

6 LA CONVERGENCE DES DROITS ET LES TRAITÉS OHADA POUR LE DROIT DES AFFAIRES

par

Jean-Jacques UETTWILLER,
UGGC avocat, premier vice-président de l'UIA



Si les droits de l'Europe continentale deviennent de plus en plus proches les uns des autres par l'effet d'une uniformisation pilotée par les directives de l'Union européenne et si le droit marocain des affaires est très proche du droit français, comme le démontre l'exemple de la loi 17/95 sur les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique, le continent africain connaît une évolution remarquable depuis la signature du traité OHADA, qui réunit 17 pays africains très majoritairement francophones : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, la République démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

En commentant les actes uniformes du droit des affaires issus du traité OHADA, un auteur a décrit l'insécurité juridique comme étant « 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 »¹.

En effet, la sécurité juridique est un des facteurs clefs d'investissement selon la Banque mondiale, et pour cela, l'investisseur doit pouvoir trouver un droit connu, proche du sien et donc facilement compréhensible, un droit applicable et un système judiciaire fiable, apportant une sanction uniforme à la règle de droit.

Si les droits de l'Europe continentale deviennent de plus en plus proches les uns des autres par l'effet d'une uniformisation pilotée par les directives de l'Union européenne et si le droit marocain des affaires est très proche du droit français, comme le démontre l'exemple de la loi 17/95 sur les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique, le continent

africain connaît une évolution remarquable depuis la signature du traité OHADA², qui réunit 17 pays africains très majoritairement francophones : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, la République démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

Les actes uniformes pris en application de ce traité couvrent la très grande majorité du droit des affaires avec un droit applicable dans ces 17 pays qui est désormais très proche des droits marocain et français.

C'est aussi un droit moderne et évolutif, et pour prendre quelques exemples, la société par actions simplifiée créée en France en janvier 1994, instrument majeur de la coopération entre entreprises, et qui gagne progressivement l'Europe a été introduite au Maroc par la loi 17/95 dès l'origine et dans le droit OHADA lors de la dernière révision de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales en janvier 2014, avec effet au 4 mai 2014, de même la dissociation possible des fonctions de

1. Ph. Tiger, *Le droit des affaires en Afrique* – ODAHA : PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1999, p. 2.

2. Signé à Port Louis (Maurice), le 17 octobre 1993 et publié au JO n° 4, 1^{re} nov. 1997.

président et de directeur général, point central de la gouvernance des entreprises au XXI^e siècle, fait partie de ce *corpus* commun.

Le droit issu du traité OHADA couvre une large partie du droit des affaires et les actes uniformes et les règlements pris pour son application sont relatifs :

- au droit de l'arbitrage ;
- au droit commercial général ;
- au droit des sociétés commerciales et du GIE ;
- à l'organisation des sûretés ;
- aux procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution ;
- aux procédures collectives ;
- au droit de l'arbitrage ;
- à l'harmonisation de la comptabilité des entreprises ;
- aux contrats de transport de marchandises par route ;
- au droit des sociétés coopératives.

Il s'y ajoute la création, essentielle, de la Cour commune de justice et d'arbitrage (la « CCJA »), composé de 9 juges et dont le siège est à Abidjan (Côte d'Ivoire), institution très originale, dont la mission est triple : jurisconsulte, elle donne des avis sur l'interprétation des textes issus du traité OHADA, juge de cassation elle connaît des pourvois sur les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions nationales et centre d'arbitrage elle organise les arbitrages rendus sous l'empire du règlement d'arbitrage OHADA. Alors que le droit français par exemple interdit au juge de procéder par voie d'arrêt de règlement, la CCJA a pour mission d'interpréter les textes communs.

Il est cependant fort dommage que la fiscalité des différents pays du continent africain ne fasse pas l'objet, au moins dans les concepts et systèmes de la fiscalité applicable aux activités économiques, d'une telle harmonisation. Il est vrai que l'Europe en est encore loin. Cette situation est une vraie source de difficulté car si le droit des affaires d'une grande partie du continent africain est en grande partie harmonisé et connu, grâce aux nombreuses publications dont il fait l'objet, force est de constater que, hormis les pays du Maghreb et particulièrement du Maroc, la fiscalité des pays africains est souvent d'accès difficile. Nous pouvons regretter que les avocats de ces pays, contrairement à leurs confrères européens, aient majoritairement délaissé ce domaine d'activité pour le laisser aux mains des fiduciaires et des grands réseaux mondiaux de l'audit.

