

# LA REFORME DU DROIT DES AFFAIRES DE L'OHADA AU REGARD DE LA MONDIALISATION DE L'ECONOMIE<sup>1</sup>

Henri-Désiré Modi Koko Bebey  
Vice-Doyen de la Faculté des Sciences  
Juridiques et Politiques de l'Université de Douala (Cameroun)  
Chef de Département de Droit Privé

## SOMMAIRE

### **PREMIERE PARTIE                      LA RECHERCHE DE LA COMPETITIVITE A                      TRAVERS LES CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES**

#### **A/                      LES CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES JURIDIQUEMENT AUTONOMES**

- 1/                      LA RECONNAISSANCE DU GROUPE DE SOCIETES
- 2/                      L'INSTITUTION DU GROUPEMENT D'INTERET ECONOMIQUE

#### **B/                      LES CONCENTRATIONS OPERANT TRANSMISSION UNIVERSELLE DU PATRIMOINE SOCIAL**

- 1/                      LES FUSIONS ET SCISSIONS DANS L'ACTE UNIFORME DE  
L'OHADA
- 2/                      L'OPPORTUNITE ECONOMIQUE DES FUSIONS ET SCISSIONS  
EN AFRIQUE

### **DEUXIEME PARTIE                      LA SECURISATION DES ACTIVITES ECONOMIQUES**

#### **A/                      LA SECURITE JURIDIQUE DANS LES ACTES UNIFORMES**

- 1/                      LES RAPPORTS INTERNES DES SOCIETES COMMERCIALES
- 2/                      LES RAPPORTS DES SOCIETES ET DES TIERS

#### **B/                      LA SECURITE JUDICIAIRE DANS LE TRAITE OHADA**

- 1/                      L'INTERVENTION DE LA COUR COMMUNE DE JUSTICE  
ET D'ARBITRAGE (CCJA)
- 2/                      LA FORMATION DES PERSONNELS JUDICIAIRES

---

<sup>1</sup> Cet article est le texte d'une conférence donnée par l'auteur à la Maison des Sciences de l'Homme Ange Guépin de Nantes, le 16 mai 2002. Le thème général des conférences était, « la Mondialisation vue d'Afrique. »

Quel lien peut-il exister entre une réforme du droit des affaires - en Afrique – et la mondialisation ? La question pourrait se poser. Pour y répondre, une définition des concepts est nécessaire. Dans un sens commun, la mondialisation peut se définir comme un processus de diffusion dans le monde entier. La mondialisation concernerait ainsi tous les domaines de l'activité humaine et même tous les phénomènes naturels susceptibles de s'étendre à l'échelle de la planète. Il en résulterait principalement une interaction des événements et des phénomènes dans un espace mondial de moins en moins cloisonné. Dans le domaine de l'économie en particulier, deux types de conséquences ont pu être observés. Il s'agit, d'une part, de l'unification du marché mondial à travers sa transformation progressive en un espace unique de production et d'échange et, d'autre part, de l'apparition d'entreprises mettant en œuvre des stratégies de dimension transnationale, voire mondiale<sup>2</sup>. Toutes ces transformations ne peuvent se faire harmonieusement que dans un cadre juridique approprié. D'où le rapport du Droit avec l'économie et singulièrement du droit des affaires. Celui-ci a notamment été défini comme « une technique de gestion et d'organisation au service de finalités économiques, sociales, politiques et culturelles de l'entreprise. »<sup>3</sup> Pris dans ce sens, le droit des affaires permet d'assurer la mise en place du cadre juridique des activités économiques mondiales. La réforme de l'OHADA se situe-t-elle dans cette perspective ?

L'OHADA c'est-à-dire l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires a été créée par le Traité du même nom signé à Port-Louis en ILE-MAURICE, le 17 octobre 1993. L'Organisation regroupe les quatorze Etats africains membres de la zone franc, ainsi que les Comores et la Guinée<sup>4</sup>. A travers cette réforme, les Etats fondateurs de l'OHADA ont surtout voulu mettre un terme à la diversité des lois, considérée comme un obstacle à leur intégration économique. L'idée de départ a donc été l'harmonisation de leur droit des affaires par l'élaboration et l'adoption de « règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies. »<sup>5</sup> Mais cette idée a très vite été dépassée pour faire place à une véritable uniformisation.<sup>6</sup> L'article 5 du Traité précise ainsi que les actes pris pour l'adoption des règles communes sont qualifiés « Actes uniformes », et il est prévu à l'article 10 que « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure. » Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1998, date de l'entrée en vigueur du premier Acte uniforme, sept Actes uniformes différents sont entrés en application.<sup>7</sup> L'étendue du

<sup>2</sup> Fabrice Hatem, Quel cadre juridique pour l'activité des firmes multinationales? Rev. Economie Internationale, n°65, 1995. p. 71 .

<sup>3</sup> M. Pédamon, Droit commercial, Dalloz (Précis) éd. 1994, n°71 p. 59.

<sup>4</sup> Il s'agit de : Bénin, Cameroun, Côte d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, République Centrafricaine, Tchad, Burkina Faso, Congo, Gabon, Guinée Equatoriale, Niger, Sénégal et Togo.

<sup>5</sup> Article 1er du Traité OHADA.

<sup>6</sup> J. Issa Sayeg, L'OHADA, instrument d'intégration juridique en Afrique, WWW. Ohada.com ; voir aussi notre article sur, L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : regard sous l'angle de la théorie générale du Droit, Rev. d'actualité juridique WWW. Juriscope.org

<sup>7</sup> Il s'agit des Actes sur le droit commercial général, le droit des sociétés commerciales et le GIE, les Sûretés, les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution, les procédures collectives d'apurement du passif, le droit de l'arbitrage et le droit comptable. Sont également en préparation, les actes uniformes sur le droit du travail, le droit de la consommation et le droit des transports terrestres. Par ailleurs, le Conseil des ministres de l'OHADA s'est prononcé, lors de sa session des 22 et 23 mars 2001, pour l'uniformisation des normes communautaires en droit de la concurrence, droit bancaire,

domaine du droit des affaires de l'OHADA est à la mesure des ambitions des Etats membres qui entendaient « établir un courant de confiance en faveur des économies de leur pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique. »<sup>8</sup> Cette prise de conscience et surtout cette volonté de promouvoir l'intégration économique régionale, sont liées à un processus en marche depuis quelques années déjà.<sup>9</sup> Elles constituent aussi une réaction des pays africains confrontés aux bouleversements provoqués par la mondialisation de l'économie.

En effet, l'Afrique a traversé une période de profonde récession économique durant les années quatre-vingt, et dans la première moitié des années quatre-vingt-dix. Ces difficultés étaient dues aux effets conjugués de la chute des cours mondiaux de matières premières et à la crise de la dette. La mauvaise gouvernance en était sans doute aussi en partie la cause. Plusieurs solutions avaient été proposées pour sortir de la crise. Le plan Brady de 1985 insistait par exemple sur la réduction de la dette et pas simplement un rééchelonnement. Cela impliquait une démarche pressante des pays sinistrés, consistant à engager des réformes économiques permettant de restaurer la confiance par l'ajustement structurel, c'est-à-dire :

- l'adoption d'un programme de stabilité macro-économique à court terme, se traduisant par la libéralisation des prix, l'austérité fiscale et la dévaluation du franc cfa, d'une part, et d'autre part,
- la mise en œuvre de réformes structurelles visant à assainir les finances publiques, à travers, l'arrêt des embauches et les compressions d'effectifs dans la fonction publique, ainsi que la privatisation des entreprises publiques.

Tout pays endetté qui sollicitait des prêts auprès du Fonds Monétaire International (FMI) ou de la Banque Mondiale devait se plier à cette double exigence de l'ajustement structurel. De l'avis de certains observateurs aucun secteur économique n'a alors échappé « à la vigilance du couperet des ajusteurs, pas même l'éducation, la santé, l'eau potable, le développement rural, l'industrie... »<sup>10</sup> Ce propos qui n'est pas

---

droit de la propriété intellectuelle, droit des sociétés civiles, droit des sociétés coopératives, droit des contrats, droit de la preuve.

<sup>8</sup> Préambule du Traité. L'article 53 du Traité prévoit que l'adhésion est ouverte à tout Etat non signataire, membre de l'OUA (Organisation de l'Unité Africaine).

