

EXTENSION ET EXPORTATION DU MODELE OHADA

Convergence entre les systèmes juridiques et attractivité économique: le droit OHADA permet-il l'émergence d'un pôle de développement ?

❖ Le point de vue des praticiens internationaux

Les praticiens internationaux ont été parmi les plus ardents promoteurs de l'OHADA aux côtés des pères fondateurs dont la lignée remonte à fort loin. C'est en effet il y a plus de 50 ans déjà que le Professeur René David, comparatiste mondialement connu (et qui fut mon mentor), a organisé une conférence avec les ministres des anciennes colonies françaises pour "harmoniser les systèmes juridiques au bénéfice du développement économique". Ensuite tout le monde connaît le rôle clé joué par Kéba M'baye puis par d'autres personnalités dont certaines nous font l'honneur de participer à ce colloque.

La qualité des Actes Uniformes et leur compatibilité avec les normes et meilleures pratiques du droit international des affaires ont été reconnues très tôt, notamment par plusieurs groupes d'avocats américains ayant analysé chacun des actes au sein d'un programme organisé par l'*American Bar Association*, et dont les conclusions ont été présentées et débattues à l'occasion d'une Conférence *International Bar Association* organisée à Yaoundé dès 1999.

La compatibilité générale des normes OHADA avec les fondamentaux juridiques généralement mis en œuvre par la communauté des affaires internationales, *Common law* et *Civil law* comprises, est remarquablement illustrée par ailleurs par les travaux de l'IDEF sous la direction du Professeur Mercadal comparant la jurisprudence sur de multiples principes et concepts juridiques figurant dans les Actes Uniformes OHADA.

L'apport de l'OHADA à la légistique, science encore assez jeune mais qui se révèle de plus en plus essentielle pour un développement économique harmonieux et durable, est particulièrement important. Cet apport a été mis en valeur par différents groupes de travail et en particulier ceux qui ont été réunis durant plusieurs années par l'IFEJI et le Barreau de Paris en étroite collaboration avec les institutions françaises du développement et le groupe Banque Mondiale.

Diverses études et enquêtes ont par ailleurs révélé l'intérêt de l'OHADA pour la sécurisation juridique des affaires (exemple: enquête UBIFRANCE, Conférence permanente des chambres de commerce africaines francophones, IFEJI 2006, etc.)

Ces caractères très positifs de l'OHADA ne doivent toutefois pas faire oublier un certain nombre de faiblesses que je me permettrai d'évoquer à travers le prisme du juriste accompagnant les investisseurs internationaux souhaitant développer leurs projets en Afrique.

1. Les faiblesses

Ces dernières peuvent être résumées comme suit:

- Manque de connaissances suffisantes du droit OHADA à l'exception de l'Acte Uniforme sur le droit commercial général et sur le droit des sociétés commerciales et les GIE.
- Difficultés d'interprétation au niveau local lorsque trop de concepts nouveaux sont introduits comme par exemple en matière de ventes commerciales. Ou encore lorsque les textes non abrogés et parfois des textes nouveaux sont directement ou indirectement en conflit avec les normes OHADA et limitent leur "effet utile" (pour reprendre une expression chère aux européens au regard de leurs directives.)
- Attitude réservée de certains tribunaux et Cours suprêmes.
- Jurisprudence peinant à couvrir au rythme souhaité le champ des précisions souvent nécessaire en pratique pour appliquer correctement le droit OHADA.
- Une centralisation de la CCJA qui pose des questions pratiques quant à sa saisine et nuit à son efficacité.
- Des mécanismes d'arbitrage OHADA, reconnus comme éminemment nécessaires mais qui mériteraient d'être mieux organisés, mieux adaptés aux réalités locales, moins onéreux avec de réels bilan coût/avantages notamment au regard du développement de pratiques inspirées par des systèmes juridiques loin des traditions et cultures civilistes.
- Absence de sanctions pénales uniformes pour de nombreuses infractions aux Actes Uniformes laissé à l'appréciation des législateurs étatiques qui rechignent souvent à édicter des sanctions appropriées pour donner "un effet utile aux textes".(L'Article 5.3 du traité souvent décrié par les praticiens; que vaut une obligation sans réelles sanctions ?)
- Les domaines d'harmonisation du droit OHADA sont cantonnés à quelques secteurs, certes essentiels du droit des affaires mais qui ensemble sont loin de réguler la majorité des questions institutionnelles, juridiques réglementaires et procédurales source d'incertitudes pour les investisseurs et la communauté des affaires.

Un exemple, loin d'être anecdotique, qui est régulièrement relevé dans des rapports du CIAN est celui de l'incertitude générale au niveau de la parafiscalité régionale ou locale et de façon plus générale de la parafiscalité. Cette dernière est souvent perçue

comme arbitraire multipliant les risques financiers avec le temps et source de corruption.

