

**SÉCURITÉ JURIDIQUE
ET INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX***

par Laurent BENKEMOUN,
Premier Vice-président du Tribunal de Grande Instance de Paris
Penant n° 855, p. 193

Redoutable, mais honorable défi que de prendre la parole après, non seulement Monsieur le Professeur Meyer, qui a déjà largement ce matin défriché la question de la sécurité juridique dans l'espace OHADA, mais Monsieur le Garde des Sceaux, qui a mis l'accent sur certaines difficultés d'interprétation des textes et de la jurisprudence !

Que d'intervenir après le déjeuner, alors que s'annonce la saison chaude...

Que de traiter de la sécurité juridique des investissements internationaux dans l'espace OHADA, quand on est soi-même un modeste juge pénal en poste au Tribunal de Grande Instance d'une capitale au nord du Sahara...

Que de prétendre infliger à son auditoire, un exposé buissonnier échappant à tout plan connu, type « sciences po », pour, d'abord, procéder à deux remarques liminaires, et ensuite, évoquer sans souci aucun d'exhaustivité, mais en ménageant un crescendo certain, cinq points de nature à altérer la sécurité juridique des investissements internationaux.

I. Deux remarques liminaires

I.-1) A quoi et à qui sert l'OHADA ?

Le Traité de Port-Louis pose, comme toute loi, fût-elle conventionnelle, des normes générales et impersonnelles : il prétend régir le commerçant informel, vendeur de pneus rechapés, par exemple, tout autant que le grand groupe international commerçant en Afrique.

Il est révélateur, à cet égard, que le préambule du Traité parle « d'encourager l'investissement », sans autrement qualifier ce dernier.

Ceci posé, il ne fait de doute pour personne, même s'il n'est pas forcément politiquement correct de le dire, que l'OHADA répond d'abord aux attentes des investisseurs internationaux, but louable et légitime, même s'il est peu soucieux des préoccupations et du vécu des autres usagers, petits commerçants anonymes... Mais là n'est pas le débat aujourd'hui !

I.-2) Des avancées incontestables sur la voie de la sécurité juridique

Ces avancées, on l'a vu avec le Professeur Meyer, s'articulent autour de trois thèmes :

- les normes sont unifiées,
- les normes sont connues,

* Cet article a fait l'objet d'une communication dans le cadre du colloque de Niamey sur la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace UEMOA, du 17 au 24 mars 2006.

- les normes sont modernes.

Pour ce qui concerne plus particulièrement les investissements internationaux, on se bornera logiquement à mettre les avancées importantes dans deux domaines :

- droit des sociétés : le droit uniforme est porteur de mécanismes modernes et uniformes (notamment la SA) facilitant les projets transfrontaliers.

- droit des sûretés : il permet de prendre des garanties pour le financement des projets ou l'achat de marchandises (notamment par le gage de créances, le nantissement de valeurs mobilières, le nantissement de marchandises etc.)

Il est facile et réconfortant de constater que les candidats à l'adhésion sont les meilleurs propagandistes du droit uniforme substantiel, même lorsque l'architecture institutionnelle de l'OHADA appelle des réserves de leur part. L'enthousiasme des commentateurs congolais, qui se désolent du caractère obsolète et lacunaire de leur droit commercial encore régi par la législation léopoldienne, est de ce point de vue communicatif ! Qu'une des premières prises de position internationales de la nouvelle présidente libérienne ait trait à l'OHADA, signe l'excellente renommée régionale dont jouit le droit harmonisé.

II. Cinq points d'achoppement

II.-1) RCCM, juridictions commerciales et procédure commerciale

On sait d'une part, que l'article 13 du Traité dispose que « le contentieux relatif à l'application des Actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats parties » ; d'autre part, que l'article 20 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général prévoit que « le RCCM est tenu par le greffe de la juridiction compétente » ; de troisième part, que la procédure commerciale/civile n'est pas régie par le droit uniforme.

Il y a, par conséquent, autant de RCCM que de ressorts de juridictions commerciales (une dizaine au Niger, quelque deux cents au Cameroun...) et sûrement autant de formes de juridictions commerciales et de procédures commerciales que d'Etats parties (par exemple, au Mali, où l'on trouve des tribunaux de commerce autonomes, alors qu'au Niger, la justice commerciale est rendue par une des chambres du tribunal de droit commun).

