiée de règlement préventif de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ». L'article 1-3 de l'AUPCAP ci-dessus mentionné entend par petite entreprise : « toute entreprise individuelle, société ou autre personne morale de droit privé dont le nombre de travailleurs est inférieur ou égale à vingt, et dont le chiffre d'affaire n'excède pas 50.000.000 FCFA, hors taxes, au cours des douze mois précédant la saisine de la juridiction compétente conformément au présent Acte uniforme ». Ainsi, en application de l'article 30 de l'AUDCG qui définit l'entrepreneur comme étant : « un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole », nous pouvons dire que ce dernier bénéficie bien des règles relatives aux procédures collectives. Toutefois, lorsque nous lisons l'article 1-3 de l'AUPCAP, le législateur OHADA précise que sont considérées comme petites entreprises, toute entreprise individuelle dont le nombre de travailleurs est inférieur à 20 salariés et dont le chiffre d'affaire n'excède pas 50.000.000 de FCFA. Ainsi dit, nous savons que dans le secteur informel il existe des entreprises individuelles qui peuvent compter plus de 50 salariés et faire des chiffres d'affaire annuels de plus de 50.000.000. Cela veut dire qu'une fois immatriculées, elles seront plus considérées comme des petites entreprises qui normalement sont censées être soumises à des règles moins contraignantes applicables aux petites entreprises, mais plutôt comme les entreprises de grande taille. Ce sont ce genre de dispositions qui dissuadent sans doute certains opérateurs économiques du secteur informel à se faire immatriculer afin de bénéficier du statut de l'entrepreneur. A notre avis, ce statut d'entrepreneur n'est vraiment pas adapté au secteur informel. Il est tout de même important de noter que selon l'alinéa 2 de l'article susmentionné, la conservation du statut de l'entrepreneur est liée à l'évolution du chiffre d'affaire de l'entrepreneur. Selon l'alinéa 2 de l'article 30 de l'AUDCG : « l'entrepreneur conserve son statut si le chiffre d'affaire annuel généré par son activité pendant deux exercices successifs n'excède pas les seuils fixés dans l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises au titre du système minimal de trésorerie ». Un peu plus loin dans l'alinéa 4 du même article, le législateur dispose que : « Lorsque, durant deux années consécutives, le chiffre d'affaires de l'entrepreneur excède les limites fixées pour ses activités par l'Etat partie sur le territoire duquel il les exerce, il est tenu, dès le premier jour de l'année suivante et avant la fin du premier trimestre de cette année de respecter toutes les charges et

obligations applicables à l'entrepreneur individuel. Dès lors, il perd sa qualité d'entrepreneur et ne bénéficie plus de la législation spéciale applicable à l'entrepreneur ». A la lecture l'alinéa 4 de l'article 30 de l'AUDCG, il ressort que si le chiffre d'affaire augmente, l'entrepreneur perd son statut d'entrepreneur au profit d'un autre statut que le législateur OHADA n'a pas voulu préciser. Dès lors, nous pensons que ce manque de précision ou encore de transparence de la part du législateur peut poser d'énormes problèmes constituant ainsi, de stimulant pour les entreprises africaines de rester dans le secteur informel.

Pour revenir aux procédures collectives, nous pensons que le législateur OHADA doit accorder aux acteurs du secteur informel un statut spécial autre que celui de l'entrepreneur afin que ces derniers aient une existence légale et bénéficier du règlement préventif une fois qu'il ait justifié de difficultés financières ou économique sérieuses (sans être en état de cessation contrairement au droit français) comme le dispose l'alinéa 2 de l'article 6 de l'AUPCAP révisé. L'objectif ici c'est d'assurer la protection des créanciers parmi lesquels, les salariés car nous savons bien qu'il existe dans le secteur informel, des entreprises de grande taille qui emploient des dizaines de personnes.

Paragraphe 2 : La résolution des difficultés économiques et financières dans les unités économiques informelles

Les agents du secteur informel répondent de plusieurs façons aux difficultés rencontrées dans l'exercice de leurs activités : ils peuvent opter pour la réduction du nombre de salariés ou la diminution des salaires, avec l'amélioration de la qualité des produits, la diversification des activités. Plusieurs peuvent décider de s'associer dans la production afin de réduire le coût de leurs dépenses. Cependant un sursaut interne n'est pas toujours suffisant et les entrepreneurs ont alors recours aux aides extérieures. A côté des différentes solutions d'ordre structurel et technique (négociations de délais et remises de dette avec les créanciers), le recours à l'emprunt peut permettre de renflouer les caisses et donc redynamiser l'activité. Comme déjà souligné, les agents de l'informel sont plus souvent tenus à l'écart du système bancaire (pour défaut de garanties suffisantes), raison pour laquelle ils se dirigent vers des mécanismes autres pour effectuer des transactions financières. Les agents économiques à la recherche de liquidités se tournent donc vers des particuliers (membres de la famille, amis, prêteurs « professionnels »).

Les modalités d'obtention du crédit sont ici relativement souples. Les logiques sont différentes de celles des institutions bancaires : le prêteur se trouve dans un système de solidarité ou dans un système de don et ne cherche pas forcément à investir dans un projet rentable. Les agents exerçant leurs activités individuellement privilégient cette forme de crédit car le taux d'emprunt est

relativement bas. Ils peuvent aussi avoir recours aux associations rotatives d'épargne et de crédit qui mettent à leur disposition des fonds remboursables avec ou sans intérêt. Globalement, on peut distinguer trois formes de tontines :

- Les tontines mutuelles qui sont des.
- Fonds d'épargne rotative ou les levées bénéficient à chacun des sociétaires selon un ordre précis. En général, les membres se connaissent.
- Les tontines commerciales dont les fonds sont collectées par l'initiateur de l'association qui joue le rôle de banquier. Ce dernier prélève des commissions pour le service qu'il rend.
- Les tontines financières dans lesquelles les sommes empruntables sont mises aux enchères selon des modalités précises.

La survie des activités des acteurs du secteur informel est tout aussi importante pour la croissance économique d'un pays africain que celle des entreprises formalisées. Cependant, leurs modes d'organisation et leurs liens avec l'administration justifient leur exclusion des textes sur le règlement préventif. Il est important de tenir compte de la manière dont ces UPI fonctionnent au quotidien et résolvent leurs difficultés afin de voir dans quelle mesure le législateur pourrait s'en inspirer. Un meilleur encadrement de la négociation entre les parties et la mise en place des organes d'accompagnement de ces petites entreprises pour une éventuelle restructuration sont à encourager.

Les acteurs n'ont aucun recours aux mécanismes judiciaires facultatifs que lorsqu'ils y trouvent de réelles solutions à leurs problèmes et il est indispensable de comprendre pourquoi les personnes demeurent dans l'informel.

Une bonne politique de prévention des difficultés dans les entreprises formalisées peut être une raison supplémentaire pour les entrepreneurs du secteur informel de se soumettre aux obligations administratives afin de pouvoir le cas échéant en bénéficier. La conjoncture économique pourra être telle que les moyens de préventions informelles ne suffiront plus à résoudre les difficultés de l'entreprise. La sécurité judiciaire conférée par le règlement préventif et l'encadrement dans les négociations avec les créanciers doivent être des arguments de poids pour convaincre les acteurs de l'informel de formaliser leurs entreprises.

Section 2 : Les lourdes contraintes et inquiétudes d'une portion de citoyens OHADA liées à la saisine de la CCJA

Il est indéniable que la CCJA est marquée par de nombreuses ressemblances et similitudes avec la cour de justice de l'Union Européenne du point de vue de la politique de l'emplacement de son siège social, de certains de ses attributions et de la façon dont elle a été créée. En créant la CCJA à l'image de la CJUE (**Paragraphe 1**) les Etats membres n'ont pas pris en compte certaines réalités ou spécificités africaines. C'est sans doute ce qui explique la faible saisine de la CCJA par une bonne partie de citoyens OHADA car l'espace OHADA n'ayant pas un bon réseau routier ou ferroviaire reliant les différentes villes des pays membres de l'OHADA permettant ainsi à tout citoyen de la zone franc de circuler facilement comme c'est le cas dans l'espace Schengen (où par exemple un justiciable français appartenant à n'importe quelle classe sociale peut facilement se rendre à Luxembourg à moindre coût) , il est difficile pour un justiciable OHADA qui évolue par exemple dans le secteur informel ou ayant une TPE ou une PME de saisir la Haute Cour du fait de l'éloignement de celle -ci à son lieu de résidence et des prix d'avion très élevés. A bien voir, c'est comme si cette Cour a été exclusivement créée pour les entreprises de grande taille ou pour les investisseurs étrangers (**Paragraphe 2**). Comme nous l'avons dit plus haut, cette absence de prise en compte des réalités socio-économiques des pays membres expose l'espace OHADA à la difficulté d'avoir un modèle propre sur le plan du droit économique et social (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1 / La CCJA : une Institution juridictionnelle créée à l'image de la CJUE

Toute étude sur le régionalisme juridictionnelle ne peut passer sous silence le phénomène de « contagion » qui l'imprègne. La doctrine ²⁹³, comme d'ailleurs les propres instances juridictionnelles ²⁹⁴, n'éludent guère l'évidence mimétique. Il est patent que la CEDH a très vite été érigé comme juridiction « parangon » de protection des droits, les géniteurs des cours interaméricaine et africaine ne pouvant ignorer le précédent juridictionnel de 1950, inédit à l'époque et dont l'apport

293

Celle qui est intéressée aux juridictions régionales n'a pas manqué de relever l'importance des « modèles » en la matière. ad exempleur les études d'Hector Gros Espil dans les Recueils des cours de l'académie de la Haye en 1975 (op.cit.) et 1989 (op.cit.) qui mettent en évidence le rôle de la CEDH par rapport à l'évolution du système interaméricain de protection des droits ; celles de M.MUBIALA (op. cit.) sur l'influence de la CEDH et la CIDH sur la création de la CADH ; l'ouvrage de F. DUMON (la Cour de Justice Benelux , Bruxelles , Bruylant 1980) qui rappelle avec la CJCE ; la contribution de M. KANTO parue dans dans l'african yerbook of international law sur le model que la CJCE a pu représenter pour les cours régionales africaines : « les cours de justice des communautés et des organisations d'intégration économique africaines », vol.6,1998,pp.107 et s.

294

Il suffit de consulter les sites web des juridictions régionales pour constater que certains d'entre elles font explicitement référence au modèle qui les a inspirés. Les sites des cours AELE, COMESA, SICA ou encore CAN sont caractéristiques à ce sujet.

clé résidait dans le garantie internationale juridictionnelle des droits et libertés de l'homme .De même , ce qui est apparu dès 1952 comme une juridiction exceptionnelle à tous les égards, la CJUE anciennement CJCE ne pouvait laisser indifférents les Etats africains qui décidèrent ultérieurement de se lancer dans l'aventure de l'intégration communautaire comme certains sous-ensembles régionaux européens. Tel est le cas de l'OHADA avec la création de la CCJA. En effet, les similitudes entre la CCJA et la CJUE (même si cette dernière n'intervient pas principalement en matière du droit des affaires comme la CCJA) se font tout d'abord constater non seulement par le mode de création des deux juridictions **(A)**, mais aussi au niveau des attributions et la politique de l'emplacement du siège social des deux Cours **(B)**.

A- Les similitudes entre les deux Cours au niveau de leur mode de création

Concernant d'abord le mode de création des deux juridictions régionales (donc la CJUE et la CCJA), il est symptomatique de constater que leur création est prévue dans la charte constitutive de l'organisation ou des organisations régionales dont elles dépendent, qu'il s'agisse de la charte originaire ou amendée. En droit de l'Union Européenne tout comme dans le droit de l'OHADA, les actes constitutifs présentent directement in extenso, les compétences des juridictions ainsi que certains rendements de leur organisation et de leur fonctionnement ²⁹⁶ . Ce n'est pas le cas pour certaines organisations régionales où les actes constitutifs s'en remettent à un ou plusieurs accords ultérieurs qui portent création de la juridiction régionale, de son statut et /ou de son règlement de procédure. Tel est le cas de l'article 108 al 2 de l'« accord EEE ²⁹⁷ » qui renvoie, pour la création de la Cour AELE, à un accord séparé adopté par les seuls Etats de l'AELE ²⁹⁸ ; de l'article 13 du Traité

295

Conseil de l'Europe, la convention européenne des droits de l'Homme ? Strasbourg, 1968, P.10.

296

En règle générale, les statuts de ces Cours sont adoptés ultérieurement, conformément aux principes établis dans la charte constitutive.

297

« Accord EEE » (Porto) du 2 mai 1992, signé à cette date par sept pays : l'Autriche, la Finlande, l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège, la Suède, et la Suisse. Suite au référendum du 6 décembre 1992, les citoyens suisses se prononcèrent contre la ratification de l'accord EEE qui fut par voie de conséquence retardée. L'accord n'est entré en vigueur que le 1er janvier 1994(JOCE N° L 1 du 3 janvier 1994). Un an après, ce furent trois autres pays, devenu membres de l'Union européenne, qui sortirent du système EEE (l'Autriche, la Finlande, et la Suède).Aujourd'hui, il n'est plus constitué que de trois Etats, l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège.