Par ailleurs, d'autres branches du droit importantes pour le développement des relations économiques véhiculent des niveaux d'insécurité parfois importants notamment pour les projets dont la réalisation impacte particulièrement sur le développement économique. Quelques exemples:

- Régime foncier : en pratique le régime titré est plus souvent l'exception que la règle. Le non titré (Droits et obligations des occupants traditionnels et usufruitiers) doit être suffisamment réglementé pour, favoriser les transactions et ne léser personne: ne faut-il pas un droit particulier pour les relations avec les communautés à l'occasion des investissements ? Ne faut-il pas adapter au niveau régional le droit de l'expropriation puis de la réinstallation ?
- Droit de l'environnement
- Droit fiscal et douanier
- Droit du travail
- Droit de protection des investissements
- Droit des procédures administratives: recours, permis, autorisations
- Droit des contrats publics
- Droit des Concessions de service public et autres PPP

2. Le droit OHADA et ses conséquences sur le développement économique

2.1 Les Actes Uniformes Existants: une contribution réelle au développement économique et un modèle au plan international

Les partis pris du droit OHADA qui n'apparaissent pas clairement lors d'une première lecture ont déjà fait couler beaucoup d'encre et donné lieu à bien des commentaires. Par exemple à l'occasion de la Conférence internationale du droit et de l'économie sur la convergence du droit ("Paris place de droit", organisée par le Barreau de Paris en partenariat avec la Banque Mondiale en 1994), certains se sont émus que le développement n'apparaisse pas clairement comme un objectif prioritaire de l'organisation. L'argument avancé était que le droit OHADA est plus façonné pour certains types d'affaires et pour les entreprises établies que pour la petite économie et qu'il présente de ce fait de nombreux effets pervers. A cet égard on ne peut nier que l'économie informelle joue et jouera encore longtemps un rôle essentiel dans le dynamisme de l'économie africaine.

Pour autant, les praticiens constatent que la rédaction des actes OHADA a été conçue à l'origine avec un vrai souci pédagogique en évitant de multiplier les concepts trop complexes, utiles dans les économies développées mais pouvant créer la confusion dans des économies en transition.

De plus, le droit OHADA a su multiplier les disposition d'ordre public permettant de donner des cadres et directives simples et claires au sein desquels se développeront progressivement des activités économiques en incitant les acteurs à passer de l'informel au formel en découvrant progressivement les avantages de la "*rule of law*" (leur permettant par exemple de mieux contrôler leurs activités, d'avoir plus facilement accès au crédit, de s'associer avec une meilleure sécurité, etc.).

L'Acte Uniforme original sur le droit des sociétés et des groupements d'intérêt économique est ainsi plutôt axé sur la protection des tiers que sur la facilitation de la contractualisation de relations entre les associés. Cet aspect pédagogique et sécuritaire a été remarquablement mis en valeur par le Professeur Guyon lors de la conférence de Yaoundé précitée.

De nombreux praticiens ayant accompagné l'émergence des projets internationaux en Afrique saluent ces parties pris du droit OHADA. Les mêmes accueillent souvent avec réserve les critiques qui sont faites à la rigidité corrélative de ce droit par rapport au droit des pays occidentaux. Ils considèrent en effet qu'il faut d'abord cadrer puis stabiliser des pratiques pour donner confiance et développer les transactions avant d'être trop créatif sinon cette créativité engendre des effets pervers. Il ne faut pas hésiter dans certains cas à poser des questions sur les classements du *doing business* pour susciter des échanges utiles à tous. Il ne faut pas oublier que le *doing Business* est fondé sur des *a priori* très respectables et facilitant les transactions privées dans certaines parties du monde développé mais qui possèdent par ailleurs des institutions et procédures spécifiques qu'on est loin de retrouver partout sur notre planète.

L'OHADA devrait ainsi s'attacher en priorité à consolider les Actes Uniformes existants favorisant progressivement le passage de l'informel au formel tout en sécurisant les relations simples et claires au sein du secteur formel avant de multiplier des textes plus sophistiqués. Ces derniers sont certes utiles, mais applicables en pratique dans un nombre limité de transactions et il faut éviter que les exceptions aboutissent à rendre confuse l'application de la règle. On observe d'ailleurs que ce type de textes peut devenir, contre la volonté de leurs auteurs, source de mauvaise gouvernance voire de régression. Des questions ont ainsi été posées au regard de l'introduction de la SAS ou de l'évolution des textes sur les sûretés

Cela ne veut pas dire que les actes existants doivent rester figés et certain ont besoin d'un toilettage d'ailleurs largement entamé notamment avec l'appui du FIAS et pour partie réalisé: ils ont surtout besoin d'être mieux connus et compris et de gros efforts restent à fournir par la communauté internationale à cet égard

En conclusion les Actes Uniformes existants contribuent sans aucun doute à sécuriser puis à fluidifier les transactions grâce à un parti pris de droit écrit basé sur une méthodologie inspirée notamment par une vision responsable à la fois pragmatique et dynamique des conditions du développement économique.