Est-il besoin de préciser que la sécurité juridique n'y trouve pas son compte ?

En ce qui concerne les RCCM, mais aussi les Fichiers nationaux, il est un secret de Polichinelle qu'ils ne sont pas en place, à l'exception remarquable d'un extrêmement petit nombre. Cette lacune est une brèche considérable dans la sécurité juridique, due à tous les opérateurs économiques, mais surtout, pour ce qui concerne le présent exposé, aux investisseurs internationaux, privés par leur éloignement géographique de la connaissance de la situation réelle de leur cocontractant...

Pour ce qui est de la question de l'harmonisation des institutions judiciaires, y compris sous l'angle de la carte judiciaire, on observera qu'elle est la suite logique et nécessaire du choix initial de priver les juridictions suprêmes internes de la connaissance du contentieux commercial en dernier ressort, la CCJA venant en quelque sorte couronner en matière commerciale, l'édifice judiciaire de chaque Etat partie. Actuellement, la qualité des décisions commerciales en premier et en deuxième ressort, est tellement inégale et aléatoire sur l'étendue de l'espace OHADA, qu'elle accrédite bien des préventions de la part des investisseurs internationaux !

Nous nous garderons de prendre parti pour un système plutôt qu'un autre (juridiction autonome ? chambre de la juridiction de premier degré de droit commun statuant commercialement ? échevinage ? quid en appel ?), sauf à remarquer que les avantages et inconvénients se contrebalancent. Une juridiction autonome permet une localisation et un accroissement des moyens, et une spécialisation des personnels ; en revanche, elle risque de susciter l'amertume des autres juridictions moins bien loties, et elle se heurte à la faiblesse numérique, il est vrai, en voie de correction dans bien des pays, des personnels judiciaires en Afrique...

Reste que, selon nous, on n'échappera pas à une harmonisation de la carte judiciaire, dans le sens d'une diminution des juridictions compétentes commercialement : on pourrait concevoir, par exemple, l'existence, en tout et pour tout, d'un RCCM et d'une juridiction commerciale de première instance au siège de chaque Cour d'Appel. Réduire substantiellement le nombre des ressorts commerciaux permettrait de doter convenablement les juridictions commerciales subsistantes, et d'installer réellement et sérieusement, le peu de RCCM conservés, ainsi que les fichiers nationaux et le fichier régional. Ce serait un signal fort en direction des investisseurs internationaux.

Enfin, la procédure commerciale (y compris le taux du ressort et l'épineuse question de l'exécution provisoire) doit être également harmonisée, sauf à ce que, à maints égards, l'effort entrepris par l'OHADA se révèle illusoire. En effet, nombre de litiges, nombre de situations de fait, restent marqués de façon indélébile, irréparable, par la façon dont ils ont été appréhendés dès le départ. Se pourvoir devant la CCJA est parfois trop tard.

Pour donner corps aux développements précédents, il convient que soit adopté un Acte uniforme portant réforme de la carte judiciaire, de la juridiction commerciale et de la procédure commerciale, mais aussi, qu'une aide technique et budgétaire importante soit consentie pour la mise en place des RCCM, des fichiers nationaux et du fichier régional, ainsi que pour celle des juridictions commerciales nouvelle manière.

II.-2) Améliorations des Actes uniformes déjà existants

La question de la « mise en conformité » des droits internes a été vue précédemment, ainsi que celle de la concurrence avec d'autres législations régionales supranationales.

La réflexion sur le déficit démocratique qui pourrait être reproché, tant en matière d'élaboration que d'adoption des Actes uniformes, intéresse peu, sinon pas du tout, les investisseurs internationaux.

Le Professeur Meyer vient de souligner que globalement, les Actes uniformes donneraient satisfaction sur le plan qualitatif. Cependant, on le sait, « le diable gît dans les détails » ! Des difficultés relevées ces huit dernières années dans l'application des Actes uniformes, n'ont pas manqué, à juste titre, d'émouvoir les investisseurs internationaux, et méritent d'être corrigées.

L'exemple le plus fameux, et non le moins grave, est celui relatif à l'exécution provisoire qui a donné lieu au non moins fameux arrêt Epoux Karnib de la CCJA (11 octobre 2001).