298

JOCE n° L 344 du 31 décembre 1994.En exécution de cette obligation, les Etats de l'AELE conclurent l'Accord instituant l'Autorité de surveillance AELE et la Cour AELE dont la quatrième partie concerne la Cour (article 27 à 41). Le statut de la Cour est prévu au protocole 5 de l'accord Cour AELE qui comporte quarante -quatre articles.

instituant l'Union du Maghreb Arabe (T.UMA) qui mentionne l'existence d'une « instance judiciaire » dont il est spécifié qu'elle est maîtresse de l'élaboration de son statut lequel une fois adopté par le Conseil Présidentiel (organe exécutif), fait partie intégrante du traité ; de l'article 1 du traité constitutif de la Communauté Economique et Monétaire d'Afrique Centrale (CEMAC), qui ne fait que mentionner le principe de la création d'une Cour de Justice Communautaire (article 3 T.CEMAC). Le mode de création de la Cour de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) répond au même schéma. Les articles 4 et 11 du traité originaire de 1975 prévoyaient la création d'un « Tribunal » ; il a fallu attendre l'adoption du Protocole d'Abuja en 1991 pour que ses compétences et son fonctionnement soient réglementés et que sa dénomination soit transformée : le « Tribunal » laissant place à la « Cour de Justice de la Communauté ».

B- Du point de vue de leurs attributions et de l'emplacement de leurs sièges sociaux

Du point de vue des attributions et de l'emplacement du siège social de la CCJA et celui de la CJUE, il existe une forte similitude. En effet, pour ce qui concerne tout d'abord les attributions et plus précisément celles de la CJUE, celle-ci rend des arrêts dans les affaires qui lui sont soumises. Son activité consiste à :

- Interpréter la législation de l'Union européenne ;

Les juridictions nationales doivent veiller à la bonne application de la législation de l'UE, mais il arrive qu'elles l'interprètent différemment .Si une juridiction a un doute à propos de l'interprétation ou de la validité d'un acte législatif européen, elle peut demander des éclaircissements à la Cour. Cette procédure peut également servir à déterminer si une loi ou une pratique nationale est compatible avec la législation de l'Union européenne.

- Veiller à la bonne application de la législation de l'UE ;

Cette procédure est appliquée lorsqu'un Etat membre ne respecte pas la législation de l'UE.

- Annuler des actes législatifs européens (recours en annulation).

S'ils estiment qu'un acte législatif européen enfreint les traités de l'Union Européenne ou viole des droits fondamentaux, le Conseil de l'UE, la Commission européenne ou, dans certains cas, le Parlement européen peuvent demander à la Cour de l'annuler.

En effet, au regard des attributions ou des fonctions de la CJUE, il paraît possible de constater qu'en

299

Traité de Marrakech du 17 février 1989 signé par l'Algérie, la Mauritanie, le Maroc, la Libye et la Tunisie ; il est entré en vigueur le 17 août 1989 (reproduit dans la Revue de droit international public, 1990, n°2, pp.552-556).

dehors du fait que celle-ci n'ait guère instauré dans ses principes de fonctionnement de se substituer aux juridictions de cassation des Etats membres, les attributions dévolues à la CCJA sont pratiquement les mêmes attributions qui sont dévolues à la CJUE.

A l'instar de la CJUE, la CCJA assure en vertu de l'article 14 du traité de 1993, l'interprétation et l'application commune du traité, des règlements pour son application et des Actes uniformes. Ainsi, l'article 14 susmentionné dispose : « La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure dans les Etats Parties l'interprétation et l'application communes du présent Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes.

La Cour peut être consultée par tout Etat Partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13 ci-dessus ».

Il est important de préciser que les décisions de la CCJA à l'instar de celles de la CJUE, sont obligatoires et exécutoires sur le territoire des Etats membres.

Tout comme la CJUE, la CCJA peut être consultée par les juridictions nationales ou les Etats parties qui souhaitent avoir un avis ou une explication sur une question relative à l'interprétation ou l'application d'un Acte uniforme, d'un règlement ou du traité.

Enfin, en ce qui concerne la politique de l'emplacement du siège social de la Cour, l'OHADA a fait pareil que l'Union européenne ; c'est-à-dire, en confiant à un des Etats membres, l'abritement du siège social de la Cour. C'est effectivement à ce niveau que le problème se pose.

En effet, en faisant comme l'UE, l'OHADA a oublié de prendre en compte certaines réalités africaines, car nous sommes sans oublier que dans l'espace OHADA, le secteur informel occupe une place de considération. Il n'est pas logique de faire abriter la CCJA dans l'un des pays membres de l'OHADA tout en sachant que l'espace OHADA n'est pas comme l'espace Schengen où tout le monde peut facilement se déplacer à moindre cout du fait de la qualité des infrastructures de transport de l'Union européenne, sans solutions alternatives, adaptées au secteur informel ou à des TPE (très petites entreprises) évoluant dans le formel, permettant ainsi à ces dernières de saisir facilement la Cour en cas de pourvoi en cassation.

Paragraphe 2 : La faible saisine de la CCJA résultant de son éloignement avec les pays membres

Avant de montrer que le dispositif mis en place par l'OHADA est beaucoup plus focalisé sur l'investisseur étranger (B), il paraît d'abord nécessaire de mettre l'accent sur la faible saisine de la

CCJA du fait de son éloignement avec les pays membres de l'Organisation (A).

A- La faible saisine de la CCJA résultant de son éloignement avec les pays membres

Malgré le travail positif que la CCJA accompli et la place qu'elle occupe dans les efforts d'instauration de la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA, une réflexion doit être menée sur la situation de la CCJA et les cassations nationales. On ne peut pas fermer les yeux sur la situation de la saisine de la CCJA du fait de l'éloignement de celle-ci aux pays membres et, qui se limitent, pour la majeure des parties, à quelques trois ou quatre Etats sur les 17 qui composent l'organisation.

En effet, les Etats membres de l'OHADA sont dispersés sur un espace géographique assez vaste de sorte que certains d'entre eux se situent dans les zones assez éloignées du siège de la CCJA basé à Abidjan (Côte d'Ivoire). On comprend donc que pour les plaideurs de ces pays, saisir la CCJA serait une source d'inquiétudes relativement aux frais supplémentaires que pourront générer, par exemple, les déplacements d'avocats sur Abidjan pour plaider leurs dossiers lorsqu'une procédure orale serait retenue pour l'affaire. Nous pouvons même penser que le déplacement des parties sur Abidjan est quasiment inévitable dans le cadre d'un contentieux devant la CCJA dans la mesure où, même si c'est la procédure écrite qui a été retenue pour leur affaire, ces dernières doivent néanmoins être présentes à l'audience publique de la Cour à la date du délibéré, ayant été dûment convoquées sur cette date. En tout état de cause, il y'a lieu d'admettre que la saisine de la CCJA est une source supplémentaire de complication et d'aggravation du cout de justice. Ce n'est donc pas une coïncidence si plus des deux tiers des pourvois enregistrés par le greffe de la CCJA à ce jour provienne de la Côte d'Ivoire³⁰⁰.

Ainsi, les parties engagées dans un litige qui concerne la vente d'un congélateur au Congo ou un achat de télévision au Sénégal, traiteront ce litige à Abidjan en cas de pourvoi en cassation, avec un avocat qu'ils ne connaissent probablement pas, car il n'existe pas de dispositions dans le système de l'OHADA relative à une aide financière pour que les patrons des plus petites entreprises voir même les moyennes aient accès à la justice. Il convient de préciser que dans la zone OHADA, il existe beaucoup d'entreprises de petite taille. Les PME représenteraient plus de 90 à 80 % ; 70 à 80 % seraient même de très petites entreprises ou micro entreprises.

De même, il est important de noter que s'il y a un droit officiel et non officiel en Afrique, il y a aussi

300

Le niveau n'excède pas les 10% dans la sous-région, contre 90% pour l'Afrique de l'Ouest dont 52% pour la Côte d'Ivoire.

Ces chiffres représentent le volume d'affaire enregistré depuis la mise en place de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage à Abidjan, en 1997.

une zone officielle de commerce ainsi que une zone de commerce "informel" qui est tout aussi importante en particulier pour l'économie de l'État. Ces deux types de commerce coexistent dans la plupart des pays africains. Ainsi, au 30 octobre 2011, sur 1057 saisines contentieuses, 523 émanent de la république de Côte-d'Ivoire, soit 49,47%. Au 30 juin 2012, sur 1172 saisines contentieuses, 588 émanent de la république de Côte d'Ivoire, soit 50,17%.

Pour de nombreux économistes, l'éloignement géographique de l'institution (malgré l'organisation des audiences foraines ³⁰¹ prévu par l'article 18 du règlement de procédure de la CCJA) a dissuadé les ressortissants (surtout ceux évoluant dans secteur informel ou ayant de PME ou TPE) d'autres sous-régions à se pourvoir auprès de cette institution. En effet, le Congo –Brazzaville, par exemple, n'avait enregistré que trois pourvois après dix ans d'adhésion (c'est-à-dire de 1997 à 2007) alors que la majorité des pourvois venaient de la sous-région d'Afrique de l'Ouest, principalement la Côte d'Ivoire.

Si le Congo n'avait enregistré que 3 pourvois après dix ans d'adhésion, les justiciables étaient forcément les entreprises de grande taille et non du secteur informel, des PME ou TPE.

Comme nous l'avons évoqué plus haut, le véritable problème c'est le déplacement. Contrairement au continent européen qui par exemple a un réseau ferroviaire ou encore routier qui lie les quatre points cardinaux du vieux continent, l'Afrique subsaharienne, affiche des retards importants en la matière.

Un simple regard sur une carte (sur internet) des tracés ferroviaires africains et souvent à voie unique montre la quasi-absence de réseaux, l'Afrique du Sud, avec un réseau de 30600 de voies ferrées et les infrastructures ferroviaires les plus performantes d'Afrique subsaharienne devant être mise à part. Cet état de fait résulte des politiques d'équipement mises en œuvre par les administrations coloniales, avec pour seul cadre de référence le territoire de chacune des colonies, au détriment d'une vision continentale ou tout au moins régionale.

Donc le manque d'interconnexion des voies ferrées dans la zone franc constitue un obstacle majeur pour le déplacement des citoyens Ohadiens et le voyage en train entre Etats se révèle pratiquement impossible. Par conséquent, demander à un opérateur économique congolais par exemple du secteur informel ou un patron d'une PME d'une TPE de se saisir la CCJA qui se trouve en Côte-d'Ivoire pour un litige d'un million, nous pensons que c'est chose impossible car il sera obligé de prendre le vol et encore surtout les prix de billets ont toujours été excessifs pour les vols entre pays africains.

301

Kinshasa avait abrité vendredi 22 novembre 2013 la première audience foraine de la Cour Commune de justice et d'arbitrage.

A cet effet , pour pallier cette faible saisine de la CCJA dont la cause principale est l'absence de mise en place par les gouvernements des pays la zone franc d'une stratégie de développement du réseau routier ou ferroviaire inter-régional, il serait souhaitable que la CCJA soit décentralisée en ouvrant les antennes dans ou moins 2 pays membres afin que les justiciables d'autres pays limitrophes des pays où les antennes de la CCJA ont été ouvertes puissent avoir facilement accès. A titre d'exemple, la RDC, le Gabon, le Cameroun, le Tchad, la Centrafrique et la Guinée Equatoriale sont 6 pays membres de l'OHADA qui sont très proches géographiquement parlant. Ainsi, le législateur OHADA ou le conseil des ministres qui est un organe exécutif de l'organisation peut décider à ce que soit installée dans l'un de ses pays (par exemple le Cameroun « bien qu'il abrite déjà le secrétariat permanent » qui est pratiquement frontalier à tous ses pays en dehors de la RDC qui géographiquement peut d'ailleurs être considérée comme étant le Congo Brazzaville vu la distance qui sépare Brazzaville à Kinshasa à peine 5 km de distance entre les deux villes les plus rapprochées au monde), une antenne de la CCJA. En gros, il conviendra d'ouvrir une antenne en Afrique centrale. Au niveau de l'Afrique de l'Ouest, le reste des pays membres c'est-à-dire le Togo, le Mali, le Benin, le Niger, le Sénégal, la Guinée Bissau, le Burkina-Faso et la Guinée Conakry peuvent se rendre en Côte-d'Ivoire c'est-à-dire directement à la CCJA. Pour ce qui concerne les Comores qui est même le lieu de naissance du traité et qui géographiquement est loin des deux sous régions précitées, nous pensons que le Conseil des ministres OHADA peut décider à ce que soit organisées, deux audiences fontaines chaque année soit un par semestre.