<sup>9</sup> La coopération économique et l'intégration régionale sont présentes dans la stratégie de développement des pays africains depuis leur accession à l'indépendance au début des années 1960. Il s'agit surtout pour ces micros Etats de surmonter les inconvénients économiques de la balkanisation du continent. Cette volonté s'est d'abord traduite par la création en 1963 de l'OUA et de la Banque africaine de développement (BAD). Elle a ensuite été réaffirmée dans le Plan d'action de Lagos en 1980, le Traité d'Abuja en 1991 et la Déclaration de Syrte en 1999. Au plan sous régional, on a également assisté au développement du processus d'intégration à travers la création en 1964, de l'Union Economique et Douanière de l'Afrique Centrale (UDEAC) devenue la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) en février 1998, et celle de la Communauté Economique de L'Afrique de l'Ouest (CEAO) en 1972, devenue successivement la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) en 1975, et l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine en 1994. Il faut également signaler la création, ces dernières années, de la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances (CIMA) en 1992 et de la Conférence Interafricaine de la Prévoyance Sociale (CIPRES) en 1993.

excessif traduit surtout la grande misère qui a suivi l'application en Afrique des Programmes d'Ajustement Structurel (PAS). C'était semble-t-il, le prix que devait payer le continent pour son intégration dans une économie mondialisée.<sup>11</sup> L'Afrique avait-elle un autre choix ? Pouvait-elle résister ou refuser la mondialisation ? Seul le temps permettra de répondre avec certitude à ces interrogations. Mais la vraie question ne serait-elle pas aujourd'hui, au regard de sa faible capacité de résistance à ce "nouveau fléau" qu'est la mondialisation, de savoir si l'Afrique peut également en tirer quelque profit ? Selon certains experts<sup>12</sup> les chances du continent seraient intactes. Toutefois, les réformes en cours doivent être accélérées afin de satisfaire aux principales exigences du commerce mondial que sont la compétitivité des entreprises et la promotion des investissements privés. Dans le domaine qui lui est réservé, la réforme du droit des affaires de l'OHADA semble poursuivre ce double objectif, en favorisant les concentrations d'entreprises (première partie) et en assurant la sécurité des activités économiques (deuxième partie).

---

<sup>10</sup> Afrique: histoire, économie, politique «De la faillite des Programmes d'Ajustement Structurel en passant par le problème de la dette à travers l'étude de quatre pays: le Ghana, le Sénégal, le Mali et le Zimbabwe» [www.afriquepluriel.ch/ajustement-afrique.htm](http://www.afriquepluriel.ch/ajustement-afrique.htm)

<sup>11</sup> Lors du sommet franco-africain de la Baule de juin 1990, le président François Mitterrand avait également fait de la démocratisation de la vie politique en Afrique une conditionnalité de l'aide bilatérale au développement.

<sup>12</sup> Voir, les conclusions du séminaire de Tunis des 5-6 avril 2001 sur «la mondialisation et l'Afrique» sous l'égide du FMI, in Finances et Développement ( publication trimestrielle du FMI) décembre 2001.

## **I/ LA RECHERCHE DE LA COMPETITIVITE A TRAVERS LES CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES**

Le mouvement vers la formation d'un espace économique mondial intégré a accentué les concentrations d'entreprises dans les trois grandes zones économiques de la planète.<sup>13</sup> On assiste alors depuis quelques années à une « multinationalisation » des firmes dont le poids dans l'économie mondiale est parfois considérable.<sup>14</sup> Ce phénomène n'a pas épargné l'Afrique où sont implantées de nombreuses filiales des firmes multinationales étrangères. Mais c'est surtout au regard de l'intégration du continent dans le commerce mondial que la question présenterait un intérêt ici. En effet, de même que la taille réduite de leurs économies ne favorise pas l'intégration individuelle des pays africains dans l'économie mondiale, la dimension réduite des entreprises peut constituer une limite à leur compétitivité sur les différents marchés mondiaux. Les entreprises africaines auraient ainsi plus besoin que celles des pays développés d'un cadre juridique propice à leur rapprochement. L'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (GIE) leur offre des choix différents selon que les partenaires souhaitent ou non conserver l'autonomie juridique de leurs sociétés respectives.

### **A/ LES CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES JURIDIQUEMENT AUTONOMES**

La forte concurrence qui caractérise l'économie moderne exige de plus en plus de moyens financiers, techniques et humains qu'une entreprise isolée ne parvient pas toujours à rassembler. Cela est parfois vrai à l'échelle d'un pays et, a fortiori dans le vaste domaine du commerce mondial. Des entreprises, petites, moyennes et grandes peuvent ainsi concentrer leurs moyens afin d'accroître leur part de marché, tout en conservant chacune son indépendance juridique. L'Acte uniforme de l'OHADA permet de réaliser ce double objectif en reconnaissant le groupe de sociétés et en instituant le GIE.

#### **1/ La reconnaissance du groupe de sociétés**

L'appartenance à un groupe peut présenter de nombreux avantages pour une société. Elle est de nature à lui procurer des appuis financiers, des approvisionnements plus faciles, plus réguliers et moins coûteux, des débouchés plus importants etc...L'unité de direction du groupe assure aussi une coordination de l'activité des différentes sociétés, propice au développement de la productivité et la spécialisation.<sup>15</sup> Tous ces avantages expliquent la puissance économique et financière, souvent décriée, mais toujours reconnue des grandes firmes multinationales dont les filiales sont implantées à travers le monde. La reconnaissance du groupe de sociétés par le législateur africain témoigne également de cette importance. Le texte de l'OHADA aligne alors le droit des groupes de sociétés en Afrique sur le modèle du droit français tel que défini par la loi du 24 juillet 1966 modifiée par celle du 12 juillet 1985. Ainsi, aux termes de l'article 173 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales, le groupe désigne « l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres. » La notion de contrôle est elle-même entendue largement comme « la détention effective du pouvoir de décision au sein d'une société. » Enfin, le contrôle peut résulter de la détention directe ou indirecte de plus de la

<sup>13</sup> Il s'agit de l'Amérique du Nord, l'Europe de l'Ouest et l'Extrême orient.

<sup>14</sup> Fabrice Hatem, précité p. 72

<sup>15</sup> G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial. LGDJ T.1 17 è éd. par M. Germain et L. Vogel n° 711.

moitié des droits de vote d'une société, notamment en vertu d'accords conclus avec d'autres associés de la société contrôlée.<sup>16</sup>

Sur le fond, la réforme de l'OHADA n'apporte pas d'innovations notables à la théorie des groupes de sociétés telle qu'elle était connue dans le droit positif français. La personnalité morale du groupe n'y est pas reconnue. L'audace du législateur dans ce domaine aurait pourtant été appréciée eu égard aux difficultés pratiques rencontrées en matière de responsabilité ou de définition de l'intérêt du groupe.<sup>17</sup> Sous ces réserves, la réforme a permis de déterminer le cadre juridique du développement des groupes de sociétés, à travers la réglementation des participations<sup>18</sup>, des comptes consolidés et des comptes combinés.<sup>19</sup> Cela constitue un progrès qui mérite d'être apprécié à sa juste valeur, surtout dans le contexte actuel de l'économie mondiale caractérisée par le développement des firmes multinationales. Toutefois, tout en aménageant un cadre propice aux investissements directs étrangers, la réforme de l'OHADA vise aussi à doter les économies des pays membres de structures d'intégration économique. Par exemple, l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales autorise la création de groupes réunissant des sociétés juridiquement indépendantes et implantées dans différents pays membres. Il suffit notamment d'utiliser la possibilité offerte par son article 84 qui permet à une société dont le siège est situé dans l'un des Etats parties de faire un appel public à l'épargne dans tous les autres Etats membres. Le fonctionnement optimum des bourses sous-régionales des valeurs mobilières<sup>20</sup> sera aussi de nature à favoriser l'émergence de tels groupes de sociétés.

Il faut davantage insister sur le rôle que pourrait jouer le groupe africain de sociétés dans le développement du continent. En effet, l'Afrique a toujours souffert de la division internationale du travail du fait de la fixation unilatérale des prix des matières premières et des produits finis par l'Occident, au gré de ses besoins ou d'objectifs conjoncturels. Dans un contexte de mondialisation de l'économie on peut aisément imaginer la puissance commerciale d'un groupe de sociétés résultant de la concentration des entreprises africaines productrices de telle ou telle matière première. On peut même envisager des cas de concentration verticale où le groupe ainsi constitué aurait la maîtrise totale d'un secteur d'activité, en assurant la fabrication d'un produit depuis l'extraction des matières premières jusqu'à la vente aux consommateurs. Ce schéma peut parfaitement être utilisé pour des produits tels que le café, le cacao, le coton, le bois, l'arachide, l'hévéa etc... et les ressources minières. C'est le sens qu'il faudrait donner à l'intégration économique en Afrique. C'est surtout de cette façon que l'Afrique deviendrait actrice et non

<sup>16</sup> Cf. art. 174 et 175, Acte uniforme. Le législateur distingue également, à propos des groupes de sociétés, la filiale dont le capital est détenu à plus de 50 % par la société mère (art. 179), et la participation dans laquelle la fraction du capital détenue est comprise entre 10 et 50 % (art. 176).

