

LEX4 MAGAZINE

DROIT | BUSINESS | INVESTISSEMENT | NOUVELLES TECHNOLOGIES | OHADA | AFRIQUE | AVOCAT | OFFERT - FREE | N°1 JANV. 2019 | WWW.LEX4.COM

OHADA BUSINESS LAWYER'S REVIEW 2019

LE CLASSEMENT DES CABINETS D'AVOCATS

TOP 25 des meilleurs
cabinets d'avocats spécialisés
en droit OHADA

PAROLE D'EXPERT

**Entretien avec le
cabinet HOUDA**

p.11

DATA & INNOVATION

Privacy by design

Pour une meilleure culture de
l'innovation en Afrique

p.21

DOSSIER SPÉCIAL

**La réglementation
de la monnaie
électronique dans
l'espace OHADA**

p.26

FINANCEMENT

**Complexité
et risques du
mécanisme de
LBO dans l'espace
OHADA**

p.42





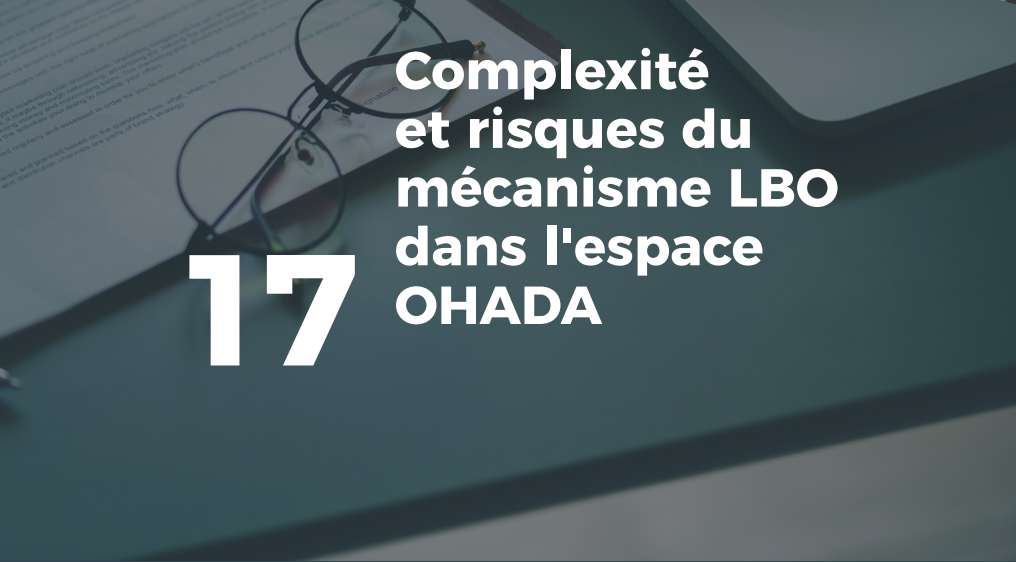
TOP 25 des meilleurs cabinets d'avocats

5



La réglementation de la monnaie électronique dans l'espace OHADA

26



Complexité et risques du mécanisme LBO dans l'espace OHADA

17

SOMMAIRE

Classements

- 5 Classement des 25 meilleurs cabinets d'avocats spécialisés en droit OHADA
- 7 Cabinets d'avocats : la sélection de la rédaction

Parole d'experts

- 11 Entretien avec le Cabinet HOUDA
- 13 Investissements étrangers dans les infrastructures publiques et le secteur minier
- 20 Les difficultés de la compensation des dettes à l'égard des personnes publiques
- 21 Privacy by Design : pour une meilleure culture de l'innovation en Afrique
- 23 Bonne gouvernance : Et si l'exemple venait du secteur privé ?
- 26 La réglementation de la monnaie électronique dans l'espace OHADA
- 28 La promotion des investissements privés en droit togolais
- 33 De l'adéquation de l'Acte uniforme sur la médiation aux conflits de travail en droit togolais
- 35 L'arbitrage et les procédures de recouvrement
- 40 L'arbitrage à l'heure des grèves des magistrats et des greffiers en Afrique
- 42 Complexité et risques du mécanisme LBO dans l'espace OHADA

Fondateur Cédric Dubucq
Directeur de la publication David Ybert de Fontenelle
Rédacteur spécialisé Issifou Agbam

Ont collaboré à ce numéro

Cabinet Bruzzo Dubucq | Régine D'Almeida Mensah | Danielle Moukouri Djengue | Virgile Ngassam Njiké | Jacques Nyemb | Khaled Abou El Houda | Colette Joséphine Siewé | Karine Mazand-Mbumba

Afrique d'aujourd'hui et de demain !