Nous pensons également qu'à défaut pour le conseil des ministres OHADA d'opter pour la proposition que nous venons de faire, celui-ci peut fixer un seuil minimum en dessous duquel, les cours de cassation des Etats parties resteraient compétentes : 30 millions de francs CFA par exemple. Et la CCJA n'interviendrait que pour les affaires dont l'intérêt excède 30 millions de franc CFA.

L'objectif ici, c'est de faire à ce que les PME, les TPE et les entreprises du secteur informel, soient en mesure de se pourvoir en cassation une fois déboutées au niveau de la cour d'appel. Autrement dit, une fois déboutées au niveau de la cour d'appel, au lieu de se rendre à Abidjan pour saisir la CCJA, elles peuvent saisir la cour de cassation de leur pays. Cela reviendrait sans doute moins cher pour ces petites entreprises que s'il s'agissait de se rendre à Abidjan.

Dans la même veine, on pourrait proposer la mise en place d'un système d'aide juridictionnelle pour les petits acteurs du monde des affaires comme les entrepreneurs et les opérateurs économiques du secteur informel.

B- L'OHADA : un dispositif juridique focalisé sur l'investisseur étranger au détriment de l'investisseur local

L'internalisation des relations juridiques a ouvert la voie à une compétition où la manipulation des droits nationaux et communautaires est l'objectif premier. Cette instrumentalisation du droit au service du marché qui concrètement, consiste à attirer les investisseurs étrangers en adoptant la législation la plus favorable à leurs intérêts particuliers, est aujourd'hui l'apanage de nombreux États³⁰².

On constate une focalisation du législateur OHADA sur l'investisseur étranger au détriment de l'investisseur local³⁰³.

Cette tendance à l'instrumentalisation de l'OHADA au service de la sécurisation des investissements en Afrique a été soulignée à la veille du dixième anniversaire de l'organisation lors de la conférence internationale sur le commerce et l'investissement tenue à Dakar en avril 2003³⁰⁴.

Il est ainsi pu être constaté que les préoccupations des milieux d'affaires internationaux sont largement prises en compte dans les objectifs de l'OHADA. Un auteur souligne à ce sujet que : si l'intégration juridique réalisée par l'OHADA est justifiée par la nécessité d'éliminer les disparités législatives, c'est aux fins d'assurer au sein d'un ensemble communautaire, la sécurité des capitaux indispensables aux investissements. A ce titre, elle est un moyen particulièrement attractif d'accéder aux marchés africains pour les entreprises étrangères et parmi elles, bien entendu, les sociétés françaises qui y occupent de longue date une place privilégiée. Elle répond donc pour une large part à la satisfaction de leurs propres intérêts économiques.

. L'oublie des possibilités locales d'investissements- Le dispositif juridique actuel des États membres de L'OHADA reflète un droit conçu sous une vision macro-économique, sans doute favorable au développement de l'activité des entreprises ayant atteint une certaine taille, mais laissant en marge tout **un secteur informel** en pleine expansion. Or des réformes qui visent principalement à bénéficier aux investisseurs étrangers ou aux grandes entreprises, affaiblissent la légitimité des auteurs de la législation concernée. Ainsi, comme la recommande le rapport DOING BUSINESS 2007, toute réforme mise en œuvre doit viser à soulager tous les types d'entreprises : PME et grandes

302

La mondialisation : chances et risques.

303

A. Cisse : « l'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA ».

304

M. DIAKHATE « OHADA, un nouveau droit des affaires pour sécuriser les investissements en Afrique ».

entreprises, entreprises nationales et étrangères, entreprises rurales et urbaines.

Paragraphe 3 : Les effets ou le risque pouvant résulter du déphasage entre les réalités socio-économiques et le cadre juridique OHADA

Les règles du droit des affaires dans la plupart des régions du monde s'inspirent de ce qui correspond le mieux au contexte local ou à la tradition qui prévaut dans le contexte³⁰⁵. C'est d'ailleurs la tendance dominante sur la scène internationale où la plupart des États sont attachés à leurs réalités ou traditions. 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 dans un tel contexte, fût-il par les locaux, l'attraction sera plus forte. Or en droit OHADA, les grands cabinets à qui la confection des Actes uniformes est souvent confiée sont des cabinets étrangers qui ignorent ou négligent certains éléments des réalités socio-économiques et culturelles des pays africains notamment membres de l'OHADA, ou même influencés par les éléments extérieurs au contexte africain. C'est au regard de ce contexte que les africains, négligeant les éléments de leur véritable et propre tradition ou réalité, de leur spécificités en matière économique, s'exposent d'une part, à la difficulté d'avoir un modèle propre sur le plan 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 juridique est plus élevé. 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 affaires pour 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

305

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

éléments peuvent être liés soit à l'esprit de ces réalités³⁰⁶ soit aux règles ou encore soit de fond³⁰⁷,
soit de forme³⁰⁸.

Il serait très illogique voir même absurde de conclure notre travail sans pour pourtant mettre l'accent sur les faiblesses ou handicaps que génère le mimétisme juridique dans l'espace OHADA, ses atouts et son devenir en terme de vivacité, ce qui fera bien évidemment l'objet du dernier chapitre du titre II de la deuxième partie de notre travail.

306

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.

307

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

308

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

CHAPITRE II :

LES FAIBLESSES, LES ATOUTS ET L'AVENIR /LE DEVENIR DU MIMÉTISME JURIDIQUE DANS LE DROIT OHADA

Comme nous l'avons souligné dans notre propos introductif, l'objectif de notre travail est non seulement de montrer ou démontrer l'existence du mimétisme juridique dans l'espace OHADA, les faiblesses ou handicaps qu'il y présente ou qu'il y génère, les atouts ou la portée qu'il y marque (**Section 1**), mais également son devenir ou son avenir en termes de vivacité (**Section 2**).

Section 1 : Les faiblesses et les atouts du mimétisme juridique dans le droit OHADA

L'application du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA comporte des avantages multiples, c'est à ce titre qu'il s'agit d'une chance non seulement pour le législateur communautaire, mais également pour les citoyens OHADA. Cependant, des inquiétudes demeurent et l'on peut s'interroger des faiblesses ou inconvénients que ce mimétisme génère dans l'élaboration de la législation communautaire. Ainsi, la présentation des faiblesses ou inconvénients du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA (**Paragraphe 1**) précédera celle de ses atouts et de son originalité (**Paragraphe 2**).

Contrairement à ce que nous avons évoqué dans le titre I de notre première partie, où nous avons soulevé les avantages /atouts et les inconvénient ou faiblesses du mimétisme du fait de l'inspiration du législateur communautaire au droit « français », dans ce chapitre , il s'agit des faiblesses et atouts du mimétisme juridique d'une manière générale, qu'elle que soit la source d'inspiration du législateur communautaire.

Paragraphe 1 : Les faiblesses ou inconvénients du mimétisme juridique dans le droit OHADA

Le mimétisme juridique n'explique pas à lui seul, toutes les difficultés que rencontrent actuellement les pays membres de l'OHADA.

Pour une large part, le mimétisme juridique est responsable du déphasage entre les mesures copiées qui ne sont nullement néfastes en elles même et la réalité socio-économiques africaines. Il existe une manière africaine d'écrire le droit. Mais ce style africain qui se caractérise ou se traduit par le mimétisme, l'imitation, présente des faiblesses qu'il faudra progressivement corriger grâce notamment à une formation des futurs juristes à l'écriture du droit et à la recherche.

Dans l'espace OHADA, l'innovation normative consistera en une articulation entre le modèle

juridique ou institutionnel et les spécificités africaines car depuis sa création, l'OHADA est minée par le mimétisme et caractérisée par un divorce croissant entre les textes de lois importés et la réalité économique et sociale. Ainsi, la plupart des réformes entreprises par le législateur communautaire ne sont souvent que la substitution d'un mimétisme à un autre, et ce mimétisme juridique est l'un des facteurs de la passivité intellectuelle ou encore du manque d'innovation normative. Il fait à ce que le législateur communautaire ne réfléchisse point dans le cadre de l'élaboration des Actes uniforme. Il suffit juste à ce dernier de jeter un coup d'œil de l'autre côté de la méditerranéen pour mettre en place un arsenal juridique qui sera applicable dans les pays de la zone franc. Ainsi, une norme juridique créée dans ces circonstances, ne peut qu'être contraire au besoin du peuple qu'elle est destinée à régir. Ce que nous condamnons dans notre travail c'est le mauvais mimétisme appliqué sans aucun discernement. Le mimétisme est partout. Nous ne sommes pas contre, mais il y'a un bon et un mauvais mimétisme. Le bon mimétisme consiste à appliquer dans un respect de l'histoire et de la culture, un concept que nous trouvons utile pour résoudre un certain nombre de problèmes. Mais il ne faut pas que la solution à un problème aggrave plus le mal qu'il ne le résolve.

Au regard de ces tares du mimétisme juridique, qu'inscrire à son actif ? Présente-t-il quelques avantages ou atouts ? Le droit communautaire ne présente-il pas une certaine originalité malgré sa large inspiration des normes étrangères ?

Paragraphe 2 : Les atouts du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA et l'originalité de celui-ci

Analyser le droit OHADA exclusivement en termes de copie serait dangereux et limiterait l'intérêt de notre thème. Le mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA présente non seulement quelques atouts **(A)**, il n'est non plus appliqué de façon absolue car le législateur communautaire ne s'est pas contenté de recopier ou d'imiter l'occident, mais a fait également preuve d'une certaine originalité dans le cadre de l'élaboration des Actes uniformes OHADA. Autrement dit, au-delà de cette carence de l'activité législative de la part du législateur OHADA, une certaine originalité du droit communautaire mérite d'être exposée **(B)**.

A- Les atouts du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA

L'inspiration du législateur OHADA à des normes étrangères est très intéressante à de nombreux regards.

Elle assure non seulement une unité de culture juridique entre l'Afrique, la France et l'Europe, elle facilite également de manière importante les recherches doctrinales et pratiques : le fonds documentaire est commun. Elle permet aux investisseurs et financiers européens d'évoluer dans un environnement juridique familial.

Le mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA est un formidable atout pour la sécurisation juridique et judiciaire des investissements dont les Etats membres ont besoin.

Ainsi, le mimétisme juridique, longtemps décrié n'est pas nécessairement un mal et peut s'accommoder de spécificités reconnues comme indispensables pour permettre une réception apaisée des modèles exportés.

Le mimétisme appliquée dans une volonté de légitimation comme nous l'avons toujours souligné dans notre travail, n'est pas un mal en soit. Selon certains auteurs, le législateur OHADA a estimé que c'est le seul et meilleur moyen d'être crédible sur la scène internationale et de s'assurer un statut si non identique du moins quasi égale à celui des autres Etats comme la France.

Aujourd'hui, le mimétisme juridique reproduit plus fidèlement et avec réserve, permet d'acquérir la bienveillance de la communauté internationale et d'attiser la convoitise des bailleurs de fonds dans l'espace OHADA. Même les défenseurs d'une spécificité législative ostensiblement revendiquée, tolèrent certains emprunts à l'étranger sur d'autres terrains considérés comme moins sensibles, tels que le droit des affaires, le droit administratif ou des finances publiques.

En puisant une grande partie de son inspiration dans le droit français, le droit OHADA se trouve en quelque sorte l'héritier d'une tradition juridique qui a elle-même servi de référence à beaucoup de systèmes juridiques dans le monde. Il jouit maintenant d'une très bonne reconnaissance internationale : c'est un droit qui commence à être connu et, surtout, reconnu par les partenaires des pays concernés, ce qui contribue à créer un climat de confiance propice au développement des affaires.

De cet héritage, le droit de l'OHADA a retenu-si nous pouvons le dire, le meilleur, à savoir la logique générale, la structure conceptuelle et la technique rédactionnelle, toutes choses qui ont fait le succès du droit français par exemple. Mais le législateur OHADA a su, dans bien des cas, apporter des solutions innovantes, dont certaines ont du reste, anticipé des évolutions ultérieures du droit français lui-même.

B- L'originalité du droit OHADA

Comme nous l'avons souligné un peu plus haut, le législateur communautaire ne s'est pas contenté de recopier ou d'imiter l'occident, précisément son homologue français, mais a fait également preuve d'une certaine originalité ou innovation dans le cadre de l'élaboration des Actes uniforme. Ainsi, pour ne pas étudier tous les Actes uniformes, nous allons justement prendre l'exemple de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

En effet, l'AUDCG comporte des dispositions qui ne figurent pas dans le Code de commerce français. Sur trois points au moins, les rédacteurs de l'Acte Uniforme ont innové en introduisant dans l'Acte des dispositions qui ne figurent pas dans le Code de commerce français.

Cette originalité se trouve non seulement au niveau de la définition du fonds de commerce, des dispositions communes à tous les intermédiaires mais également au niveau de la réglementation de la vente commerciale.