L'apport de l'OHADA à la science de la légistique, pour les secteurs actuellement couverts par les Actes Uniformes est par ailleurs incontestable et peut même être qualifié de modèle pour de nombreuses régions du monde.

En effet, l'OHADA a largement démontré que, dans les pays en développement, le système judiciaire et sa pratique ne sera pas en mesure avant longtemps d'être la source d'une jurisprudence utile au quotidien. Dès lors, les avantages d'un droit écrit, correctement élaboré et formulé simplement et clairement, est un vecteur de sécurité majeur pour le monde des affaires et pour le développement économique. Cet avantage sécuritaire l'emporte de beaucoup sur les inconvénients de la rigidité apparente parfois décriée par des courants de pensée qui, souvent, manquent de pratique africaine au quotidien.

Le bénéfice d'un droit écrit de qualité est au demeurant largement partagé même dans les pays de la *Common law* : n'oublions pas que dès 1872, l'Inde a estimé nécessaire de codifier la *Common law* des contrats tout comme l'ont fait certains pays d'Asie du sud-est parmi les plus farouches partisans de la *Common law*. Il faut également se rappeler que les besoins de codification du droit commercial avaient été profondément ressentis dans les pays de *Common law* les plus libéraux comme le révèle la promulgation du "*Companies Act*" britannique (ou encore celle de l'"*uniform commercial code*" (UCC) aux Etats-Unis après la seconde guerre mondiale largement basé sur une synthèse du droit civil et commercial allemand et français).

Ceci étant, l'impact réel de l'OHADA sur le développement économique reste difficile à mesurer et toute comparaison scientifique avec d'autres pays africains hors OHADA reste aléatoire. Cela ne surprenait pas d'ailleurs outre mesure les équipes d'avocats de l'*American Bar Association* ayant fait une première évaluation de la compatibilité des Actes Uniformes aux pratiques des affaires internationales lors de la conférence IBA précitée. Il rappelait volontiers qu'il avait fallu plus de 20 ans pour que l'UCC produise des effets vraiment utiles aux Etats-Unis

2.2 Le besoin d'une nouvelle génération de textes régionaux pour accélérer un développement socio économique durable

Pour beaucoup de praticiens l'OHADA ne pourra avoir un impact réel et mesurable sur le "développement économique" que si d'une façon ou d'une autre un ensemble de textes régionaux ayant les mêmes qualités que les Actes Uniformes et également essentiels pour la sécurité et la fluidité des transactions sont édictés et mis en application. L'Europe du marché commun réalise régulièrement des études d'impact pour identifier les textes réglementaires et directives facilitant la vie des affaires et le développement économique. L'OHADA mériterait de s'inspirer de la dynamique européenne à cet égard même si en Europe tout est encore loin d'être parfait.

Si l'on reste très pragmatique et si l'on souhaite contribuer au maximum, grâce à des textes de qualité, au développement économique, il faut alors commencer par s'intéresser aux principaux obstacles à ce développement. Il faut ensuite s'interroger sur le point de savoir si des textes réellement adaptés à la fois aux exigences de notre monde global et à la réalité africaine, pourraient contribuer efficacement à surmonter ces obstacles.

Un des meilleurs exemples que l'on puisse sans doute trouver aujourd'hui est celui du goulot d'étranglement des infrastructures publiques et de service public qui affecte sérieusement le développement économique africain. Il est en effet unanimement reconnu que les budgets des Etats ne pourront pas réaliser, dans un avenir prévisible, toutes les infrastructures souhaitées et permettre aux populations de bénéficier d'un ensemble de services publics essentiels (ports, chemins de fer, aéroports, eau, électricité, services urbains, etc.).

La Banque Africaine de Développement a tiré la sonnette d'alarme évaluant à plus de 60 milliards de dollars par an l'écart entre les capacités des budgets publics additionnés de l'aide au développement et les besoins d'investissements en infrastructures de services publics essentiels ayant une valeur économique pour les usagers.