<sup>17</sup> D. Schmidt, la responsabilité civile dans les relations de groupes de sociétés :rev.soc.1981 p.725 ; J.P. Sortais, A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés :rev. de jurisp. Com. 1977, p. 85.

<sup>18</sup> Les articles 177 et 178 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales interdisent par exemple, des participations croisées entre deux sociétés lorsque l'une d'elles détient dans l'autre une fraction de capital supérieure à 10 %.

<sup>19</sup> L'Acte uniforme sur le droit comptable distingue les comptes consolidés établis par les sociétés mères de l'espace OHADA et les comptes combinés établis par des filiales de cet espace, mais dont les sociétés mères sont étrangères.

<sup>20</sup> La Bourse Régionale des Valeurs Mobilières (BRVM) d'Abidjan créée le 18 décembre 1996 et commune aux huit Etats de l'UEMOA est déjà fonctionnelle. La Bourse des Valeurs Mobilières de l'Afrique Centrale dont le siège est à Libreville ( Acte additionnel n°11/00 CEMAC du 14 déc. 2000) est encore quant à elle dans sa phase de mise place.

plus simplement victime de la mondialisation. Toutefois, dans son fonctionnement le groupe de sociétés peut présenter quelques risques pour les associés minoritaires des filiales<sup>21</sup>. Il en est ainsi lorsque les bénéfices réalisés par certaines filiales sont intégralement remontés vers la société mère par le jeu de divers contrats conclus entre cette dernière et ses filiales. Cette situation est de nature à raviver les égoïsmes nationaux et pourrait constituer un véritable obstacle à l'intégration économique régionale par le biais des groupes de sociétés. Une meilleure protection des associés minoritaires des filiales peut donc s'imposer, consistant notamment à soumettre les conventions intra groupes au même régime que celles conclues entre une société et ses dirigeants<sup>22</sup>. Mais les entreprises africaines peuvent aussi opter pour le GIE qui leur permet de coopérer sur une base plus égalitaire.

## 2/ L'institution du groupement d'intérêt économique (GIE)

Le GIE est régi par les articles 869 à 885 de l'Acte uniforme de l'OHADA sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique. Son régime est identique à celui du GIE de droit français issu de l'ordonnance du 23 septembre 1967 et de la loi modificative du 13 juin 1989. Ainsi par exemple, le GIE de l'Acte uniforme jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité juridique à compter de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier.<sup>23</sup> Il peut être constitué sans capital,<sup>24</sup> entre des personnes physiques ou par des personnes morales, indépendamment de la qualité de commerçant.<sup>25</sup> Les membres du GIE répondent indéfiniment et solidairement du passif, mais le contrat peut exonérer un nouveau membre des dettes contractées avant son entrée dans le groupement.<sup>26</sup> Enfin, le GIE jouit de la propriété commerciale.<sup>27</sup> Toutes ces caractéristiques du GIE sont bien connues. Ses avantages sont aussi souvent rappelés, en l'occurrence la souplesse dans la constitution, l'organisation et le fonctionnement.<sup>28</sup> C'est donc surtout sur la fonction économique du GIE qu'il faut également insister, au regard de l'objectif de renforcement du potentiel concurrentiel des économies africaines.

Selon l'article 869 de l'Acte uniforme, le GIE « a pour but exclusif de mettre en œuvre pour une durée déterminée tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité. » Cette structure peut permettre à plusieurs entreprises de développer en commun leur activité, par la création de comptoirs de vente, centrales d'achat, bureaux d'importation ou d'exportation, ou d'assurer une gestion commerciale, financière et comptable plus rationnelle. De même la formation d'un GIE peut constituer un atout pour le crédit, surtout lorsque le groupement comprend en son sein un membre dont la solvabilité est constante. L'obligation indéfinie et solidaire des membres est assez rassurante en pareil cas.

En définitive, le GIE offre un cadre de coopération approprié aux entreprises de l'espace OHADA qui peuvent à travers cette structure résoudre des difficultés liées à leur taille réduite et qui les

<sup>21</sup> Y. Guyon, Droit des affaires T1. 11<sup>e</sup> éd. Economica, n° 618 .

<sup>22</sup> voir infra, p.13-14

<sup>23</sup> Art. 872, Acte unif.

<sup>24</sup> Art. 870 al.2 ibid.

<sup>25</sup> Art. 871 ibid.

<sup>26</sup> Art. 873 ibid.

<sup>27</sup> Art. 69, Acte unif. sur le droit commercial général, qui étend désormais le droit au renouvellement du bail commercial à tous les baux de « locaux ou immeubles à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel. »

<sup>28</sup> Lamy sociétés commerciales, éd. 2001 n° 1800-1801.

empêcheraient d'être compétitives dans les échanges commerciaux internationaux. L'atout psychologique majeur du GIE par rapport au groupe de sociétés est qu'il permet à ses membres de mettre en commun des moyens de production et de développer ainsi leurs affaires tout en respectant leur indépendance juridique et économique.<sup>29</sup> Le GIE pourrait ainsi servir de cadre transitoire, avant une intégration plus poussée dans le cadre d'un groupe de sociétés qui impliquerait une unité de direction.<sup>30</sup> L'intégration ne peut se faire que de façon progressive. Un stade plus avancé encore sera atteint par les formes de concentration entraînant la transmission universelle du patrimoine d'une société.

## **B/ LES CONCENTRATIONS OPERANT TRANSMISSION UNIVERSELLE DU PATRIMOINE SOCIAL**

L'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales a réglementé les fusions et scissions qui constituent des techniques de concentration d'entreprises plus poussées car elles entraînent « la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires. »<sup>31</sup> L'apport partiel d'actifs peut aussi permettre de renforcer le potentiel économique et commercial d'une entreprise grâce à la transmission à titre universel d'une branche autonome d'activité.<sup>32</sup> Mais la taille relativement modeste des entreprises africaines ne permet pas d'envisager cette possibilité dans l'immédiat. Par ailleurs même s'il est soumis au régime de la scission, l'apport partiel d'actifs n'entraîne pas la disparition de la société auteur de l'apport. Seules la fusion et la scission peuvent donc être proposées comme facteur de l'intégration économique dans la réforme de l'OHADA. Une présentation rapide du contenu de ces deux notions à travers le formalisme qui entoure les opérations de fusion et de scission permettra d'apprécier leur utilité pratique au regard des enjeux de la mondialisation.

### **1/ Les fusions et scissions dans l'Acte uniforme de l'OHADA**

La fusion est définie à l'article 189 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales comme « l'opération par laquelle deux sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule, soit par la création d'une société nouvelle, soit par absorption de l'une par l'autre. » De son côté, l'article 190 définit la scission comme « l'opération par laquelle le patrimoine d'une société est partagé entre plusieurs sociétés existantes ou nouvelles. » L'Acte uniforme soumet les deux opérations à un formalisme identique. Les sociétés qui participent à une fusion ou à une scission doivent établir un projet, arrêté selon le cas par le conseil d'administration ou l'administrateur général ou, par le gérant de chacune des sociétés concernées. L'article 193 détermine les mentions obligatoires du projet qui doit également faire l'objet d'une publicité par son dépôt au greffe du tribunal compétent du siège social de chacune des sociétés et l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales.<sup>33</sup> La fusion ou la scission sera ensuite décidée, pour chacune des sociétés dans « les conditions requises pour la modification de ses statuts et selon les procédures suivies en matière d'augmentation du capital et de dissolution de la société. »<sup>34</sup> La dernière formalité prescrite par l'Acte uniforme, à peine de nullité, concerne le dépôt au greffe d'une déclaration de conformité dans laquelle les sociétés ayant participé à une opération de fusion ou de scission relatent tous les actes effectués en vue d'y procéder et affirment s'être conformées aux dispositions légales.

<sup>29</sup> Y. Guyon, Droit des affaires T1 précité, n°527.

<sup>30</sup> Il faut rappeler qu'à l'origine, le GIE a également été institué en droit français en 1967 pour faciliter l'entrée des entreprises dans le Marché commun. Voir Y. Guyon, *ibid.* n° 528.