Tout d'abord, pour ce qui concerne la définition du fonds de commerce, il importe de constater que le chapitre I du titre 2 du livre 6 de l'Acte uniforme (révisé) de 2010 a pour objet de donner une « définition du fonds de commerce ». Ainsi, aux termes de l'article 135, « le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle ». Le texte ajoute qu' « il peut comprendre différents éléments mobiliers, corporels et incorporels ». Cette définition ne surprendra pas le juriste français, car elle place la clientèle au cœur de la notion de fonds de commerce. Or depuis longtemps, la Cour de cassation française estime que la clientèle est l'élément essentiel du fonds.

Ce qui est beaucoup plus remarquable au regard du droit français, c'est l'existence même d'une telle définition. En effet, on sait que le législateur français s'est toujours abstenu de définir le fonds de commerce et qu'aujourd'hui encore, le Code de commerce ne comporte aucune définition de cette notion essentielle. Autrement dit, en droit français, il n'existe pas de définition légale du fonds de commerce contrairement en droit de l'OHADA.

L'innovation du droit OHADA sur ce point est donc tout à fait notable.

Elle l'est d'autant plus que l'Acte Uniforme de 2010 ne se contente pas de définir la notion de fonds de commerce : il définit également le contenu du fonds, en établissant une distinction entre ses éléments nécessaires et ses éléments facultatifs. Les premiers sont visés par l'article 136³⁰⁹. Il s'agit de la clientèle et de l'enseigne ou du nom commercial. Les seconds sont énumérés par l'article 137 qui dispose : « Le fonds de commerce peut comprendre différents éléments mobiliers, corporels et incorporels, notamment les éléments suivants :

- 5- les installations ;
- 6- les aménagements et agencements ;
- 7- le matériel ;
- 8- le mobilier ;
- 9- les marchandises en stock ;
- 10- le droit au bail ;
- 11- les licences d'exploitation ;
- 12- les brevets d'inventions, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles, et tout autre droit de propriété intellectuelle nécessaires à l'exploitation.

309

Le fonds de commerce comprend nécessairement la clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial, sans préjudice du cumul de la clientèle avec l'enseigne et le nom commercial.

La détermination du contenu nécessaire du fonds de commerce constitue une réelle innovation au regard du droit français, puisque si la loi du 17 mars 1909 donnait une liste des éléments que le fonds pouvait comprendre, elle ne contenait aucune liste de ses éléments obligatoires. Une telle avancée est certainement louable, si l'on observe qu'en France au moins, la question du contenu « minimum » du fonds de commerce a pu être source de nombreuses incertitudes³¹⁰. Le droit OHADA répond ainsi à une interrogation récurrente, tenant à savoir si le fonds de commerce peut être limité à la clientèle : la réponse est clairement négative puisqu'il apparaît qu'outre cette clientèle, le fonds doit comprendre le nom ou l'enseigne.

Ensuite, en ce qui concerne des dispositions communes à tous les intermédiaires, la démarche consistant à énoncer le droit commun de l'intermédiation est tout à fait novatrice et, en tout cas, inconnue comme telle en droit positif français.

L'article 169 du Titre 1er du Livre 7 de l'AUDCG révisé est ainsi intitulé « Dispositions communes » et débute par une définition de l'intermédiaire de commerce : « L'intermédiaire de commerce est une personne physique ou morale qui a le pouvoir d'agir, ou entend agir, habituellement et professionnellement pour le compte d'une autre personne, commerçante ou non, afin de conclure avec un tiers un acte juridique à caractère commercial ». Cette définition est assez troublante, car elle cantonne l'activité d'intermédiaire à la conclusion d'un contrat de vente à caractère commercial. Or il s'agit assurément là d'une vision assez étriquée de l'activité de l'intermédiaire : on en veut pour preuve que l'article 216 de l'Acte uniforme de 2010 définit l'agent commercial comme « un mandataire, qui à titre de profession indépendante, est chargé de façon permanente de négocier, et éventuellement de conclure, des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestations de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants, ou d'autres agents commerciaux, sans être liés envers eux par un contrat de travail ». L'activité de l'agent commercial ne se cantonne donc pas à la conclusion de ventes à caractère commercial.

Une fois cette définition posée, l'Acte uniforme précise en son article 170 que « L'intermédiaire de commerce est un commerçant ». Cette disposition est surprenante pour un juriste français, car il est acquis en droit français que l'agent commercial n'a pas la qualité de commerçant, le mécanisme de la représentation le rendant transparent : seul le mandant est commerçant³¹¹.

Enfin, concernant la réglementation de la vente commerciale, en droit français, la vente commerciale est pour l'essentiel soumise au droit commun de la vente. Elle ne fait pas l'objet d'une réglementation

310

J. CALAIS-AULOY, « Les incertitudes jurisprudentielles sur l'existence du fonds de commerce », in *L'entreprise personnelle, Tome II, Critique et prospective*, sous la direction de A. SAYAG, Librairies Techniques, 1981, p.163.

311

Par ex. D. HOUTCIEFF, *Droit commercial*, A. COLIN, 2005, n°760.

d'ensemble spécifique, si ce n'est en matière de vente internationale de marchandises³¹². Le droit OHADA se distingue donc clairement du droit français sur ce point, puisque le Livre V de l'Acte uniforme est entièrement dédié à la vente commerciale.

Plus précisément, l'Acte Uniforme régit les « contrats de vente de marchandises entre commerçants, personnes physiques ou personnes morales »³¹³. Comme il l'indique expressément, il ne régit donc pas les ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, pas plus que les ventes sur saisie ou les ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce, de monnaies ou devises, ou encore les cessions de créances (art 235 à 236). De surcroît, les dispositions du Livre V n'excluent pas l'application des règles du droit commun puisqu'aux termes de l'article 237, « La vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats et de la vente qui ne sont pas contraires aux dispositions du présent Livre... ».

Pour prendre un autre exemple, concernant les effets du contrat de vente commerciale, plus précisément en matière de transfert de propriété, contrairement au droit français, qui fait dépendre le transfert de propriété de l'échange des consentements, le droit OHADA relie ce transfert à la prise de livraison par l'acheteur de la marchandise vendue. En effet, l'article 275 de l'Acte révisé prévoit que : « La prise de livraison opère transfert à l'acheteur de la propriété des marchandises vendues ». C'est donc la prise de livraison, et non l'échange des volontés, qui emporte transfert de propriété.

Après avoir examiné les faiblesses (inconvenients) et les atouts (avantages) du mimétisme juridique dans le droit OHADA ainsi que l'originalité de celui-ci, que pouvons-nous dire de l'avenir ou du devenir du mimétisme juridique dans le droit OHADA ?

Section 2 : L'avenir ou le devenir du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA

Demain ou à l'heure de la mondialisation : quel avenir pour le mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA ?

Parler du devenir ou de l'avenir du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA nous oblige forcément à résoudre une question de choix. Ainsi, dans le cadre de l'édiction des Actes uniformes, le législateur communautaire doit-il continuer à s'inspirer largement des textes de lois étrangers (français notamment) ou encore prendre en considération les normes, réalités et aspirations locales, ou les deux à la fois, d'où il résulte apparemment soit du mimétisme, soit de l'émancipation.

En principe, choisir implique une certaine liberté, un libre arbitre de la part de celui qui est appelé à

312

Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises.

313

Article 234 de l'AUDCG révisé.

choisir. C'est aussi assumer pleinement les conséquences de son choix. Entendu de la sorte, nous ne pouvons pas dire que, à l'avènement du partage de l'Afrique et de la colonisation qui s'ensuivit, les africains avaient le choix entre d'une part, leurs coutumes ou les aspirations locales et d'autre part le droit imposé c'est-à-dire occidental. Avec les indépendances et plus précisément l'avènement de l'OHADA, nous pensons que les anciennes colonies françaises actuellement membre de l'OHADA pour la plupart y compris le législateur communautaire devraient considérablement se détacher du droit étranger (pour un avenir meilleur), notamment français dans le cadre de l'harmonisation du droit des affaires afin d'installer une certaine indépendance ou émancipation juridique dans le droit de l'OHADA (**Paragraphe 1**). Toutefois, avec la mondialisation qui est un vecteur de la circulation des solutions juridiques et la présence des experts juristes étrangers, précisément français dans les instances d'élaboration des Actes uniformes, nous pensons qu'il est difficile pour le législateur ou le juge ³¹⁴ communautaire de ne plus faire recours aux solutions étrangères (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La nécessité de l'installation progressive d'une indépendance ou émancipation juridique du droit OHADA vis-à-vis du droit étranger pour un avenir meilleur

Quand on parle de la dépendance de l'Afrique vis-à-vis de l'Europe, on pense généralement aux domaines politiques (satellisation et mise sous tutelles des Etats par l'ancienne puissance coloniales) et diplomatique (alignement de l'Afrique sur l'Europe dans bien de domaines), économique (diktat de l'Europe sur les plans d'ajustement structurel), financier (poids de l'endettement et d'aide au sous-développement), technologique (Afrique comme réservoir de matières premières), commercial (échange inégal et inéquitable). On pourrait ajouter la dépendance alimentaire et sanitaire.

Or, la plus profonde des dépendances de l'Afrique vis-à-vis de l'Europe est, selon nous, d'ordre juridique. Cette dépendance se traduit par le mimétisme juridique qui a prévalu jusque-là en Afrique, plus précisément dans les pays membre de l'OHADA.

Pour un avenir meilleur du droit communautaire et pour transformer notre rêve d'un droit africain totalement indépendant du droit étranger, il va donc falloir que les législateurs communautaire et nationaux ne puissent plus continuer à se comporter comme les législateurs africains d'après les indépendances qui, exacerbés par les colonisateurs nostalgiques, n'ont pas eu le temps ni les moyens de réformer leur droit aussitôt après le départ des colonisateurs et continuaient à garder les anciennes lois à défaut de recopier servilement la législation des États occidentaux, notamment français et belges.

314

Les juges de la CCJA.

Le droit et les lois ont toujours un caractère relatif. En effet, les lois doivent être et elles sont adaptées à chaque société, à chaque culture et à chaque environnement. Les règles de droit tant que produit social ne peuvent être que relatives à chaque société. Ainsi, les textes juridiques de la plupart des pays africains ou de certaines organisations régionales comme l'OHADA demeurent dans leur fondement comme dans leur fonctionnement essentiellement extravertis, éloignés des besoins des peuples auxquels ils sont destinés. Ils sont un simple décalque des modèles européens conçus pour des contextes historiques, sociaux et culturels particuliers, ceux des sociétés industrialisées économiquement bien équipées, fondées sur une vieille tradition d'écriture, relativement peu diversifiées techniquement, culturellement et linguistiquement. Il ne s'agit pas ici de remettre en question le modèle français qui s'avère en bien des points, supérieur comme le soulignent certains auteurs ; il s'agit de l'adopter de façon clairvoyante et de l'adapter à l'environnement africain ou ohadien de façon efficace.

La réalité nous a prouvé que le temps du mimétisme juridique a eu ses jours d'or au point que la plupart des lois calquées sur celles de l'occident ne se sont jamais adaptées à la mentalité juridique africaine. Elles ne partagent pas les mêmes valeurs ou aspirations avec la population destinataire, d'où le problème de l'inadaptation et de l'inefficacité de ce droit importé et imposé. Le constat est patent, notamment en matière de droit privé plus précisément en droit de l'OHADA comme nous venons de le démontrer dans les précédents chapitres.

Paragraphe 2 / Le mimétisme juridique : un phénomène difficile à éradiquer définitivement dans l'espace OHADA eu égard de certaines réalités économiques et de la mondialisation

Malgré une rupture dans les années 1970-1980, le renouveau juridique africains des années 1990 à nos jours illustre à plus d'un titre, l'intérêt marqué au droit occidental par les Etats africains.

L'Afrique est de nouveau marquée, et comme le pensent certains auteurs, restera marquée par un regain du mimétisme juridique.

L'inspiration pure et simple du législateur africains précisément communautaire aux normes étrangères est une issue qu'on ne peut aujourd'hui exclure d'emblée. Que cela soit du fait de la mondialisation que de la présence des experts étrangers dans les instances d'élaboration du droit communautaire.

L'importation de solutions juridiques étrangères par des Etats ou ensembles régionaux n'est pas un phénomène nouveau, mais il change de dimension avec la mondialisation économique. Cette importation peut être spontanée ou imposée de l'extérieur et répond en tout état de cause à la nécessité de maintenir la compétitive du territoire national ou régional par l'adoption des instruments juridiques

les plus performants pour les acteurs économiques internationaux.