Les investisseurs internationaux qui possèdent une réelle pratique de ces projets à travers le monde et également en Afrique estiment que moyennant une bonne planification puis une bonne préparation des projets par le secteur public suivi d'une mise en concurrence transparente et de la conclusion de contrats possédant un ensemble de caractéristiques originales (qui peuvent former un corpus de droit des contrats publics) s'intéresseront de beaucoup plus près aux pipelines de projets régulièrement présentés par les pays ou instances régionales en Afrique. Le gap du déficit d'investissement public pourrait être ainsi progressivement comblé en proportion des améliorations observées. Il est intéressant de noter que la question n'est pas qu'une question du manque de financements internationaux disponibles mais beaucoup plus un niveau de risque le plus souvent inacceptable pour les fonds disponibles. Ces améliorations institutionnelles et juridiques devront se traduire par des partenariats public/privé tirant les leçons des succès et des échecs observés à travers le monde et en Afrique.

Le monde juridique spécialisé dans les grands projets d'infrastructures et rompu aux pratiques africaines en est également convaincu. Il a été peu à peu démontré à la lumière des échecs de plus en plus fréquents des PPP en Afrique, que les conditions de la réussite de pipelines de projets, qui peuvent dans certains pays ajouter plusieurs points de croissance et être un gage d'amélioration de la gouvernance, ne peut se réaliser sans la mise en place de cadres juridiques régionaux et abordant de façon intégrée l'ensemble des problèmes en leur apportant des solutions justes et équilibrées.

Désormais, grâce en particulier aux travaux du G20 de Cannes de 2011 qui ont donné l'occasion aux secteurs public et privé de travailler en étroite collaboration, puis à divers travaux ultérieurs réalisés par divers groupes de travail spécialisés. Un consensus se dégage sur le contenu et l'impact très positif de textes complets et innovants à un niveau régional (voir en particulier le soutien des Nations-Unies en 2013 pour la création d'un Centre d'Excellence international "policies, laws and institutions" pour les PPP ou encore les travaux de 2014 du comité préparatoire à la décision d'UNCITRAL de proposer une loi modèle Concessions et autres PPP au niveau mondial).

La communauté des experts économiques et juridiques est ainsi mûre, avec le soutien marqué de personnalités publiques et privées de nombreux Etats africains pour passer à l'étape de préparation puis de formulation de textes innovants au niveau régional en Afrique, synthétisant le meilleur de l'expérience africaine et internationale et dont l'effet accélérateur sur le développement économique pourrait être spectaculaire.

Conclusions:

Pour les praticiens représentant le monde des investisseurs internationaux, l'OHADA a déjà très largement atteint ses objectifs non seulement au niveau de la sécurisation du droit des affaires au sein de l'espace OHADA, mais également en tant que modèle pour le développement du droit des affaires régionaux adapté aux réalités internationales. L'apport de l'OHADA à la légistique et au développement progressif de la règle de droit dans le monde des affaires au sein des pays en développement peut ainsi être considéré comme une contribution majeure à la communauté internationale.

S'agissant de l'impact de l'OHADA sur le développement économique, il ne fait aucun doute que l'amélioration de la gouvernance ainsi que le passage progressif de l'informel au formel, judicieusement accompagné par l'OHADA est un facteur important. Cet apport est encore difficile à mesurer. On peut toutefois parier que si la communauté internationale et les Etats s'engagent avec plus de moyens et d'efficacité à la promotion de l'OHADA, cet impact sera de plus en plus visible.

Il ne faut pas oublier toutefois que, le développement économique est également tributaire d'un bon climat d'investissement, c'est-à-dire d'un cadre institutionnel, juridique et procédural qui dépasse parfois de beaucoup le périmètre actuel des Actes Uniformes.

Cette situation est régulièrement observée par le monde des affaires et en particulier par les investisseurs internationaux. Or, les différents cadres et principes institutionnels et juridiques, hors Actes Uniformes, qui restent à formuler et à promouvoir pour donner un coup d'accélérateur au développement économique en Afrique, peinent à se développer à des niveaux étatiques ou régionaux.

L'exemple de "l'infrastructure juridique" qui reste encore à mettre en place dans la plupart des pays du monde pour permettre de réaliser effectivement les pipelines de projets d'infrastructures de services publics essentiels, eux-mêmes conditions d'un développement économiques accéléré, méritent de ce point de vue une réflexion approfondie au niveau OHADA. En effet, le cadre institutionnel créé par l'OHADA, son fonctionnement et les retours d'expérience, notamment en matière de légistique, sont autant de facteurs qui convergent pour que l'OHADA contribue à mettre en place rapidement et efficacement à travers un Acte Uniforme bien conçu, "l'infrastructure juridique" qui conditionne largement la réalisation effective des projets d'infrastructures de services publics essentiels en Afrique.

Marc Frilet
Associé-gérant Frilet Société d'Avocats
Vice-président IFEJI
Chair of the Management Committee of
GcIA

avocats@frilet.com