<sup>31</sup> Art. 191, Acte unif.

<sup>32</sup> Art.195, Acte unif.

<sup>33</sup> Art. 194, Acte unif.

<sup>34</sup> Art. 197al 1er, Acte unif.

La procédure ci-dessus décrite est applicable à toutes les opérations de fusion et de scission réalisée dans l'espace économique de l'OHADA quelle que soit la forme des sociétés concernées. Toutefois, lorsqu'elle intervient entre deux sociétés anonymes, la fusion ou la scission est soumise aux dispositions particulières des articles 670 à 689 de l'Acte uniforme. Il s'agit principalement, en matière de fusion, de la désignation par le président du tribunal compétent, d'un ou de plusieurs commissaires à la fusion chargés d'établir un rapport sur les modalités de l'opération, et de l'exigence d'un rapport du conseil d'administration expliquant et justifiant l'opération, notamment en ce qui concerne la parité d'échange des titres. Les deux rapports et les états financiers de synthèse<sup>35</sup> doivent être mis à la disposition des actionnaires au moins quinze jours avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer. L'article 678 de l'Acte uniforme prescrit en outre de soumettre le projet de fusion aux assemblées d'obligataires de la société absorbée en l'absence d'une offre de remboursement des titres, afin de leur permettre d'exercer leur droit d'opposition. La même exigence est faite en matière de scission, au profit des assemblées d'obligataires de la société scindée.

## 2/ **L'opportunité économique des fusions et scissions de sociétés en Afrique**

La fusion est le procédé de concentration des entreprises le plus couramment utilisé ces dernières années. Elle serait le moyen le plus commode d'atteindre la dimension optimale de l'entreprise par la mise en commun de moyens de production jusque-là dispersés.<sup>36</sup> La fusion assurerait aussi une gestion plus méthodique et un meilleur équilibre financier aux entreprises, surtout en période de difficultés.<sup>37</sup> Ainsi, sous réserve de ne pas entraîner le surdimensionnement d'une entreprise, et sans négliger non plus ses conséquences sociales souvent déplorées, la fusion lorsqu'elle est bien conduite devient un atout concurrentiel important. Pour des raisons identiques à celles invoquées en faveur des groupes de sociétés ou des concentrations d'entreprises en général, les sociétés africaines opérant dans les mêmes branches d'activité peuvent avoir intérêt à fusionner. L'Acte uniforme de l'OHADA ne limite d'ailleurs pas cette possibilité aux sociétés situées dans un même Etat. La fusion peut valablement être réalisée par des sociétés dont le siège social est situé sur le territoire d'Etats membres différents. L'article 199 de l'Acte uniforme exige simplement dans ce cas que chacune des sociétés concernées accomplissent les formalités requises dans l'Etat où elle a son siège. L'OHADA offre sur ce point une ébauche du régime juridique des fusions transfrontalières.<sup>38</sup> La mesure s'applique également aux scissions et apport partiel d'actifs. Ces deux dernières techniques peuvent permettre à une société d'un Etat ayant plusieurs branches d'activités de se scinder et d'apporter l'une de ces branches à une société d'un autre Etat qui a une activité identique, afin de renforcer le potentiel concurrentiel commun dans ce domaine.

De nombreuses autres dispositions de l'Acte uniforme permettent le rapprochement d'entreprises situées dans des Etats différents. Comme cela a été également souligné, à propos des groupes de sociétés et de l'appel public à l'épargne, le législateur semble encourager des opérations transfrontalières. Cela constitue la preuve de

---

<sup>35</sup> Aux termes de l'article 8 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, les états financiers de synthèse sont constitués par le bilan, le compte de résultat, le tableau financier des ressources et des emplois, et l'état annexé.

<sup>36</sup> Y. Guyon, précité n° 625.

<sup>37</sup> J.P. Haehl, les techniques de renflouement des entreprises en difficultés, n°302, Paris, 1982 (cite par Y. Guyon, précité.)

<sup>38</sup> Un projet de convention communautaire avait été fait dans ce sens (Bulletin des Communautés européennes, supplément 13/73). Mais il n'a pas encore abouti. Seule est en vigueur, la directive communautaire 90/934 du 23 juillet 1990 qui fixe le régime fiscal des fusions transfrontalières.

la volonté d'intégration économique régionale dans la réforme de l'OHADA. Il faut simplement concilier cet objectif avec les exigences d'une concurrence saine et loyale à l'intérieur du marché intégré. La réforme annoncée du droit de la concurrence devra en tenir compte. Par ailleurs, le développement des activités économiques dans l'espace OHADA ne peut être sérieusement envisagé que si les investisseurs tant locaux qu'étrangers trouvent dans la réforme d'ensemble du droit des affaires en Afrique la sécurité nécessaire.

## **II/ LA SECURISATION DES ACTIVITES ECONOMIQUES**

Remédier à l'insécurité des activités économiques constitue l'un des objectifs majeurs de la réforme de l'OHADA. Cette préoccupation est clairement exprimée dans le préambule du Traité de Port-Louis de 1993. Les Etats membres de l'OHADA considéraient alors la sécurité des affaires comme une condition indispensable pour favoriser l'essor des investissements. De nombreuses dispositions spécifiques des différents actes uniformes pris en application du Traité permettent de penser que la sécurisation des activités économiques est recherchée sur le double plan juridique et judiciaire.

### **A/ LA SECURITE JURIDIQUE DANS LES ACTES UNIFORMES DE L'OHADA**

L'entreprise en tant que facteur de développement économique est au cœur de la réforme de l'OHADA qui vise notamment à faciliter ses activités.<sup>39</sup> Aussi, au-delà de l'uniformisation même du droit des affaires qui constitue un élément appréciable de sécurité juridique<sup>40</sup>, celle-ci sera principalement recherchée dans le cadre de l'organisation de l'entreprise et de ses relations avec les tiers.

#### **1/ La sécurité juridique dans les rapports internes de l'entreprise**

L'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit des sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique contient de nombreuses dispositions pratiques dont l'application permet de sécuriser les rapports des associés entre eux d'une part, et leurs rapports avec la société d'autre part.

##### **a/ La sécurité juridique dans les rapports entre associés**

Dans la réforme de l'OHADA les rapports entre associés des sociétés commerciales sont fondés sur le principe d'égalité qui constitue lui-même un gage de sécurité juridique. En effet, un associé ne se sentira en sécurité que s'il bénéficie des mêmes droits et s'il est soumis aux mêmes obligations que les autres. Mais l'Acte uniforme ne formule le principe d'égalité des associés que de façon incidente, à propos de la détermination des missions des commissaires aux comptes. L'article 714 dispose alors que les commissaires aux comptes doivent veiller au respect de l'égalité entre associés, en s'assurant notamment que toutes les actions d'une même catégorie bénéficient des mêmes droits. C'est aussi dans un souci

---

<sup>39</sup>Cet objectif est clairement souligné dans le préambule du Traité OHADA.

<sup>40</sup> J. Issa Sayeg, L'OHADA, instrument d'intégration juridique en Afrique, WWW.Ohada.com ; voir aussi notre article sur, L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : regard sous l'angle de la théorie générale du Droit, Rev. d'actualité juridique WWW.Juriscope.org

d'égalité que le législateur a prévu de manière générale dans les articles 53 à 55 de l'Acte uniforme « les droits et obligation attachés aux titres » des sociétés commerciales<sup>41</sup>.

La sécurité dans les rapports entre associés est également assurée par l'affirmation de la primauté de l'intérêt social sur les intérêts personnels des associés. Cette primauté ressort clairement des dispositions de l'article 4 alinéa 2 de l'Acte uniforme selon lequel « la société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés. » L'intérêt social s'identifierait donc ici à l'intérêt commun des associés, par opposition à leurs intérêts individuels.<sup>42</sup> La primauté de l'intérêt social a pour principale conséquence la répression des abus de majorité et de minorité lors des votes dans les assemblées générales. Ainsi, l'article 130 de l'Acte uniforme prévoit expressément<sup>43</sup> l'annulation pour abus de majorité des décisions votées par les associés majoritaires dans leur seul intérêt et, contrairement à l'intérêt des associés minoritaires, lorsque de telles décisions ne sont pas également justifiées par l'intérêt social. Par ailleurs, les associés victimes d'un tel abus peuvent engager la responsabilité des majoritaires fautifs. De même, la responsabilité des associés minoritaires peut être engagée lorsqu'ils s'opposent par leur vote et sans justifier d'un intérêt légitime, à la prise de décisions nécessitées par l'intérêt de la société. Toutefois, l'article 131 de l'Acte uniforme ne prévoit aucune mesure permettant de vaincre le blocage résultant de la résistance des minoritaires. Les rédacteurs de l'Acte uniforme auraient dû s'inspirer de la solution admise par la jurisprudence Flandin en droit français pour combler ce vide juridique.<sup>44</sup>

Enfin, on peut trouver un élément de sécurité juridique dans les dispositions des articles 147 à 149 de l'Acte uniforme qui prévoient les modes de règlement des litiges entre associés. L'Acte uniforme innove même en la matière en admettant la validité des clauses compromissoires, statutaires ou non.<sup>45</sup> Mais cette

---

<sup>41</sup> Il s'agit principalement, du droit sur les bénéfices, du droit sur les actifs nets en cas de liquidation, du droit de participer et de voter et, de l'obligation de contribuer aux pertes, le cas échéant.