Les différences de normes entre les Etats peuvent être sources de distorsions de concurrence et handicaper ceux d'entre eux dont le droit des affaires, le droit fiscal ou le droit social pénalise, ou semble pénaliser les acteurs économiques. Ces derniers n'hésitent plus à déterminer la localisation de

leurs activités en fonction de ces considérations : c'est le phénomène de forum Shopping³¹⁵. Cette pression exercée par les entreprises relaie, dans bien des cas, les exigences émanant des financeurs, qu'il s'agisse d'investisseurs privés ou d'institutions financières internationales. Les Banques privées assurant le financement des projets d'investissement exigent des garanties inspirées de leur propre culture juridique. New York et Londres (Paris 17^{ème}) constituant par exemple les deux principales places financières internationales, il s'en suit que de manière générale, le milieu financier international utilise des schémas juridiques presque exclusivement inspirés du droit anglais et de l'Etat de New York.

Les dispensateurs d'aide publique internationale incitent (voir même imposent) également les Etats (pour la plupart sous-développés), de manière plus ou moins impérieuse, à moderniser leur instruments juridiques en s'inspirant d'un droit plus moderne de renommée internationale considérable.

La Banque Mondiale, le FMI ou l'Union Européenne exigent pour le financement de projets d'investissement, la mise en œuvre de règles de passation de marchés publics, d'Etude des impacts, des reformes importantes de leur droit interne.

C'est en considération de ce qui vient d'être dit que certains juristes semblent considérer qu'adopter purement et simplement les normes des pays développés dans le cadre du droit des affaires est l'hypothèse la plus crédible surtout avec la mondialisation.

Pour eux, avec la mondialisation, les échanges entre les systèmes juridiques se sont multipliés, ouvrant la voie à un recours plus fréquent au droit comparé. Les juges ou les législateurs nationaux ne sont plus isolés et interagissent avec leurs homologues. La mondialisation n'oblige pas les

législateurs ou les juges de prendre en compte les exemples étrangers. Ils ne sont pas liés³¹⁶ ; mais ils ne peuvent plus feindre de ne pas connaître les solutions proposées par leurs collègues issus d'autres systèmes juridiques.

315

Le forum shopping (ou élection de juridiction) est une pratique de droit international privé qui consiste à saisir la juridiction la plus susceptible de donner raisons à ses propres intérêts. En raison de la diversité des règles de compétences internationale, un plaignant (ou un défendeur) peut saisir les tribunaux d'un pays où il sait que son litige sera jugé plus favorablement.

316

Si certaines juridictions constitutionnelles intègrent les problématiques induites par la globalisation, il n'y a pas d'obligations pour ces juridictions de réagir à la globalisation. Sur cette question, voir A. Le Quinio, (dir.), Les réactions constitutionnelles à la globalisation, Bruxelles, Bruylant, coll. A la croisée des droits, 2016, 351 p.

Sous l'effet de la globalisation du droit, les juges ou les législateurs sont amenés voir obligés à s'ouvrir d'avantage aux influences externes et à participer à la migration des solutions juridiques d'un système ou d'un pays à l'autre.

Avec la mondialisation, il est difficile pour un législateur ou un juge d'être replié sur lui-même. Il semble être l'intérêt de tous. Le citoyen tout comme le justiciable africain ou Ohadien en particulier l'a bien compris, d'étudier les pratiques juridiques des autres pays, notamment des pays développés afin d'observer la façon dont ils réagissent lorsqu'ils sont confrontés à des problèmes similaires.

Toujours dans le cadre de la mondialisation, si nous soulignant que le mimétisme juridique est loin d'être éradiquer justement parce qu'en dehors des institutions financières internationales ou les Etats occidentaux qui imposent aux pays africains de recourir au droit étranger, les experts occidentaux et internationaux qui participent à la rédaction par exemple des Actes uniformes OHADA au niveau du secrétariat permanent ou à l'élaboration des législations nationales des pays membres de l'OHADA ,ont toujours conseillé et continuent à conseiller aux Etats membres et à cette dernière , d'importer les textes de lois des pays occidentaux , laissant entendre qu'une similitude des droits entrainera une croissance économique et un développement social analogues. Comme le dit Michel Alliot, « on aurait aucun mal à dénombrer dans les pays d'Afrique francophone plusieurs centaines de codes, sans compter de simples lois, dont l'essentiel, quantitativement du moins, est emprunté textuellement aux législateurs français ou belge ³¹⁷ ».

Le mimétisme juridique ou le phénomène de transfert des droits n'est pas neuf. Il date des années 1960 et se poursuit jusqu'à nos jours. Ainsi, il est donc difficile pour le législateur africain ou communautaire de manifester une volonté particulière de se distancier de la législation étrangère, notamment française dans le cadre de l'élaboration de leurs normes juridique.

317

M.ALLIOT « les transferts de droit ou la double illusion » in le droit et le service public au miroir de l'anthropologie, Paris Karthala 2003.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

A la lumière de tout ce qui vient d'être dit, force est de conclure que le législateur communautaire a transposé de façon plagiaire les prescriptions étrangères notamment française sans prendre en compte certaine réalités. Comme nous le savons, l'un des objectifs visés par les Etats membres de l'OHADA est bien l'élaboration et l'adoption des règles adaptées à leur réalité. Or, au regard de ce que nous venons d'étudier, il paraît possible de constater que cet objectif n'est pas totalement atteint dans la mesure où, non seulement le cadre juridique initialement mis en place est en grande partie inadapté au secteur informel, on assiste également à une faible intervention du législateur communautaire dans certaines pratiques contractuelles d'affaires dans les relations familiales. Il s'avère donc nécessaire de mieux prendre en compte les réalités internes et propres au contexte de l'espace OHADA en premier ; c'est à juste titre que Jean -Louis BERGEL a écrit : « 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. Si non faute de pénétrer dans l'ordre juridique, il reste lettre morte et perd toute effectivité ».

Toutefois, au-delà des faiblesses que peut présenter le mimétisme juridique, celui-ci n'est pas en soi une mauvaise chose, il présente aussi quelques atouts. En même temps, bien qu'il est difficile pour le législateur OHADA de se détacher du mimétisme juridique pour diverses raisons (que nous avons exposées dans les précédents paragraphes), il faut quand même reconnaître que malgré cette carence de l'activité législative, le droit OHADA a également fait preuve d'une originalité. Toutefois, ce qui est sûr, le mimétisme dans la zone OHADA est loin d'être éradiqué vu le contexte économique actuel dû à la mondialisation.

CONCLUSION GENERALE

Au sortir de notre travail consacré sur le mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA force est de conclure qu'il est vrai que l'idée d'une intégration juridique régionale a été lancée à Paris officiellement en 1991, lors d'une rencontre des ministres des finances de la zone franc. Elle a pris corps au cours d'une conférence des chefs d'États africains et de la délégation française qui ont décidé de confier la préparation d'un projet allant dans ce sens, à un directoire composé de trois membres, dont deux français qui, par leur désignation, leur formation, l'expérience qu'ils avaient du droit applicable sur les territoires des anciennes colonies, les conduisaient naturellement à proposer une uniformisation à la française. En 1993, en même temps qu'il créait une organisation dénommée OHADA ayant pour mission de mettre en place le programme adopté, un traité fut paraphé par les ministres d'États africains dont les liens étroits avec la France ne sont plus à démontrer. L'emprise directe ou indirecte de l'hexagone est donc avérée et les pays signataires l'ont eux-mêmes acceptée, dans le souci d'en tirer le meilleur profit.

Quant aux objectifs poursuivis par le traité, ils sont clairement révélateurs de la volonté de ses auteurs de prendre en considération les préoccupations des milieux d'affaires internationaux. Car, si l'intégration juridique réalisée par l'OHADA est justifiée par la nécessité d'éliminer les disparités législatives, c'est aux fins d'assurer au sein d'un ensemble communautaire, la sécurité des capitaux indispensables aux investissements. A ce titre, elle est un moyen particulièrement attractif d'accéder aux marchés africains, pour les entreprises étrangères et parmi elles, bien entendu, les sociétés françaises qui y occupent de longue date, une place de considération. Elle répond donc pour une large part, à la satisfaction de leurs propres intérêts économiques. A cet effet, il faut alors reconnaître que le droit de l'OHADA est un droit venu d'ailleurs. Dire du droit OHADA qu'il est un droit importé, un droit largement influencé par le droit français, est révélé tant par l'historique du traité fondateur, que par les objectifs affichés par ce dernier et la source d'inspiration à laquelle puisent les Actes uniformes qu'il a initié. Sur tous ces plans, l'influence étrangère, et notamment française, est patente. Le mimétisme juridique est bel et bien une réalité en Afrique. Les constitutions africaines d'aujourd'hui par exemple, malgré la manière dont on les présente habituellement, ne sont pas les meilleures constitutions du monde ; ce sont les pires à notre avis. Le droit civil, le droit des sociétés, les codes des impôts, les codes électoraux..., ce ne sont pas les meilleurs textes que nous avons en Afrique parce qu'ils seraient parfaits ou correspondraient à un modèle, ce sont les pires au contraire car nous pensons que l'Afrique a des très grands juristes, mais que le continent dans son ensemble a raté jusqu'à présent son rendez-vous avec le droit. Ce rendez-vous avec le droit c'est l'appropriation des règles juridiques. C'est faire en sorte que les règles qui s'appliquent sur ce continent soient la

manifestation de volonté de ceux qui y vivent. Ces règles ne doivent pas être la retranscription du passé car il ne s'agit pas de rester dans le passé, mais la retranscription du vouloir vivre, développer ensemble demain. Pour revenir à l'OHADA, lorsqu'on voit ce droit, l'exemple, voir le model c'est l'Union européenne alors que l'Afrique est capable de produire une pensée autonome qui est à notre avis, la condition pour rentrer en relation et discuter de l'enrichissement mutuel entre les juristes. Il n'est pas acceptable de voir les juristes occidentaux qui ont réfléchi dans un contexte et un environnement bien déterminé, servent de leçons, des hommes référentiels, des unités de mesure dans les pays africains. Lorsqu'en parle du développement de l'Afrique moderne juridique, c'est le droit de l'OHADA. Bien que ce droit a été certes conçu par les « africains », mais avec un lobi occidental puissant pour sécuriser le cadre des affaires pour ceux qui viennent d'occident et non pour les petites et moyennes entreprises africaines.

Loin de critiquer les intellectuels ou juristes africains, nous pensons que dans le cadre de l'élaboration des textes de lois ou des Actes uniformes, les juristes africains et plus précisément ceux de la zone franc formés dans les écoles et universités françaises ou encore formés sur place, ne font pas preuve d'intellectualisme. Un intellectuel à notre avis c'est celui qui s'en donne à un exercice intellectuel, qui réfléchit aux problèmes de la cité, aux problèmes auxquels est confrontée sa société. Les intellectuels ou juristes africains devraient en principe revenir à leurs valeurs, s'orienter à nouveaux dans leurs traditions, réfléchir sur ce qu'ils peuvent faire (toujours dans le cadre de l'élaboration des normes juridiques), sans copier les autres pour le plaisir de copier, c'est-à-dire sans faire du mimétisme, même s'ils ont été formés chez ces derniers. C'est ce que les asiatiques ont réussi. Ces derniers ont connu comme les africains, les mêmes misères, ils ont été colonisés comme les africains, martyrisés comme les africains, mais se sont redressés en revenant à leurs valeurs sans pourtant se repencher vers l'ancien colonisateur. Etant qu'intellectuel, le juriste africain doit avoir une capacité d'indignation car tant qu'il ne l'aura pas et qu'il ne s'exprimera pas, les autres vont venir leur imposer leur modèle qui ne fonctionne pas en Afrique comme les africains le vivent aujourd'hui. Les africains avaient dans leurs sociétés, dans leurs civilisations, des notables, des scribes, des conseillers des souverains qui étaient des intellectuels mais qui étaient porteurs de leurs valeurs et de leurs traditions. Il faut que dans l'imaginaire collectif que les africains reviennent, se réapproprient de leur propre histoire et qu'ils sachent qu'ils sont des intellectuels. Comme nous l'avons signifié dans notre propos introductif, le mimétisme juridique peut s'avérer important car le mimétisme constructif existe, c'est-à-dire qu'on peut rien apprendre si on ne copie pas, il faut commencer par copier. Mais il faut copier dans le vrai sens, dans le bon sens du terme. Cela ne doit pas être le prête à porter. Le mimétisme juridique en soi n'est pas mauvais. Il ne s'agit pas ici d'interdire au législateur OHADA de s'inspirer des autres droits car il y'a des pays (comme la France) qui ont beaucoup réfléchi et qui ont mis beaucoup de temps pour créer leur droit des affaires. Donc, il faut profiter de l'expérience. Comme

on le dit souvent, on ne réinvente pas la poudre si elle a été déjà inventée, si on a envie d'inventer quelque chose, il faudrait d'abord prendre ce qui existe, mais en faisant un choix car il ne faudrait pas prendre pour faire un copié collé. Ce que nous reprochons au législateur OHADA dans notre travail, ce n'est pas le fait pour ce dernier de s'inspirer du droit étranger mais plutôt d'importer celui-ci sans pourtant tenir compte des réalités économiques et sociales des pays membres. Tout semble se passer comme si la science du droit était une science sans méthode ni de politique juridique ni de technique juridique or l'édiction d'une norme juridique demande un minimum de travail d'adaptation. Les pays de la zone franc doivent se doter d'un droit mieux adapté aux sociétés qui les peuplent. Ils doivent se libérer de l'influence de l'ancienne métropole, surtout dans sa forme ancienne, dépassée et devant faire l'objet des réformes, y compris en Europe.