En substance et grossièrement, la doctrine et les juridictions inférieures étant divisées sur l'interprétation et la portée à donner à cette décision, l'article 32 de l'Acte uniforme sur le Recouvrement prévoit l'exécution forcée des décisions de justice non encore définitives (certes, aux risques et périls du créancier, qui peut voir son titre anéanti ultérieurement, mais s'il devient ou se rend insolvable, comment restituera-t-il ce qu'il a indûment reçu ?), mais pas la possibilité de réclamer une défense à exécution provisoire, garde-fou généralement

prévu dans les procédures commerciales/civiles d'inspiration française. Dès lors, tous les dangers, sinon tous les abus, voire toutes les fraudes, sont à craindre pour les investisseurs internationaux ! Il y a donc urgence à créer un article 32 bis prévoyant que le Président de la Cour d'Appel territorialement compétent ou le Président de la Cour Suprême, peut surseoir à l'exécution provisoire, en cas d'erreur manifeste ou de risque de dommage irréparable, ou obliger le créancier à consigner la somme reçue, à titre provisoire.

II.-3) Abandon programmé du français comme unique langue officielle

On ne saurait oublier que l'Eternel, désireux de punir l'orgueil des humains, a détruit la Tour de Babel et instauré la confusion des langues !

A première vue, certes, comment ne pas se féliciter qu'en octobre 2005, le Conseil des Ministres de l'OHADA ait proposé qu'une prochaine révision du Traité prévoie l'anglais, l'espagnol et le portugais pour langues officielles de l'OHADA aux côtés du français ?

Pour autant, cette mesure doit être mise en musique : on songe d'emblée, au coûteux recours aux interprètes et traducteurs, mais quid de la traduction dans ces trois langues, surtout la langue anglaise, de concepts juridiques français, notamment inconnus du droit anglo-saxon ? Lorsque, pour le besoin de la démonstration, un investisseur anglophone et un investisseur lusophone monteront une joint-venture en Guinée Equatoriale, quelle sera la langue du contrat, quelle sécurité juridique procurera ledit contrat, possiblement examiné par la CCJA ?

A partir du moment où l'anglais accédera au statut de langue officielle, il y a peu de risque à parier que, suivant en cela la pratique internationale en droit des affaires, l'anglais, nouvelle *lingua franca*, supplantera dans la vie de l'OHADA, le français, et surclassera les deux autres langues. Pourquoi pas, mais l'anglais est intrinsèquement vecteur de concepts de *common law* : quel sort réserver à ces derniers ? Les intégrer ? Un peu, beaucoup ?

Méfions-nous d'installer une cacophonie qui ne pourrait, contre toute attente, que refroidir les ardeurs déjà tièdes, des investisseurs internationaux.

II.-4) Persistance des frontières

Il est notoire qu'en dépit de l'existence de l'UEMOA, de la CEDEAO et de la CEMAC, le franchissement des frontières terrestres, maritimes et aériennes reste source de stress et d'aléas dans la sous-région. Les mentalités administratives n'ont pas suivi totalement les progrès de l'intégration africaine ; on peut en sourire, s'en satisfaire... mais il n'est pas sûr qu'un potentiel investisseur international y trouve des raisons de faire des affaires en Afrique.

Dans le prolongement du Professeur Meyer, on doit appeler, d'une part, à la fusion des institutions régionales concurrentes et largement superfétatoires, et d'autre part, à la mise en place effective d'une zone de libre circulation des hommes, des biens et des services.

II.-5) Etat de droit et démocratie

In fine, dans l'esprit du point précédent, n'ayons pas peur d'enfoncer des portes ouvertes : lorsque la guerre civile couve ou règne, que la corruption, l'impérialisme et l'impunité sévissent, que l'arbitraire administratif et judiciaire se donne libre cours, les meilleures normes du monde n'inciteront pas à investir, même si la zone regorge de richesses humaines et matérielles.

Multiplier les exemples de « mauvaises pratiques », à l'appui du présent propos, serait un exercice aussi vain que déprimant.

L'Etat de droit est une illusion hors la démocratie. Précisément, la démocratie est-elle de mise dans toute la zone OHADA ?