<sup>42</sup> Sur les contours de la notion d'intérêt social voir notamment, M. Cozian et A. Viandier, *Droit des sociétés Litec*. 10<sup>e</sup> éd. n° 466-469.

<sup>43</sup> Contrairement à la solution du droit français où l'article L.235 –1 al.1 du Code de commerce n'a pas prévu l'abus de majorité parmi les cas de nullité des actes ou délibérations. La jurisprudence semble alors admettre plus nettement la nullité des délibérations des assemblées ordinaires que celles des assemblées extraordinaires (Com. 7 juill. 1980 Bull. civ. IV n° 287)

<sup>44</sup> Dans l'arrêt Flandin du 9 mars 1993, la Cour de cassation avait décidé qu'en présence d'un blocage résultant d'un abus de minorité, le juge ne peut prendre une décision valant vote, mais il peut désigner un mandataire ad hoc chargé de voter à la place et au nom des minoritaires, dans le strict respect de l'intérêt social et sans porter atteinte à l'intérêt légitime des associés minoritaires.

<sup>45</sup> La clause compromissoire ne pouvait valablement être stipulée que dans les contrats liant deux commerçants. Or, en dehors des associés en nom collectif et des commandités qui ont cette qualité, les autres associés des sociétés commerciales ne deviennent pas commerçants du fait de leur entrée dans le capital social. Il y a donc une évolution par rapport à l'état du droit antérieur. Voir notamment sur la validité des clauses compromissoires, M. Germain et L. Vogel, *Traité de droit commercial (Ripert et Roblot)* T1, 17<sup>e</sup> éd. LGDJ n° 354-355. Un pas supplémentaire vient d'être franchi dans la libéralisation de la clause en droit français, par l'article 126 de la loi (NRE) du 15 mai 2001 qui en étend désormais la validité à tous les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle même de nature civile.

évolution se situe en droite ligne du Traité de l'OHADA dont le préambule affirme la volonté de ses auteurs de « promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels. » Cela s'est traduit dans l'Acte uniforme sur l'arbitrage par la généralisation de la validité des clauses compromissoires puisque l'article 2 de ce texte dispose que « toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. »<sup>46</sup>

b/ La sécurité juridique dans les rapports des associés avec leur société

L'Acte uniforme sur les sociétés commerciales améliore considérablement la situation des associés en réaménageant certains de leurs droits traditionnels et en leur reconnaissant de nouveaux droits. Depuis les lois des 24 juillet 1867 et 7 mars 1925 qui étaient encore en vigueur dans plusieurs Etats membres avant la réforme de l'OHADA, le législateur avait accordé aux associés de certaines sociétés commerciales un droit de communication des documents et comptes sociaux durant les quinze jours précédant la tenue de leurs assemblées générales annuelles. L'Acte uniforme a généralisé le droit de communication en imposant désormais la tenue d'une assemblée générale dans toutes les sociétés commerciales, dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice.<sup>47</sup> De même, quelle que soit la forme sociale, les associés ont le droit de consulter au siège social, deux fois par an<sup>48</sup>, les documents et pièces comptables ainsi que les procès-verbaux des délibérations et décisions collectives, et le droit d'en prendre copie. L'associé qui désire exercer ce droit d'information permanent doit simplement prévenir les dirigeants sociaux de son passage, quinze jours au moins à l'avance.

La sécurité des associés dans leurs rapports avec la société est aussi assurée grâce à la possibilité que leur accorde désormais l'Acte uniforme de déclencher l'alerte et de demander en justice la désignation d'un expert de gestion. Contrairement au droit français où elle ne peut être demandée que dans les sociétés anonymes et à responsabilité limitée, l'expertise de gestion est une mesure prévue dans le titre de l'Acte uniforme consacré aux dispositions communes à toutes les sociétés commerciales<sup>49</sup>. De même, outre les commissaires aux comptes, dans le système de l'Acte uniforme, l'alerte peut être déclenchée par tout associé non gérant ou tout actionnaire, quelle que soit la fraction du capital qu'il détient.<sup>50</sup> Toutefois, chaque associé ne peut donner l'alerte que deux fois au cours du même exercice en posant des questions écrites, au gérant ou au président du conseil d'administration, au président directeur général ou à l'administrateur général selon le cas, sur « tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> La portée de cette disposition pourrait être relativisée si l'on considère que la réforme de l'OHADA porte sur le droit des affaires c'est-à-dire un droit essentiellement applicable aux commerçants et à leurs opérations. On serait alors loin de la solution de l'article 126 de la loi française du 15 mai 2001 ci-dessus mentionnée qui a fait disparaître « un des derniers bastions de l'originalité du droit commercial » selon Y. Guyon. Droit des affaires, T1 précité, n° 83.

<sup>47</sup>. Art.288, 306, 348, 548, Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

<sup>48</sup> Art. 289, 307, 345, 526, *ibid*.

<sup>49</sup> La loi française du 15 mai 2001 a réduit de 10 à 5 % la fraction du capital social que doit détenir l'associé qui sollicite une expertise de gestion. Le seuil de 5 % est également celui qui a été retenu par l'article 159 de l'Acte uniforme qui autorise le regroupement éventuel des associés « sous quelque forme que ce soit » en vue de réunir le pourcentage requis.

<sup>50</sup> L'Acte uniforme de l'OHADA n'a pas institué le comité d'entreprise ni d'organe équivalent.

L'obligation de désigner des commissaires aux comptes dans les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée,<sup>52</sup> ainsi que la procédure de validation des conventions dites réglementées ou, l'interdiction de certaines conventions entre la société et ses dirigeants peuvent également être présentées comme des mesures susceptibles de renforcer la sécurité des associés. En effet, la certification faite par un professionnel que les comptes sont « réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé, ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice »<sup>53</sup> constitue une présomption de régularité de la gestion et d'absence d'abus des biens sociaux. De même, l'obligation incombant au commissaire aux comptes, sous peine d'engager sa responsabilité, de signaler à la plus prochaine assemblée générale les irrégularités et les inexactitudes constatées dans l'accomplissement de ses missions et surtout, de révéler au ministère public les faits délictueux constatés,<sup>54</sup> sont d'abord des mesures protectrices des intérêts des associés, même si elles peuvent aussi contribuer à rassurer des tiers, en l'occurrence les créanciers sociaux.

Le régime des conventions réglementées institué par l'Acte uniforme consiste, comme en droit français, à soumettre au vote de l'assemblée générale, toutes les conventions conclues directement ou par personne interposée, entre la société et l'un de ses gérants ou associés.<sup>55</sup> Le gérant ou le commissaire aux comptes présente à cet effet un rapport sur lesdites conventions. La mesure vise principalement à prévenir des abus de bien sociaux. Le législateur a même purement et simplement interdit certaines conventions. C'est le cas des emprunts, découverts en compte courant, cautionnements et avals consentis par la société à ses dirigeants ou à leurs conjoints, ascendants ou descendants et aux personnes interposées.<sup>56</sup> La violation de l'interdiction est sanctionnée par la nullité des conventions litigieuses.

Toutes ces mesures et bien d'autres encore, moins spécifiques, montrent que la protection des associés est une préoccupation constante dans l'Acte uniforme de l'OHADA sur les sociétés commerciales et le GIE. Mais, si la société doit rassurer ses propres associés, elle doit davantage encore inspirer la confiance des tiers.

## 2/ La sécurité juridique dans les relations de l'entreprise avec les tiers

---

<sup>51</sup> Art. 157 et 158, Acte uniforme.