Les juristes africains devraient dépasser ce sentiment de complexe, de ce qui vient d'ailleurs est meilleur, qu'ils créent des modèles de chez eux et que les autres sachent que les africains ont les experts en droit, capables d'édicter les textes de lois sans obtenir l'aide des experts venant du vieux continent. Les juristes africains ne doivent pas se dire que les experts étrangers sont plus meilleurs qu'eux. Les Etats africains et les organisations sous régionales doivent arrêter de se faire accompagner par les experts étrangers dans le cadre de l'élaboration des textes juridiques car en Afrique il y'a des compétences du même niveau que les conseils étrangers qu'elle fait venir.

Tant que les intellectuels africains continueront à se faire former dans les universités et écoles française ou encore à la française, il sera un peu difficile pour eux d'arrêter de copier les règles de droit du pays où ils ont été formés. Le seul moyen pour ces experts africains d'éviter au maximum le mimétisme même s'ils sortent de ces universités françaises, c'est de dépasser ce sentiment de complexe comme quoi : « ce qui vient de l'extérieur est meilleur ».

BIBLIOGRAPHIE

DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPEDIES

Dictionnaire Hachette encyclopédique, MCP, Paris 1996, p 411

Encyclopédie du droit OHADA, sous la direction de **P-G. PONGOUE** p.80

OUVRAGES GENERAUX ET OUVRAGES SPECIAUX

Ouvrages généraux

A. PEDRO SANTOS ET J. YADO TOE, OHADA, Droit commercial général, Bruyant, Bruxelles, 2002, P.97

D. HOUTCIEFF, Droit commercial, Armand Colin, 2005, n°760. 32 Comp. **B. Martor, N. Pilkington**

D.SOSSA, OHADA Traité et Actes Uniformes commentés et annotés, Juriscope, Bruylant, 3em éd., 2008, p.1041 et suivantes

E. JEAN-MARC, La ville en Afrique noire, Karthala, Paris, 1983, p.159

G. RIPERT et R. ROBLOT, par **PH. DELEBECQUE** et **M. GERMAIN**, traité de droit commercial, procédure collectives T.2, 17eme édition, LGDJ 2004, n° 2804, p.812.

H. LUBELL, Le secteur informel dans les années 80 et 90, Études du centre de développement, Paris, OCDE, 1991, p.13

J. de LANESSAN, Principes de colonisation, Paris 1897, cité par ZAGPA

J. HILAIRE, « Nos ancêtres, les Gaulois », Annales africaines, 164, cité par P-F.

GONIDEC, op.cit. p.39

J. PAILLUSSEAU, La modernisation du droit des sociétés commerciales « une réconception du droit des sociétés commerciales », Recueil Dalloz 1996 p .287

K. TEKILAZAYA, Droit civil congolais, P.U.L, Lubumbashi, 2008, p 203

L.TINGUIRI KIARI, « Le poids du secteur informel dans l'économie nationale », L'opér V.J. Hamel, préface au droit pénal spécial des sociétés anonymes, Dalloz, 1955, p. VIIIateur économique, n°1, juin 1987, p.98.

M. GAUTIER, L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures, Bruylant, 2003,707 p

M. HAURIOU, Théorie de l'institution, 1935, cité par **M. KONE**, le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaison avec le droit français, LGDJ, 2003, n°323, p.105.

MESSANVI, M. SAMB, Manuel, Editions Bruylant, Bruxelles, Collection Droit uniforme africain, 279 pages.

PH. TIGER, Droit des affaires en Afrique, novembre 1999

R. CABRILLAC, les codifications, op.cit., p, 294

R. CALLOIS, le mythe et l'homme Gallimard ,1987

R. GIRARD, Les origines de la culture, éd. Desclée de Brouwer, 2004

R. GOUEMO : Le Congo-Brazzaville de l'état postcolonial à l'état multinational

S.ROZYCKI, L'influence du constitutionnalisme français sur la constitution polonaise du 17 mars 1921, les presses modernes, 1930, Dr Th Paris, 1930.

S. SIDIBE AMSATOU, Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais, LGDJ, Paris, 1991, p.11

V. DONZO, « Le mimétisme juridique en Afrique francophone », Mars 2020 ; les

éditions du net.

Y. GUYON, Droit des affaires : droit commercial général et société, Tome1, 12eme éd, Paris, Economica 2003, p.143.

Y-INDIAYE, F. ANOUKAHA, A. CISSE-NIANG, J. ISSA-SAYEGH, F. P-G. POUGOUE, F.ANOUKAHA et J.NGUEBOU TOUKAM, OHADA. Société commerciales et GIE, UNIDA, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, Bruxelles, 2002, n° 254 s

OUVRAGES SPECIAUX

A. AZIBER SEID. « Contrat et droit OHADA des procédures collectives d'apurement du passif des entreprises en difficulté dans les pays de la zone OHADA ». Legis collection droit OHADA. 2005

A-M. ASSI-ESSO, N. DIOUF, OHADA, Recouvrement des créances, coll. Droit uniforme africain, Bruxelles, 2002.N 424

A. MARCEAU-COTTE ; Sous la direction de **P. CROCQ** « Le nouvel Acte uniforme portant organisation des Suretés » Edition Lamy, 2012 p.24

A. MARCEAU-COTTE ; Sous la direction de **P. CROCQ** « Le nouvel Acte uniforme portant organisation des Suretés » Edition Lamy, 2012 p 164

A.SAKHO et I. N'DIAYE, Pratique des garanties du crédit, Revue africaine de banques 1998, p.17

C. LABUISSE « L'évolution du droit de la faillite depuis le code de commerce » in faillites ouvrage collectif sous la direction de R. Rodière, D.1970.p5 et La circulation du modèle français, travaux de l'association Henri Capitant, t, XLIV.Journées franco-italiennes litec.1994.

F. ANOUKAYA, A-D. TJOUEN, Les procédures simplifiées de recouvrement et les

voies d'exécution, n°108.année. 1999

F. ANOUKAHA, Le droit des Suretés dans l'Acte uniforme OHADA ; PUA. Collection droit uniforme, Yaoundé, 1998,75 pages

F-M. SAWADOGO, OHADA, droit des entreprises en difficulté, coll. Droit uniforme africain Bruxelles, 2002, p.2

G. ÉLISABETH, L'influence du droit anglo-américain sur les valeurs mobilières émises par les sociétés anonymes en droit français, 2004, Litec, 447 p.

J. CALAIS-AULOY, « Les incertitudes jurisprudentielles sur l'existence du fonds de commerce », in L'entreprise personnelle, Tome II, Critique et prospective, sous la direction de A. Sayag, Librairies Techniques, 1981, p.163.

J. DJOGBENON, Droit des entreprises en difficulté, 4eme éd, litec, Paris 2006 n°1-p-1

J. DJOGBENON, Op.cit., p.5

J. GHESTIN, Traité des contrats. La vente internationale de marchandises par Heuze (V). LGDJ, 2000, p, 74 et sv.

J.PALLUSSAU, L'Acte uniforme sur le droit des sociétés, P.A.13 octobre 2004, n°205, P.20

L. BLACK YONDO, M. BRIZOUA, O. FILLE LAMBI, L. JEROME LAISNEY, L. BLACK YONDO, M. BRIZOUA, O. FILLE LAMBI, L. JEROME LAISNEY, M. DELMAS-MARTY, L'enjeu d'un code pénal, réflexion à propos de l'inflation des lois pénales en France, mélanges Legros, Bruxelles, 1985, p.165.

L. YONDO BLACK, Enjeux économiques de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des Suretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit, in « Bientôt un droit des suretés dans l'OHADA » droit et patrimoine, n°197, novembre 2010, p.

45 et Sv.

V-E. BOKALLI, D. SOSSA, Le droit des transports, collection Bruylant, Bruxelles,
V-J. HAMEL, préfa C. TOHON, « Le droit pratique du commerce informel : un exemple de pluri juridisme au Bénin », op.cit. ; p.250 ce au droit pénal spécial des sociétés anonymes, Dalloz, 1955, p. VIII

2007

Y-R. KALIEU ELONGO, Les Suretés personnelles dans l'espace OHADA, PU d'Afrique, Yaoundé, 2006, p.25 et sv.

Traités

L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, T.1, 3eme éd., p117

L. DUGUIT, Traité droit constitutionnel, T.1, 3eed. p.128.

THESES ET MEMOIRES

Thèses

D. KRAJESKI, L'intuitu personae dans les contrats, Thèse université de Toulouse1-Science sociales, 1998

M-P. HOUNSA, Les actes juridiques privés exécutoires. Droit français/Droit OHADA, Thèse de l'Université Paris Ouest Nanterre la Défense présentée et soutenue publiquement le 14 décembre 2015.

R. NEMEDEU, le contrôle des dirigeants de la société anonyme, thèse, université Robert Schuman Strasbourg III, 2000

Mémoire

D. LEYO, Le sort des contrats conclus intuitu personae lors de l'ouverture d'une procédure collective. Mémoire Université Toulouse 1, 2012

ARTICLES

A. CESAIRE : Y'a-t-il une civilisation Africaines ? Texte d'une conférence donnée en Italie dans le cadre des programmes de l'Associazione Culturale Itallana en janvier 1962.p.16

A. CISSE : « l'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA »

B. BIA, « la qualité de commerçant en droit congolais et en droit issu de l'OHADA »
Ohada D-11-70 p.3 et sv

B. MARTOR et S.THOUVENOT, « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », Jeune Afrique.com le 23 octobre 2012

B.TRAORE « Présentation synthétique du statut du commerçant et des auxiliaires de commerce dans l'acte uniforme de l'OHADA portant droit commercial général, actualités juridiques, n°35 /2003, p.7.

F-M. SAWADOGO ; OHADA Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 2008, PP.875 et 878.

F. ONANA ETOUNDI, « Les principes d'Unidroit et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats », Unif. L.Rev./Rev.dr.unif. (2005) ,702.

M. GERMAIN, « La société par actions simplifiée », JCP G I 1994, n° 3749, n° 19

M.THIOYE : Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire Francophone. R.I.D.C 2-2005, p.382

M.THIOYE : Les droits de la famille en Afrique francophe.p.379.

G-A. SOKROU, « La fiducie en droit ivoirien », international journal of current Research, vol.10, Issue, 01, pp.644439-64447, junaury, 2018.

S. KANTE, Le secteur informel en Afrique subsaharienne francophone : vers la

promotion d'un travail décent, travaux du Bureau International du Travail.2002 (réf du 27 avril 2011).

W. Wolfgang, “The reception of american Law in Europe” American Journal of Comparative Law, n °39, 1991.Cf

CONTRIBUTIONS AUX MELANGE, ACTES DE COLLOQUES, SEMINAIRES ET RAPPORTS

D.TALLON, « Rapport introductif », in la circulation du modèle juridique français, loc.cit., p.21

JO Sénat CR 21 octobre 1993, intervention de M.E. Dailly, p. 3358 et JOAN CR 22 novembre 1993, p ; 6140

Journal Officiel de l’OHADA, Numéro spécial, 04/02/2014, p. 233

Rapport n°206 de la commission des finances du Sénat ; Amendement n°137 proposant un article additionnel n° 76 bis ; JO Débat Sénat, 20 mars 2003

Rapport n°807 de la commission des finances de l’Assemblée Nationale ; JO Débats AN, 6 mai 2003

Rapport de Mme Planchon - Cour de cassation, D.2007, p.2052, N°3, sur le pacte commissoire

R. SACCO, « Rapport de synthèse », in la circulation du modèle juridique français, op.cit, p.9.

NOTES, OBSERVATION, AVIS ET JURISPRUDENCES

Jurisprudence citée

Arret « Marckx » du 13 juin 1979, cour européenne des droits de l'homme

Arrêt n°110/2017 de la CCJA du 11 mai 2017

Cass. ASS. Plénière, 18 novembre 1994, Mme Chevalier c. SA Clinique Saint Joseph, Rev. Société, avr. Juin 1995, p.296, note p. Merle ; JCP N, 1995, n°19 jurisprudence p.734, note A. Viandier. V.