Achille AGBE
Directeur Général
de **Lex4.com**

Le développement de l'Afrique à la fois endonège (politique, société, économie, culture) et la teneur de ses relations multilatérales (diplomatie, lobbying, transfert de technologie, etc...), qui l'anime constamment doit se bâtir sur une base juridique forte, garante de sa pérennité.

L'exemplarité du Droit OHADA, un droit moderne, progressif, innovant, unifié et conciliant attire et force l'admiration du monde. d'inspiration française, le droit ohada a su imprimer son empreinte africaine, en puisant sa force et sa légitimité. Faut-il avoir besoin de principes dès lors que l'on dispose de lois censées apporter des solutions aux fins notamment de sécuriser la société.

De ce fait, elle est un vecteur de sécurité, les principes venant le cas échéant en complément de la loi occupent normalement une place secondaire dans l'ordonnement juridique.

Portalis recommandait de ne point introduire de principes dans le Code civil tandis que pour Carbonnier, les principes ne servent qu'à combler les lacunes du Droit écrit. Mettre en évidence ce droit au cœur de la société Africaine, le préserver et le promouvoir auprès du justiciable, voilà le programme de Lex4, et ce qui anime notre ligne éditoriale.

Le droit étant en constante évolution et extrêmement complexe pour un profane, l'assistance d'un avocat est primordiale. La pratique de cette profession requiert ainsi

une grande ingéniosité, un professionnalisme avéré, un savoir-faire, un sens élevé d'humanisme et exige une clairvoyance et un savoir-être perpétuel, dans un environnement devenu désormais ultra compétitif.

Notre premier magazine, qui propose un classement annuel des Meilleurs Cabinets d'Avocats d'Affaires OHADA, toutes spécialités confondues, et quelque soit leur taille, destiné aux décideurs, dirigeants, acteurs économiques, cadres et managers, appréhende les modèles économiques et managériaux de ces cabinets et dresse une cartographie qui se veut la plus objective possible du monde des Avocats d'Affaires.

Offrir dès lors une visibilité plus accrue des professionnels du Droit, mettre en lumière les sujets dominants de l'actualité des affaires en Afrique, démocratiser la culture juridique au bénéfice du justiciable constitue la toile de fonds de notre engagement.

Que nos partenaires qui partagent ces valeurs soient remerciés infiniment d'être à nos côtés.

Vous souhaitant une bonne lecture !

ACHILLE AGBE



OMNIOW

Feed the Bull!



La technologie Blockchain est une véritable opportunité pour l'Afrique. Cabinet de conseils spécialisé en levées de fonds crypto-financières, Omniow vous accompagne sur vos projets les plus ambitieux.



Développement
blockchain



Tokenisation



Conseils
juridiques



Réseau de
partenaires



Gestion
de projets

www.omniow.com

Classement des **25** meilleurs cabinets d'avocats spécialisés en droit OHADA

CABINET D'ALMEIDA MENSAH
CABINET HOUDA
p.7

ETUDE SIEWÉ & SIEWÉ
CABINET NYEMB
p.8

CABINET NFM
CABINET ITIBAR
p.9

CABINET MMT
CABINET D. MOUKOURI AND PARTNERS
p.10

TOP 25

Le Classement Lex4 est une quête du mérite et de la valorisation du savoir-faire professionnel des praticiens du droit OHADA, bâtissant ainsi sur le long terme une tradition d'excellence au service de l'Afrique et du Monde.

Chaque année nous distinguerons de nouveaux Avocats émérites et co-construirons ensemble, pour notre espace harmonisé, une élite d'avocats Alumni pour ce label.