<sup>52</sup> Selon l'article 376 de l'Acte uniforme, seules les SARL qui ont un capital supérieur à 10 millions de francs cfa ou, celles qui réalisent un chiffre d'affaires supérieur à 250 millions, ou enfin celles qui emploient plus de 50 personnes sont tenues de désigner un commissaire aux comptes.

<sup>53</sup> Art. 710, Acte unif.

<sup>54</sup> Art. 716, Acte unif.

<sup>55</sup> La procédure s'applique également aux conventions conclues avec une entreprise individuelle dont le propriétaire est simultanément gérant ou associé de la SARL ou de la SA et celles conclues avec une société dont un associé indéfiniment responsable, un gérant, administrateur ou directeur général est simultanément gérant ou associé de la SARL ou de la SA. (Art. 350 et 502 al. 1<sup>er</sup>). Toutefois, l'autorisation n'est pas nécessaire lorsque les conventions portent sur des opérations courantes conclues à des conditions normales.

<sup>56</sup> Cette interdiction ne concerne pas les établissements bancaires ou financiers pour leurs opérations courantes normales (art. 356 et 507, Acte unif.)

La qualité des relations juridiques de l'entreprise avec les tiers repose essentiellement sur deux piliers, le crédit et la responsabilité au sens large du terme, c'est-à-dire le fait de répondre de ses actes. L'importance du crédit dans l'exercice des activités économiques n'est plus à démontrer, quelle que soit d'ailleurs la forme du crédit ou le sens que l'on donne à ce mot. En effet, le crédit est souvent décrit comme « l'un des moteurs essentiels de l'économie »<sup>57</sup> et, étymologiquement, crédit ou credere signifie croire, avoir confiance. L'idée de sécurité est donc inhérente au crédit. Mais, la sécurité du créancier ne sera véritablement assurée que si le droit aménage des voies qui lui permettront d'être payé, au besoin par le recours à l'exécution forcée. La réforme de l'OHADA tient compte de cette double exigence dans les relations de l'entreprise avec ses partenaires extérieurs.

a/ Le renforcement du crédit de l'entreprise

Deux actes uniformes de l'OHADA traitent spécifiquement de la matière du crédit à travers la notion de sûretés. Il s'agit de l'Acte uniforme sur le droit commercial général et de celui consacré aux sûretés, entrés en vigueur tous les deux depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1998. Le rapport entre le crédit et les sûretés est incontestable. Les sûretés ont pour but d'éliminer ou, du moins de réduire le risque de perte que court tout créancier, en lui octroyant une garantie supplémentaire qui renforce la relative sécurité du droit de gage général de l'article 2093 du Code civil.<sup>58</sup>

L'Acte uniforme sur le droit commercial général a institué un nouveau registre du commerce et du crédit mobilier.<sup>59</sup> Le législateur attache désormais la présomption de la qualité de commerçant à l'inscription à ce registre, à l'exception de celle du GIE.<sup>60</sup> De même, l'Acte uniforme semble consacrer la théorie de la fiction<sup>61</sup> en subordonnant l'acquisition de la personnalité morale des sociétés commerciales et du GIE à leur immatriculation au registre du commerce. Mais, l'innovation majeure porte sur l'inscription des sûretés mobilières au registre du commerce.<sup>62</sup> Cette mesure vise à compléter l'information du public sur la situation patrimoniale ou plus précisément, sur l'état d'endettement des commerçants, personne physiques et morales. L'inscription confère également des droits au créancier auquel incombe d'ailleurs l'accomplissement de cette formalité. Selon l'article 63 de l'Acte uniforme une inscription régulière est opposable aux parties elles-mêmes ainsi qu'aux tiers, à compter de sa date et pendant une durée qui varie de un à cinq ans selon la nature des sûretés.

L'Acte uniforme portant organisation des sûretés renforce également la sécurité des créanciers et partant le crédit de l'entreprise, en réaménageant certaines sûretés traditionnelles et en en créant de

<sup>57</sup> Ph. Simler et Ph. Delebecque, Droit civil, les sûretés-la publicité foncière, Dalloz 3<sup>e</sup> éd. 2000, n°3 p. 6.

<sup>58</sup> Ph. Simler et Ph. Delebecque *ibid.* n° 2 p. 5

<sup>59</sup> L'ancien registre du commerce était organisé sur le modèle de la loi française de 1919 qui avait été rendue applicable dans les colonies et territoires sous mandat français.

<sup>60</sup> Art. 38, Acte unif.

<sup>61</sup> A propos de la controverse doctrinale sur la personnalité morale et les solutions retenues par le droit positif français, voir la synthèse de Y. Guyon, droit des affaires, T.1 précité, n° 128 et 129.

<sup>62</sup> La mesure concerne le nantissement des actions et parts sociales, le nantissement du fonds de commerce, le nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles, le nantissement des stocks, la clause de réserve de propriété, le privilège du vendeur du fonds de commerce et le privilège du Trésor, de l'Administration des douanes et celui des institutions de la sécurité sociale (art. 44 à 68, Acte unif.)

nouvelles. Dans le domaine des sûretés personnelles on note deux principales innovations. La première concerne le cautionnement qui est désormais « réputé solidaire »<sup>63</sup> et cesse d'être un contrat consensuel.<sup>64</sup> La seconde innovation est relative à la réglementation de la lettre de garantie qui ne relève plus du droit commun des contrats. L'Acte uniforme a retenu le modèle de la garantie documentaire<sup>65</sup>, proposé dans les « Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande. »<sup>66</sup> Dans les deux cas, les choix législatifs traduisent le double souci de renforcer la sécurité que le cautionnement ou la lettre de garantie procure au créancier et d'assurer la protection de la caution ou du garant.

Dans le domaine des sûretés réelles, l'Acte uniforme a consacré le principe général du droit de rétention en disposant dans son article 41 que « le créancier qui détient légitimement un bien du débiteur peut le retenir jusqu'à complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté. »<sup>67</sup> Le droit uniforme des sûretés de l'OHADA évite ainsi la controverse sur la nature juridique du droit de rétention en l'érigeant au rang d'une véritable sûreté qui confère au créancier le droit de préférence et le droit de suite.<sup>68</sup> Pour le reste, l'article 42 de l'Acte uniforme reprend comme conditions d'exercice du droit de rétention, les solutions dégagées en la matière par la jurisprudence française.<sup>69</sup> L'efficacité du droit de

---

<sup>63</sup> Art. 10, Acte unif. Il faudrait peut-être relativiser la portée de ce texte au regard des dispositions du droit commun de l'article 1202 C. civ. selon lequel la solidarité ne se présume point. L'Acte uniforme intervient dans le cadre d'une réforme d'ensemble du droit des affaires et n'aurait vocation à s'appliquer qu'aux relations d'affaires.

<sup>64</sup> Selon l'article 4, Acte unif. « A peine de nullité, il doit être convenu de façon expresse entre la caution et le créancier...Le cautionnement doit être constaté dans un écrit comportant la signature des deux parties et la mention...La caution qui ne sait ou ne peut écrire doit se faire assister de deux témoins qui certifient dans l'acte de cautionnement... » Cela constitue un point de rupture avec le droit antérieur inspiré par les solutions de la jurisprudence de la Cour de cassation française qui considère que l'exigence du caractère exprès n'implique aucune forme particulière, mais signifie seulement que la volonté de s'obliger comme caution ne peut être tacite. Pour une synthèse du droit positif français, voir Ph. Simler et Ph. Delebecq, les sûretés, précité n° 31-32, 106-109.

<sup>65</sup> Selon l'article 34 al. 1<sup>er</sup>, Acte unif. « la demande de paiement doit résulter d'un écrit du bénéficiaire accompagné des documents prévus par la lettre de garantie... » et, l'article 35 al.1<sup>er</sup> précise que « le garant ou le contre-garant doit disposer d'un délai raisonnable pour examiner la conformité des documents produits avec les stipulations de la garantie ou de la contre-garantie. »

<sup>66</sup> RUGD. Doc. n° 428, mai 1992. Voir, Ph. Simler, Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande, Petites affiches 13 mai 1992, p.25 ; S. Piédelièvre, remarques sur les règles uniformes ..., RTD com. 1993, p. 615.

<sup>67</sup> Sur l'existence en droit positif français d'un principe général non écrit, voir M. Cabrillac et C. Mouly, Droit des sûretés, Litec. 2<sup>e</sup> éd. n° 540.