CA Paris ,2eme Ch.A.15 nov. 1993, Chiche c /Gameltin épouse de Caix, Bull.JolySociétés1994. p.86, note GUISTANCE

CA Paris, pôle 5, ch. 9, 20.06.2013 – n°13/03892

Cass.civ., 25 janv. 1923, DP 1925.t.183

Cass.1ere Civ. 1 juill.1997, n°95-11.837, Bull. Joly Sociétés 1997, p.992.note **J-J. DAIGRE**, Dr. Société 1997, n°170, note T. BONNEAU, Rev. Sociétés 1998, p .71 note **R. BAILLOD**)

Cass.civ 1ère, 14 Oct. 1997 JCP 1997 éd., GI4068

Cass.civ.1 ère, 22 février 1984

Cass. civ. 1ère, 2 juillet 2014, n°13-17.599

Cass. civ. 2ème, 26 mars 2015, n° 14-16.011

Cass, civ, 3eme, 7 mars 1989

Cass. civ.3eme 13 mars 2002 : Bull.civ.III, n° 59 ; Defrénois 2002.

Cass. civ. 3eme, 12 mai 2016

Cass.civ.3eme, 27 nov .1990: bull.civ.III, n°225 ; D.1992.Somm.195, obs. Paisant; JCP 1992.II.21808, note Dagornelable; RTD civ .1991

Cass.civ.3eme, 6 mars 1996 : bull.civ III, n°66

Cass.civ.3eme 17 sept. 2014

Cass.civ.3eme, 20 dec.1971 : bull.civ.III ; n° 642

Cass. com 09.07.2013 – n° 11-27.235 et n° 12-21.238

Cass.com.28 sept.2004, in Eur. Transp.Law.vol.XLn°4-2005, p.578

Cass. com. 23.10.2007 – n° 06-16.537

Cass.com., 13 avr.1999 : bull.civ. IV, n°87.LPA 25 mai 1999, n°103, 103, p.10

Cass. com. 20 oct. 1992, JCP 1992. éd. E. I. II

CA, Arrêt n°324 du 27 mai 2013, Mamadou Mbaye c/ Abdel Majib Benjeloune, Bull. des arrêts rendus par la cour d'appel de Dakar en matière civile et commerciale, Anne judiciaire 2014 p.45.

CA Orleans, 18 Oct. 1997: Juris-Data n°040157

CA Paris, 6 juillet .2001, GIROD-CHATAIGNER,c /SP Michel CABOUR et Joëlle GIROD-CHATAIGNER, Dr des sociétés janv.2002,comm.3 , obs., Th. BONNEAU, RJDA 2002, n°258

CA Paris. 28 Juin 1988, D. 1988. I.R. 202

CA. VERSAILLES, 7 déc.1987 : D.1988, somm. P.272 ; Civ 1 ère, 4 fev.1977, RJDA 10-1997, p.859, n°1239

CCJA, 19 oct.2003, n°2 18/2003, Le Juris-Ohada, n°4/2003, p.10

CCJA, arrêt n° 025/2013 du 18 avril 2013 Ohada J-15-25

CCJA, Avis n°2/2000/EP du 26 avr.2000

CCJA, Avis n°003 :2002 du 10 janv.2002

Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n°330 du 10 mars 2000

Cour suprême de Cote d'Ivoire, ch.jud., 15 mars 2001, n° 137/2011, Actualités juridiques n°40 , p.28

Com., 2 juillet 2002, OCP Répartition c. Blanc et autres. Commentaires : A. Couret, « SAS- Président- Pouvoir de représentations exclusif », Bull. Joly Société, 2002§215 ? P.967 ;

TEXTES LEGISLATIFS, REGLEMENTAIRES ET TEXTES INTERNATIONAUX

Textes Législatifs

Code civil Napoléonien

Code de la famille congolais

Code de la famille sénégalais

Code des activités de la Guinée Conakry de 1992

Code des activités de la Guinée Conakry de 1992

Code de commerce

Code de commerce malien

Code de la consommation

Code des obligations civiles sénégalais

C.PC français

Code monétaire et financier (français)

C.pers.et Fam du Burkinabè

Loi n°2003-706 du 1 août 2003-art. 118 JORF 2 août 2003

Loi du 12 juillet 1999

Loi française du 13 juillet 1967

Loi N°17 /2014 du 15 avril 2014 (Sénégal)

Loi n° 15 /72 du 22 juillet 1972 portant adoption de la 1ere partie du code civil (Gabon)

Loi n°78-9 du 4 janvier 1978

Loi n°82-596 du 10 juillet 1982

Loi du 1er mars 1984 et l'obligation d'information annuelle des cautions

Loi n°2003-706 du 1 août 2003-art. 118 JORF 2 août 2003

Loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire

Loi n°20 Loi sénégalaise n°76-60 du 12 juin 197619-486 du 22 mai 2019 (France)

Loi n°2007-211 du 19 février 2007-211 du 19 février 2007 sur la fiducie (France)

Textes réglementaires

Décret d'application n°76-786 du 23 juillet 1976 (Sénégal)

Décret N°2014-119/PR du 19 mai 2014 (Benin)

Décision n°03/2013/CM/OHADA, Journal Officiel de l'OHADA n° 28, décembre 2015

Ordonnance du 23 septembre 1967 sur les procédures collectives (France)

Ordonnance française n°-2006-346 du 23 mars 2006 reformant le droit des suretés (France)

Ordonnance du 10 février 2016 (consécration du système de la réception en droit français)

Textes internationaux et régionaux

Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif modifié (24/12/2015)

Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique

Acte uniforme révisé portant droit commercial général

Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés

Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives

Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route

Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage

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

Acte uniforme relatif à la médiation

Avant-Projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981

Commission des Nations-Unis pour le droit du commerce international

Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950

Convention relative au transport international de marchandises par route

Avant-Projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats

Principes UNIDROIT

Règlement d'arbitrage de la CCJA

Traité OHADA

Site internet

- www.ohada.com
- [www.ohada.com,Ohadata,n°J-04-67](http://www.ohada.com/Ohadata,n°J-04-67)
- [http://www.ordre-avocats-cassation.fr/ordre/avocats.](http://www.ordre-avocats-cassation.fr/ordre/avocats)

Doctrine-Revues

R. ADIDO, « Les sociétés entre époux : survivance du principe de la prohibition dans la réforme OHADA », in Rev.Penant, 2004

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

B.BIA, « La qualité de commerçant en droit congolais et en droit issu de l'OHADA », B.Traore « Présentation synthétique du statut du commerçant et des auxiliaires de commerce dans l'acte uniforme de l'OHADA portant droit commercial général », actualités juridiques, n°35 /2003, p.7

B.MARTOR et S.THOUVENOT, in l'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA, la semaine juridique. Entreprise et affaires. Cahiers de droit de l'entreprise, n°5 supplément à la semaine juridique n°44 du 28 octobre 2004 : l'OHADA, dix années d'uniformisation du droit des affaires en Afrique, P.5 et s. °1, droit des sociétés, supra note 2 n°1127

B.Sterne « la mondialisation du droit », Revue Projet, juin 2000

D.Abarchi, « problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », Revue du droit des pays d'Afrique (Penant), n°842, pp.88-105

K. DATE-BAH, The UNIDROIT principles of International Commercial contract and the harmonisation of principles of commercial contract in west and central Africa: reflections on the OHADA project from the perspective of a common lawyer from west Africa, Revue de droit uniforme, 2004-2, p, 269 et sv.

D.Gency-Tandomet. L'obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extracontractuelle. Gaz.pal.Recueil mai-juin 2004, P.1485

D. NDOYE, « Droit des peuples et codifications, quelques exemples au Sénégal », in colloque de Louisiane, prec.p.441 et s, spec.p.442 et 443

D. RANDOUX, Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre, Revue des sociétés 2000, p.105

D. PONSOT, « le droit de l'OHADA : une source d'inspiration pour les législateurs nationaux ? Revue juridique de l'océan indien (RJOI) numéro 11-année 2010, page 89.

D. PONSOT, « Vers un droit unifié des échanges dans la zone océan indien », JROI numéro 9- année 2009, page 15 et s.

F. ONANA ETOUNDI, « Les principes d'Unidroit et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats », Unif. L.Rev./Rev.dr.unif. (2005) ,702.

J. FOYER, Quel droit des sociétés dans le millénaire qui s'avance ? Revue des sociétés 2000, p.101.

J. HILAIRE, « Nos ancêtres, les Gaulois », Annales africaines, 164, cité par P-F. GONIDEC, op.cit. Joseph Mande-Djapou, la polygamie et le droit pénal centrafricain, pénant : revue de droit des pays d'Afrique, édition Ediena, Prs 1978, p.69.9.

J. MANDE-DJAPOU, La polygamie et le droit pénal centrafricain, pénant : revue de droit des pays d'Afrique, édition Ediena, Prs 1978, p.69.

J. MANDE-DJAPOU op.cit, p.70

H. Le NABASQUE, « La représentation de la SAS : le monopole du président », Rev. Sociétés, N°4, octobre 2002, p.727.

J. ISSA-SAYEGH, I. YANKHOBAN DIAYE et M. SAMB, OHADA, Suretés, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, 2002, p.14 et 15.

Y-R. KALIEU ELONGO, « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », Juridis Périodique, N°55, juillet-aout-septembre 2003, p.113.

K. LE COZLER-LE RUDULIER « La Société par Actions Simplifiée : un outil de droit commun » RJ.Année 2001.pp.497-513.Revue Juridique de l'Ouest Année 2004

pp. 497-513.

G.KENFACK DOUANJI, L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA, penant, n°851, Avril-juin 2005,174.

M. DIAKHATE, « OHADA, un nouveau droit des affaires pour sécuriser les investissements en Afrique».

F. MARCEL, « Note explicative à l'avant –projet d'Acte OHADA sur le droit des contrats », Rev.dr.unif.2008.P.561-591.

M. GRIMALDI, Introduction de la fiducie en droit français, n° 2, 30 Juin 2011. Revue de droit Henri Capitant (Français).

M. HAURIOU, Théorie de l'institution, 1935, cité par Mamadou Koné, le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaison avec le droit français, LGDJ, 2003, n°323, p.105.

J. PAILLUSSEAU, La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés, in droit et Actualité, Études offertes à Jacques Bégun, Litec, 2005, n°24, p.576.

P. BOUREL, A propos de l'OHADA : libre opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, Recueil Dalloz 2007.p.969.

P. DIDIER, La théorie contractualiste de la société, Revu des sociétés 2000 ; p.95.

P. NGIHE KANTE, le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique, RTD com 2010, p.1.

J. SSA-SAYEG, « Présentation des dispositions sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ».

L. YONDO BLACK, Enjeux économiques de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des Suretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit, in « Bientôt un droit des suretés dans l'OHADA » droit et patrimoine, n°197, novembre 2010, p.

45 et sv.

Table des matières

DEDICACE.....	iii
SUMMARY	vii
TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	xi
INTRODUCTION GENERALE.....	1
PREMIERE PARTIE :	24
LES MANIFESTATIONS DU MIMETISME JURIDIQUE DANS LE DROIT DE L'OHADA	24
TITRE I :	25
LE DROIT FRANÇAIS : UNE VERITABLE SOURCE D'INSPIRATION POUR LE LEGISLATEUR OHADA	25
CHAPITRE I :	26
LE MANQUE D'ORIGINALITE DU LEGISLATEUR OHADA DANS L'ELABORATION DES ACTES UNIFORMES.....	26
Section 1 : La reproduction conforme des principes de base des lois, jurisprudence et doctrine françaises par le législateur communautaire	26
Paragraphe 1 : La large inspiration du législateur communautaire des sources légales du droit français.....	27
A- L'emprunt aux anciennes codifications du droit français	27
1°) L'acte uniforme du 17 Avril 1997 relatif au droit commercial général tel que révisé le 15 décembre 2010 : fruit du code de commerce français de 1807	27
a) L'exercice de commerce	28
b) La définition du commerçant	34
2°) L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif : fruit de la loi française du 13 juillet 1967	35
a) Les créances postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective	39
b) Le cas du sort des contrats conclus par l'entreprise soumis à une procédure collective	41
3°) La parenté de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution avec le code de procédure civil français	46
a) Les voies d'exécution	48
B- L'emprunt aux lois datant d'une époque relativement récente	55
1°) Le cas de la société par action simplifiée dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique révisé en 2014.	55
a) La reprise des caractéristiques et spécificités de la SAS de droit français par	