“ Pour que le règlement OHADA s'applique il faut que l'une des parties soit résidente de l'un des États membres ou que le contrat soit à exécuter dans l'un de ces États ”

La convergence des textes que nous constatons facilite la réalisation des investissements car ceux-ci vont s'insérer à

l'intérieur de concepts juridiques connus avec des mécanismes de sûretés usuels qui permettent leur financement. Cette convergence permet également un accompagnement pertinent par les avocats du pays de l'investisseur, avec toutefois un vrai devoir de vigilance car des écarts existent parfois entre les textes ou entre leurs interprétations jurisprudentielles.

Il ne peut, en effet, exister de droit sans une sanction et si la règle juridique connue, insérée dans un écosystème juridique non dépayant est un atout important, il faut souligner avec force que la structure juridique, le contrat ne valent que dans la mesure où leur application est sanctionnée par des juridictions fiables avec une jurisprudence connue, et si ensuite la décision est exécutable.

Aux termes de l'article 13 du traité « *le contentieux relatif à l'application des actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des États parties* », et l'article 14 précise que la CCJA « *assure dans les États parties l'interprétation et l'application communes du présent traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes* ». Même si les lois de procédures sont restées nationales, la cohérence de l'interprétation du droit uniforme est donc assurée par la CCJA qui est juge de cassation sur les arrêts d'appel ou sur toute décision non susceptible d'appel, et lorsqu'elle prononce la cassation elle « *évoque et statue sur le fond* »³. Les arrêts de la CCJA ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire et reçoivent l'exécution forcée directe dans tous les États membres⁴.

Le Maroc s'est doté d'une loi moderne sur l'arbitrage⁵ et l'OHADA a adopté un règlement d'arbitrage le 18 avril 1996 (modifié en 2014) qui s'applique à tout arbitrage dès lors que le siège du tribunal arbitral est situé dans un des États membres et qui va donc s'appliquer à tout arbitrage *ad hoc*. Si les parties ont fait le choix d'un autre arbitrage institutionnel comme ICC, le règlement OHADA viendra compléter le règlement d'arbitrage ainsi choisi.

Pour que le règlement OHADA s'applique il faut que l'une des parties soit résidente de l'un des États membres ou que le contrat soit à exécuter dans l'un de ces États. Ainsi les statuts d'une société, dont le siège est dans l'un des États membres, commune à deux personnes non résidentes d'un État membre peuvent contenir une clause d'arbitrage soumise au règlement OHADA. Peu important à cet égard le siège de l'arbitrage.

La convention d'arbitrage, qui est autonome par rapport au contrat initial, pourra avoir un domaine large et couvrir tous litiges, y compris avec les entités publiques, sous réserve de l'ordre public. Elle est écrite mais peut aussi être prouvée par tous moyens. La sentence arbitrale peut faire l'objet d'un appel en nullité devant le tribunal compétent de l'État membre dans les cas classiques d'absence de convention d'arbitrage ou de convention nulle ou expirée, d'irrégularité dans la composition du tribunal arbitral, si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à sa mission, n'a pas respecté le principe du contra-

3. *Traité*, art. 14 in fine.

4. *Traité*, art. 20.

5. L. n° 08-05 publiée par le dahir 30 nov. 2007.

dictoire, a violé l'ordre public international des États membres ou n'a pas motivé sa sentence.

Enfin, l'harmonisation du droit des affaires ne peut se comprendre sans une uniformisation aussi des règles comptables, ce qui est l'objet de l'acte uniforme du 24 mars 2000, publié au JO n° 10 « *portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises* ». Cet acte pose les principes de comptabilité que nous connaissons, de prudence, de régularité, de sincérité et de transparence, du contrôle interne « *pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise*⁶ ». Très complet cet acte uniforme est

comparable à nos standards et l'on y retrouve les règles et principes habituels, permettant à un investisseur de retrouver les concepts et les méthodes de comptabilisation auxquels il est habitué.

Ce bref tour d'horizon permet de constater entre une part importante de l'Afrique subsaharienne, le Maroc et la France l'existence d'un écosystème juridique cohérent où la règle de droit tend à devenir homogène permettant à tous les praticiens et les hommes d'affaires de disposer de points de repère solides et d'avancer rapidement sur des opérations parfois complexes.

Cet avantage majeur est cependant encore mal connu et mériterait des efforts de vulgarisation complémentaires ainsi que des efforts de publication des jurisprudences.

6. Acte uniforme, art. 8.