<sup>68</sup> La controverse existe en droit français où la Cour de cassation a décidé que « le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est pas assimilable au gage. » com. 20 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 141 - RTD civ. 1997, 707, obs. P. Crocq ; com 9 juin 1998, Bull. civ. IV, n° 181- JCP 1999, I, 103, n° 19 obs. M. Cabrillac.

rétenion est aujourd'hui avérée. En effet, le créancier rétenteur est dans une position très avantageuse car il peut opposer son droit à n'importe quel autre créancier, chirographaire ou privilégié, y compris au syndic des procédures collectives.<sup>70</sup>

L'institution du nantissement des stocks de matières premières et de marchandises mérite aussi d'être relevée. Sous le régime antérieur de la loi de 1909, les marchandises étaient considérées comme des éléments nécessairement exclus du nantissement du fonds de commerce parce que destinées à la vente et, surtout parce qu'il n'y avait aucun moyen d'obliger le commerçant à maintenir son stock.<sup>71</sup> L'Acte uniforme n'inclut pas les marchandises dans l'assiette du nantissement du fonds de commerce. Mais il crée un nantissement spécial des stocks de matières premières, des produits d'une exploitation agricole ou industrielle et des marchandises destinées à la vente, en constituant le débiteur gardien des stocks.<sup>72</sup> Le nantissement est constitué par un acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré et comportant des mentions obligatoires.<sup>73</sup> Il donne lieu à la transmission au créancier, par voie d'endossement, d'un bordereau de nantissement conférant des droits sur les stocks.<sup>74</sup> Le débiteur s'engage alors principalement à ne pas diminuer la valeur du nantissement et à assurer les stocks contre les risques de destruction. Il peut donc vendre lesdits stocks, mais il lui est interdit, sous peine de déchéance immédiate du terme, de livrer les biens vendus, sans en avoir préalablement consigné le prix chez le banquier domiciliataire. L'effort du législateur est louable puisqu'il visait à procurer aux entreprises des moyens supplémentaires de crédit. Mais il est permis de douter de l'utilité pratique de cette sûreté dont l'efficacité requiert une vigilance permanente du créancier.<sup>75</sup>

La réforme de l'OHADA n'apporte pas de changement notable au régime des hypothèques, dans le sens d'une plus grande sécurité des créances. Au regard du régime antérieur, il faut souligner que l'article 123 de l'Acte uniforme n'a pas retenu le délai de péremption des inscriptions hypothécaires qui était de dix dans le Code civil.<sup>76</sup> Il prévoit au contraire que « l'inscription conserve le droit du créancier jusqu'à la date fixée par la convention ou la décision de justice... » La souplesse de cette mesure sera certainement appréciée par les établissements de crédit qui consentent des prêts hypothécaires. Pour le reste, l'Acte uniforme a repris l'essentiel du dispositif du Code civil. Ce fait n'a d'ailleurs rien d'étonnant car les mécanismes de l'hypothèque, « la reine des sûretés », ont déjà été suffisamment éprouvés par la pratique.

---

<sup>69</sup> Voir, Ph. Simler et Ph. Delebecque, n° 485 et s.

<sup>70</sup> L'article 104 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives autorise notamment le vendeur qui est encore en possession des meubles à les retenir lorsqu'il n'en a pas reçu le paiement.

<sup>71</sup> M. Germain et L. Vogel, *Traité de droit commercial* (Ripert et Roblot, T. 1) précité n° 649.

<sup>72</sup> Art. 104 al 1er. Acte unif.

<sup>73</sup> Art. 101 *ibid.*

<sup>74</sup> A défaut de paiement à l'échéance, le créancier ou le porteur du bordereau procède à la réalisation du stock nanti sur lequel il a un droit de préférence (art. 105).

<sup>75</sup> Le débiteur «tient constamment à la disposition du créancier et du banquier domiciliataire un état des stocks nantis ainsi que la comptabilité de toutes les opérations les concernant.»(Art.104 al. 3)

<sup>76</sup> L'article 2154 du Code avait déjà été modifié en droit français par l'ordonnance du 28 septembre 1967 qui permettait aux parties de déterminer librement la durée de conservation des inscriptions hypothécaires.

La véritable incertitude en la matière, et dans le domaine des sûretés ou du crédit en général est relative au recouvrement effectif des créances. La sécurité consiste donc aussi à lever ou à réduire cette incertitude, en donnant au créancier les moyens de se faire payer.

b/ Les recours des créanciers sociaux dans la réforme de l'OHADA

Les tiers ne traitent avec l'entreprise et ne lui font crédit que si la probabilité de recouvrer leurs créances est grande. Cela suppose que le législateur ait aménagé en conséquence les procédures de recouvrement et les voies d'exécution, ainsi les diverses actions qui peuvent être intentées contre les sociétés commerciales et/ou leurs dirigeants. La réforme de l'OHADA contient de nombreuses dispositions répondant à cette préoccupation.

Dans l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales par exemple, les articles 106 à 113 réglementent la procédure de reprise par la société, des engagements pris pour son compte lors de sa formation. En comblant le vide juridique qui existait jusque-là, le législateur a renforcé la sécurité des créanciers ayant traité avec une société en formation. La reconnaissance de la société de fait poursuit le même objectif.<sup>77</sup> L'article 868 de l'Acte uniforme prévoit expressément que « lorsque l'existence d'une société de fait est reconnue par le juge, les règles de la société en nom collectif sont applicables aux associés. » Cela signifie notamment que les associés répondront indéfiniment et solidairement du passif social. La solution est assez favorable aux créanciers, surtout lorsque la société compte un ou plusieurs associés solvables. L'article 255 de l'Acte uniforme renforce la sécurité des tiers de bonne foi en disposant que ni la société, ni les associés ne pourront se prévaloir à leur égard de la nullité. Enfin, lorsqu'elle a été régulièrement constituée la société répond de tous les actes de ses dirigeants, y compris ceux qui ne relèveraient pas de l'objet social, car selon l'article 123 de l'Acte uniforme les limitations statutaires des pouvoirs des dirigeants sociaux sont inopposables aux tiers de bonne foi.

Dans son domaine, l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution améliore également la situation des créanciers, tout en assurant une meilleure protection des débiteurs.<sup>78</sup> La réforme introduit par exemple une nouvelle procédure simplifiée dite d'injonction de restituer qui peut être efficacement utilisée pour la reprise de marchandises non payées, lorsque la clause de réserve de propriété n'a pas été stipulée dans le contrat de vente. Par ailleurs, contrairement à l'ancien Code de procédure civile et commerciale où la saisie-arrêt et la saisie conservatoire étaient subordonnées à l'obtention d'une autorisation expresse du juge,<sup>79</sup> l'Acte uniforme dispense désormais de cette autorisation préalable, le créancier qui se prévaut d'un titre exécutoire,<sup>80</sup> du défaut de

---

<sup>77</sup> Le législateur a cependant confondu la société de fait et la société créée de fait en énonçant à l'article 864 de l'Acte uniforme que « il y a société 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. » C'est plutôt la définition de l'article 865 qui correspond à la notion de société de fait.

<sup>78</sup> Le formalisme parfois excessif qui caractérise le nouveau droit des voies d'exécution entraîne l'allongement des délais des procédures d'exécution et peut être considéré comme protecteur des droits des débiteurs.

<sup>79</sup> Le législateur africain a suivi dans cette voie l'exemple de la loi française du 9 juillet 1991 qui avait revalorisé le titre exécutoire. Voir, Marc Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 5<sup>e</sup> éd. Litec n°36.

<sup>80</sup> Au sens de l'article 33 de l'Acte uniforme, constituent un titre exécutoire, les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire ainsi que celles exécutoires sur minutes, les procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties, les actes notariés revêtus de la formule exécutoire, les décisions auxquelles la loi nationale d'un Etat membre

paiement dûment constaté d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque ou d'un loyer après commandement. Le créancier est également dispensé de l'autorisation de requérir la force publique en vue de l'exécution forcée car « la formule exécutoire vaut réquisition directe de la force publique », selon l'article 29 alinéa 2 de l'Acte uniforme.