le législateur OHADA.....	59
c) Introduction des actions de préférence pour les SAS et SA en marge de la réforme de 2014 à l'image de la réforme française de 2004.....	66
2°) Le cas de l'Acte uniforme relatif au droit des suretés (AUS).....	70
a) La typologie des Suretés.....	72
b) Quant aux règles et principes généraux.....	77
Paragraphe 2 : L'inspiration du législateur OHADA des autres sources du droit positif français.....	85
A- L'inspiration du législateur communautaire des constructions jurisprudentielles françaises dans l'élaboration des Actes uniformes.....	86
1°) La délimitation du domaine de la mention en droit comparé.....	87
2°) L'extension du domaine de la mention manuscrite par le législateur OHADA.....	88
3°) L'admission nouvelle d'un formalisme ad probationem dans le droit OHADA.....	89
a) L'abandon de l'exigence ad validitatem de l'écrit et de la signature des parties dans le nouvel AUS.....	89
b) L'affirmation implicite du caractère consensuel du cautionnement.....	90
B- Les théories doctrinales françaises : autres sources d'inspiration pour le législateur OHADA.....	93
1°) La société Unipersonnelle en droit OHADA : fruit des trois théories doctrinales françaises sur la nature juridique d'une société.....	94
2°) La prééminence de la théorie institutionnelle de la société dans la loi française de 1966 : une approche reproduite par le législateur communautaire dans l'ancien Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales révisé en 2014.....	97
a) la sévérité de la loi française de 1966.....	97
b) Une approche reproduite en droit OHADA des sociétés commerciales.....	99
Section 2 /Rapport d'inclusion entre le droit OHADA et le droit français : preuve une nouvelle fois du mimétisme juridique.....	102
Paragraphe 1 : Du point de vue de la définition de la société.....	102
Paragraphe 2 : Du point de vue de leur distinction.....	104
A- La distinction fondée sur la personnification de la société.....	105
B- La distinction fondée sur la commercialité de la société.....	107
C- La distinction fondée sur l'importance accordée à la personnalité des associés... ..	109
D- Distinction fondée sur le mode de financement de la société.....	112
Paragraphe 3 : Rapport d'inclusion fondé sur une forte similitude entre le droit OHADA	

et le droit français en matière des sociétés commerciales	112
A- Le cas de la société en nom collectif et la société à responsabilité limitée.....	112
1°) La société en nom collectif.....	113
2°) Pour la société à responsabilité limitée	116
B- Le cas de la Société par Actions Simplifiées et la Société Anonyme	119
1°) La Société par Actions Simplifiées	119
2°) La Société Anonyme	119
CHAPITRE II.....	121
LES RAISONS DU CHOIX : POURQUOI UNE INSPIRATION DU DROIT FRANÇAIS ?	
.....	121
Section 1 : Le facteur historique	121
Paragraphe 1 : Le passé juridico-colonial commun des pays membres de l'OHADA...	122
Paragraphe 2 : Les séquences du changement juridique des pays membres de l'OHADA	
suite à leur accession à la souveraineté internationale	123
A- L'accession à l'indépendance des États membres de l'OHADA : maintien du droit	
colonial et mimétisme juridique	125
1°) Les raisons justifiant le maintien du droit colonial dans les pays membres de	
l'OHADA.....	126
a) Maintien et continuité justifiés par certaines pressions	126
b) La continuité comme moyen de réalisation de certaine ambition étatique	
128	
2°) La tentative de la table rase	129
B- Le maintien du système juridique du colonisateur par le législateur	
communautaire OHADA.....	132
Section 2 / Le rôle considérable joué par la France et /ou les juristes français dans l'initiation,	
le financement et l'élaboration des règles du droit africain des affaires : l'un des facteurs du	
mimétisme juridique.....	133
Paragraphe 1 : Le phénomène humain	133
A- La place des experts français dans l'édiction des Actes uniformes	134
B- Les effets résultant de l'élaboration des Actes uniformes OHADA par les experts	
français	136
C- Les juristes des Etats membres de l'OHADA participant à l'élaboration du droit	
uniforme : le fruit des universités et écoles françaises.....	137
Paragraphe 2 : La permanence des liens de dépendance financière et matérielle de	
l'OHADA vis à vis de la France, l'un des facteurs du mimétisme juridique dans le droit	
de l'OHADA	139
A- La subvention de l'OHADA en moyens financiers par la France.....	139
B- La subvention de l'OHADA par la France en moyens logistiques ou matériels	
141	
Section 3 / L'inspiration du droit français par le législateur communautaire : source d'un climat	

de confiance propice au développement dans l'espace OHADA	142
Paragraphe 1 : La confiance donnée aux investisseurs de tout horizon par le nouveau droit des affaires en Afrique ; fruit du système français	142
A- Un droit OHADA inspiré du droit français : gage de sécurité juridique et judiciaire pour les investisseurs.....	143
B- La sécurité juridique garantie par une large reconnaissance ou notoriété du droit français au niveau international.....	144
Paragraphe 2 / Le choix du droit français comme principale source d'inspiration du droit OHADA : un obstacle majeur à la politique d'élargissement du droit communautaire à des pays anglophones	147
A- La non-adhésion des pays anglophones au traité OHADA justifiée par la forte présence du système civiliste dans le corpus législatif OHADA	147
1°) Le rapport de la Banque Mondiale	149
2°) Le rapport du Conseil d'Etat sur l'influence internationale du droit français..	150
B- La perception de l'OHADA dans les provinces anglophones du Cameroun.....	151
TITRE II :.....	154
LA PART DES AUTRES SOURCES D'INSPIRATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE	154
CHAPITRE I :.....	155
L'INSPIRATION DU LEGISLATEUR OHADA DES NORMES INTERNATIONALES	155
Section 1 : L'inspiration du législateur OHADA des principes UNIDROIT et des règles de la convention relative au transport international de marchandises par route	157
Paragraphe 1 : Les principes UNIDROIT / référence de l'avant –projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats	157
Paragraphe 2 / La CMR : référence de l'Acte uniforme relatif au droit de transport de marchandises par route (AUCTMR).....	161
Section 2 : La présence des règles ou dispositions de la Convention de Vienne et de la CNUDCI dans les Actes uniformes OHADA	166
Paragraphe 1 : La présence des règles de la Convention de Vienne dans l'Acte uniforme relatif au droit commercial général	166
A- Similitudes au niveau du champ d'application des deux textes.....	166
B- Similitudes entre les deux textes au stade de la formation du contrat de vente .	168
C- Les similitudes entre la CVIM et l'AUDCG au niveau des obligations des parties	169
D- Similitudes au niveau des sanctions de l'inexécution des obligations des parties	170
Paragraphe 2 : La présence des règles de la CNUDCI dans l'Acte Uniforme relatif à la	

Médiation	171
CHAPITRE II :	173
L'INSPIRATION DU LEGISLATEUR COMMUNAUTAIRE DES REGLES DU DROIT INTERNE DES PAYS MEMBRES ET DES CELLES DE LA COMMON LAW	173
Section 1 : L'intégration des règles du droit interne des pays membres dans le corpus législatif OHADA	173
Paragraphe 1 : La société anonyme individuelle.....	174
Paragraphe 2 : Organisation du pouvoir au sein de la société anonyme	176
Paragraphe 3 : Les contrats entre absents.....	178
Section 2 : L'inspiration du législateur OHADA des règles de la Common Law	180
Paragraphe 1 / Le principe de minimisation du dommage : une consécration jurisprudentielle anglaise présente dans l'AUDCG et l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats	181
A- L'obligation de minimiser le dommage dans l'AUDCG	183
B- L'obligation de minimiser le dommage dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats	185
Paragraphe 2 / La présence indirecte des règles de la Common Law dans le droit OHADA à travers le droit international ; un des éléments écartant l'hypothèse d'un mimétisme juridique du droit OHADA vis-à-vis de la Common Law	186
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	188
DEUXIEME PARTIE :	190
L'ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DES REALITES SOCIO-ECONOMIQUES ET CULTURELLES DES PAYS MEMBRES DE L'OHADA DANS L'ELABORATION DES ACTES UNIFORMES PAR LE LEGISLATEUR COMMUNAUTAIRE	190
TITRE I :	191
LA FAIBLE INTERVENTION DU LEGISLATEUR OHADA DANS CERTAINES PRATIQUES CONTRACTUELLES D'AFFAIRES DANS LES RELATIONS FAMILIALES	191
CHAPITRE I :	192
LA SITUATION DU CONJOINT DU CHEF D'ENTREPRISE AU REGARD DE L'ACTIVITE DE L'ENTREPRISE DANS L'ESPACE OHADA.....	192
Section 1 : L'absence de reconnaissance du statut de l'époux du commerçant, du chef d'entreprise ou de l'entrepreneur par le législateur communautaire.....	192
Paragraphe 1 : La loi française du 10 juillet 1982 relative au statut de l'époux du	

commerçant	196
A- Le statut légal du conjoint du commerçant avant la loi du 10 juillet 1982	196
B- Le statut légal du conjoint du commerçant après la loi du 10 juillet 1982	198
Paragraphe 2 : La loi du 2 août 2005 et le décret du 25 octobre 2006.....	200
A- La loi du 2 août 2005.....	200
B- Le décret du 1er août 2006.....	200
Section 2 : La nécessité de protection du conjoint du commerçant par les règles du droit communautaire et les conditions d'accès aux statuts par rapport au mode de conjugalité du couple	202
Paragraphe 1 : L'accès aux statuts aux conjoints des chefs d'entreprises vivant en concubinage.....	204
Paragraphe 2 / L'accès aux statuts aux conjoints des chefs d'entreprises mariés coutumièrement : le cas de la dot	208
CHAPITRE II :	211
LA POLYGAMIE ET L'ABSENCE DE CONSECRATION DE LA NOTION DE COEPOUSE DANS LES ACTES UNIFORMES	211
Section 1 : La conception monogamiste du droit OHADA dégagée par l'Acte uniforme relatif au droit commercial général sur le commerçant	212
Paragraphe 1 : Une conception monogamiste du commerçant inspirée du code de commerce de 1807 par le législateur communautaire	213
Paragraphe 2 : Les éventuels problèmes engendrés du fait de la consécration par le législateur OHADA de la conception monogamiste du mariage	216
Section 2 : Les activités économiques comme l'un des facteurs explicatifs de la polygamie justifiant ainsi, la nécessité de prise en compte du régime matrimonial des acteurs économiques par le législateur OHADA.....	218
Paragraphe 1 : Le cas des travailleurs indépendants	219
Paragraphe 2 : Le cas des petits patrons.....	220
TITRE II :	223
LES ENTREPRISES DU SECTEUR INFORMEL, UNE SPECIFICITE LOCALE MAL PRISE EN COMPTE PAR LE LEGISLATEUR COMMUNAUTAIRE.....	223
CHAPITRE I :	229
LA CCJA, UNE JURIDICTION REGIONALE INADAPTEE AU SECTEUR INFORMEL, AUX TPE ET AUX PME ; LE DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES INAPPROPRIEE AU SECTEUR INFORMEL.....	229
Section 1 : Le droit des procédures collectives inapproprié au secteur informel, le secteur	

informel, le grand exclu du règlement judiciaire des difficultés de l'entreprise	229
Paragraphe 1 : L'inapplicabilité du droit des procédures collectives consacré par l'AUPCAP aux acteurs du secteur informel	230
Paragraphe 2 : La résolution des difficultés économiques et financières dans les unités économiques informelles.....	233
Section 2 : Les lourdes contraintes et inquiétudes d'une portion de citoyens OHADA liées à la saisine de la CCJA.....	235
Paragraphe 1 / La CCJA : une Institution juridictionnelle créée à l'image de la CJUE	235
A- Les similitudes entre les deux Cours au niveau de leur mode de création.....	236
B- Du point de vue de leurs attributions et de l'emplacement de leurs sièges sociaux	237
Paragraphe 2 : La faible saisine de la CCJA résultant de son éloignement avec les pays membres	238
A- La faible saisine de la CCJA résultant de son éloignement avec les pays membres	239
B- L'OHADA : un dispositif juridique focalisé sur l'investisseur étranger au détriment de l'investisseur local.....	242
Paragraphe 3 : Les effets ou le risque pouvant résulter du déphasage entre les réalités socio-économiques et le cadre juridique OHADA.....	243
CHAPITRE II :	245
LES FAIBLESSES, LES ATOUTS ET L'AVENIR /LE DEVENIR DU MIMÉTISME JURIDIQUE DANS LE DROIT OHADA.....	245
Section 1 : Les faiblesses et les atouts du mimétisme juridique dans le droit OHADA	245
Paragraphe 1 : Les faiblesses ou inconvénients du mimétisme juridique dans le droit OHADA	245
Paragraphe 2 : Les atouts du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA et l'originalité de celui-ci	246
A- Les atouts du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA.....	246
B- L'originalité du droit OHADA.....	247
Section 2 : L'avenir ou le devenir du mimétisme juridique dans le droit de l'OHADA	250
Paragraphe 1 : La nécessité de l'installation progressive d'une indépendance ou émancipation juridique du droit OHADA vis-à-vis du droit étranger pour un avenir meilleur.....	251
Paragraphe 2 / Le mimétisme juridique : un phénomène difficile à éradiquer définitivement dans l'espace OHADA eu égard de certaines réalités économiques et de la	

mondialisation	252
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	255
BIBLIOGRAPHIE	xi
DICIONNAIRES ET ENCYCLOPEDIES.....	xi
Dictionnaire Hachette encyclopédique, MCP, Paris 1996, p 411	xi
Encyclopédie du droit OHADA, sous la direction de P-G. PONGOUE p.80.....	xi
OUVRAGES GENERAUX ET OUVRAGES SPECIAUX.....	xi
Ouvrages généraux.....	xi