Sur un plan plus technique, l'Acte uniforme a institué une saisie conservatoire de portée plus étendue, en supprimant les distinctions de l'ancien Code de procédure civile relatives à l'origine de la créance saisie. Toute créance, civile ou commerciale, contractuelle ou délictuelle peut donc faire l'objet d'une saisie conservatoire. La nouvelle saisie conservatoire ne porte que sur les meubles corporels, les créances de somme d'argent, les droits d'associés et les valeurs mobilières. La nouvelle procédure de saisie-attribution des créances qui remplace la saisie-arrêt de l'ancien code assure également mieux les intérêts des créanciers en permettant l'attribution directe et immédiate de la créance saisie au saisissant.<sup>81</sup> Ce dernier ne souffrira donc plus du concours éventuel d'autres créanciers postérieurs dans l'action, grâce au cantonnement automatique des sommes saisies, à concurrence des causes de la saisie. Enfin, la procédure de saisie-vente qui remplace la saisie-exécution du Code de procédure civile et commerciale peut être pratiquée entre les mains d'un tiers<sup>82</sup> et, elle englobe désormais le domaine de l'ancienne saisie-brandon pratiquée sur les récoltes et fruits proches de la maturité mais pas encore séparés du sol.<sup>83</sup>

Les mesures d'exécution forcée ne peuvent pas être dirigées contre des entreprises déclarées en cessation des paiements.<sup>84</sup> Un Acte uniforme a alors été consacré aux procédures collectives d'apurement du passif. Il réalise un juste équilibre entre la prévention des difficultés ou le redressement de l'entreprise, et la protection des intérêts des créanciers. Ces derniers sont regroupés au sein d'une masse dotée de personnalité juridique et représentée par un syndic.<sup>85</sup> Ils bénéficient d'une hypothèque légale sur l'ensemble du patrimoine du débiteur.<sup>86</sup> Leurs représentants peuvent être désignés comme contrôleurs pour suivre, au nom de la masse, les opérations de redressement ou de liquidation de l'entreprise.<sup>87</sup> L'Acte uniforme a aussi établi dans ses articles 166 et 167 un ordre rigoureux dans lequel les créanciers de l'entreprise en redressement judiciaire ou en liquidation des biens doivent être désintéressés. Enfin, il faut signaler que les créanciers ont désormais la possibilité d'exercer l'action en comblement du passif contre les dirigeants sociaux auxquels la faillite est imputable.<sup>88</sup> Cela leur offre des chances supplémentaires d'être payés. Les effets des jugements d'ouverture et de clôture des procédures collectives de l'OHADA ne se limitent pas au territoire d'un seul Etat membre. Toute décision rendue en cette matière par une juridiction compétente d'un Etat a également autorité de la chose jugée sur le territoire des autres Etats.<sup>89</sup> Mais l'Acte uniforme a

---

attache les effets d'une décision judiciaire, les actes et décisions juridictionnelles étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarées exécutoires par une décision juridictionnelle non susceptible de recours suspensif d'exécution dans l'Etat dans lequel le titre est invoqué.

<sup>81</sup> Art. 154 al 1er, Acte unif., voies d'exécution

<sup>82</sup> Art. 105 à 114, *ibid.*

<sup>83</sup> Art. 147 à 152, *ibid.*

<sup>84</sup> Il s'agit de la règle de la suspension des poursuites individuelles et des voies d'exécution qui est une conséquence du jugement d'ouverture des procédures collectives (art. 75, Acte unif. , procédures collectives )

<sup>85</sup> Art. 72, Acte unif. , procédures collectives

<sup>86</sup> Art. 133, Acte unif. , sûretés et, art. 74, Acte unif. , procédures collectives

<sup>87</sup> Art. 48 et 49, Acte unif. procédures collectives

<sup>88</sup> Art. 180 à 182 *ibid.*

aussi prévu la possibilité d'ouvrir, des procédures collectives secondaires dans d'autres Etats membres, en plus de la procédure principale ouverte dans un Etat.<sup>90</sup> Cette organisation des procédures collectives internationales garantit l'égalité des créanciers des divers Etats et contribue à renforcer la sécurité des activités économiques dans la perspective souhaitée d'intégration régionale. Elle constitue aussi un élément de la sécurité judiciaire que visait à instaurer le Traité de l'OHADA.

## **B/ LA SECURITE JUDICIAIRE DANS LE TRAITE DE L'OHADA**

L'insécurité judiciaire constitue l'un des griefs récurrents des investisseurs privés dans les pays membres de l'OHADA. Au nombre des multiples maux souvent décriés figure l'instabilité de la jurisprudence qui a elle-même pour conséquence l'issue incertaine des procédures. L'une des explications de ce phénomène est l'insuffisante formation des magistrats au contentieux du droit des affaires. D'autres causes moins avouables expliqueraient la crainte constante des milieux d'affaires africains aux prises avec les justices étatiques.<sup>91</sup> Il a donc semblé impératif aux auteurs du Traité de l'OHADA d'adopter des mesures susceptibles de restaurer la confiance en faveur leurs institutions judiciaires. L'une de ces mesures, sans doute la plus importante a été la création de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). L'accent a également été mis sur la formation des magistrats et des auxiliaires de justice.

### **1/ L'intervention de la Cour commune de justice et d'arbitrage**

L'article 14 alinéa 1<sup>er</sup> du Traité de l'OHADA assigne pour principale mission à la CCJA dont le siège est situé à Abidjan en Côte-d'Ivoire, d'assurer dans les Etats membres « l'interprétation et l'application communes » du Traité, des règlements pris pour son application, et des actes uniformes. Manifestement, ce texte vise à mettre un terme à l'insécurité judiciaire consécutive à l'instabilité de la jurisprudence dans les Etats concernés. Pour y parvenir les rédacteurs du Traité ont retenu une solution en marge des règles traditionnelles d'organisation judiciaire. En effet, la Cour commune d'Abidjan est à la fois une juridiction de cassation et une juridiction du fond. Comme Cour de cassation elle est compétente pour connaître du pourvoi contre les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats membres.<sup>92</sup> A cette occasion, la CCJA peut aussi évoquer et statuer sur le fond.<sup>93</sup> Les pays membres de l'OHADA entendent ainsi assurer, à travers une juridiction inter-étatique, la cohérence et l'unité de leur droit uniforme des affaires. A cette fin, le Traité confère l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire aux arrêts de la CCJA, dans les différents Etats. L'intervention de la CCJA soulève des questions de souveraineté et d'efficacité.<sup>94</sup> Il est cependant trop tôt pour juger de l'efficacité de la Cour dont les premières décisions datent seulement du 11 octobre 2001.<sup>95</sup> Il convient également de préciser, s'agissant de l'arbitrage, que la CCJA ne tranche pas les litiges. Sa mission se limite à la désignation ou à la confirmation des arbitres, et

---

<sup>89</sup> Art. 247 *ibid.*

<sup>90</sup> Art. 251 *ibid.* voir notre article, « Le tribunal compétent pour l'ouverture des procédures collectives du droit uniforme OHADA », *Rev. d'actualité juridique*, nov. 2001, [www.juriscope.org](http://www.juriscope.org)

<sup>91</sup> J. Issa-Sayeg, article précité, p. 8.

<sup>92</sup> Art. 14 alinéa 3, Traité OHADA.

<sup>93</sup> Art. 14 alinéa 5, *ibid.*

<sup>94</sup> Notre article sur « l'harmonisation du droit des affaires en Afrique: regard sous l'angle de la théorie générale du Droit » précité, p.10.

<sup>95</sup> Il s'agit notamment de trois arrêts rendus le même jour et qui concernaient l'applicabilité directe ou immédiate des Actes uniformes. Voir, le portail du droit des affaires en Afrique, [www.OHADA.com](http://www.OHADA.com)

à l'examen des projets de sentence. Enfin, elle est seule compétente pour rendre les décisions d'exequatur.<sup>96</sup> Cette solution garantit la liberté laissée aux parties dans le choix des arbitres tout en leur procurant une certaine sécurité à travers la supervision de la CCJA.

## **2/ La formation des personnels judiciaires**

L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (URSUMA) rattachée au Secrétariat permanent de l'OHADA et dont le siège se trouve à Porto-Novo au Bénin, a pour principale mission d'assurer une formation de haut niveau aux magistrats et à d'autres professionnels tels que les avocats, notaires, huissiers et greffiers. L'objectif est de donner à ces professionnels de solides connaissances en droit des affaires, afin de permettre à terme l'application efficace et uniforme du droit harmonisé par les différentes juridictions nationales. La réussite de ce projet réduirait alors le volume du contentieux devant la CCJA et dissiperait les inquiétudes de nombreux justiciables quant à la maîtrise de la réforme de l'OHADA par ceux qui sont chargés de son application quotidienne. On peut cependant s'interroger sur les capacités d'accueil de l'Ecole de Porto-Novo, eu égard au nombre élevé de personnels judiciaires qu'il faudra recycler. Sans doute faudrait-il, parallèlement, mettre l'accent sur la spécialisation des magistrats dans les différentes Ecoles nationales de magistrature.

---

<sup>96</sup> Art. 21 al. 2 et 25, Traité.