CRITÈRES DU CLASSEMENT

- Forme juridique du cabinet et certification
- Volume annuel des dossiers traités
- Pratique professionnelle
- Management du cabinet
- Notoriété et positionnement
- Expertiste

CLASSEMENT DES MEILLEURS CABINETS D'AVOCATS EN DROIT OHADA

RANG	CABINET	PAYS
1er	HOUDA LAW FIRM	Sénégal Côte d'Ivoire
2ème	CLK LAW FIRM	Côte d'Ivoire
3ème	ÉTUDE SIEWÉ & SIEWÉ	Cameroun
4ème	DE GAULLE FLEURANCE & ASSOCIÉS	France
5ème	ITIBAR ET ASSOCIÉS	Comores
6ème	FRILET & ASSOCIÉS	France
7ème	CABINET D'ALMEIDA MENSAH	Gabon
8ème	CABINET DJOGBENOU	Bénin
9ème	CABINET NYEMB	Cameroun
10ème	CABINET NFM	Cameroun
11ème	CABINET MMT AVOCATS	France
12ème	GIDE LOYRETTE AARPI	France
13ème	MARTIAL AKAKPO & ASSOCIÉS	Togo
14ème	CABINET HSF	France
15ème	CABINET BAKANDJEDJA	RDC Congo
16ème	GAILLARD-AMARIS & ASSOCIÉS	France
17ème	LIEDEKERKE AFRIKA	Congo Belgique
18ème	CABINET TOBLE & ASSOCIÉS	Togo
19ème	SD AVOCATS	Guinée Conakry
20ème	ICT AVOCATS	Côte d'Ivoire
21ème	EMERGENCY LEGAL	France
22ème	SCPA ROBERT DOSSOU	Bénin
23ème	CABINET D. MOUKOURI AND PARTNERS	Cameroun
24ème	CHAZAI & PARTNERS	Cameroun
25ème	UGGC AVOCATS	Maroc



Régine d'ALMEIDA MENSAH

regine_dalmeida@yahoo.fr

+ 241 01 56 59 61

+ 241 07 52 88 40

Cabinet d'ALMEIDA MENSAH

Créé en 2002 par Maître Régine d'ALMEIDA MENSAH, le cabinet est doté de professionnels hautement qualifiés, dont un arbitre intervenant directement auprès de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (CCJA de l'OHADA). Maître d'ALMEIDA MENSAH intervient en outre comme Conseil auprès de la Cour Pénale Internationale.

Grâce au dynamisme et à la réactivité de son équipe, le cabinet connaît un développement constant dans l'accompagnement, l'assistance et la représentation des opérateurs économiques et des particuliers.

Outre assister et conseiller nos clients devant les tribunaux, nous proposons également à nos clients, pour des raisons de célérité et maîtrise de coût, les modes alternatifs de règlement de litiges afin de les aider à préserver leurs relations d'affaires. Notre équipe a ainsi acquis un savoir-faire dans ce domaine.

Le cabinet d'ALMEIDA MENSAH a un système de veille juridique, une documentation actualisée sur les évolutions législatives et les développements de la jurisprudence nationale, communautaire et internationale.

Compétence – Savoir Faire – Efficacité : telles sont les 3 valeurs fondamentales de notre cabinet qui nous guident et nous permettent d'être opérationnels et de trouver des solutions rapides face à des situations complexes.

Activités :

- Droit des sociétés
- Arbitrage / Médiation
- Négociation, rédaction et études de contrats
- Droit social
- Droit pénal des affaires
- Assurance / Banque
- Propriété intellectuelle / Médias

Pays :

- Gabon
- Bénin
- Cameroun
- Côte d'Ivoire
- Togo
- France

Cabinet HOUDA

Activités :

- Banque et finance
- Mine, pétrole et gaz
- Corporate
- Droit des sociétés/ Fusion-acquisitions/ Restructuration
- Droit fiscal
- Contentieux des Affaires et Arbitrage
- Entreprises en difficultés
- Contrats commerciaux
- Due diligences
- Propriété intellectuelle
- Immobilier/Construction

Pays:

- Sénégal
- Côte d'Ivoire
- Pays membres de l'UEMOA

Le Cabinet représente et assiste une clientèle locale et étrangère, composée de groupes internationaux, de fonds d'investissement, d'établissements de crédits ainsi que de sociétés commerciales, conseillant ainsi leurs dirigeants et actionnaires dans des secteurs d'activité très variés. Dans chacune des régions UEMOA et OHADA, nous nous engageons à mettre au service de nos clients notre parfaite connaissance des marchés locaux, ainsi que notre expertise régionale.

A ce titre, sous la gestion de Maître Houda, qui exerce aux barreaux de l'Ordre des Avocats du Sénégal et de la Côte d'Ivoire, le Cabinet, comptant une équipe d'avocats et de conseillers juridiques spécialisés intervenant en français et en anglais, intervient dans tous les domaines du droit notamment plus fréquemment en droit des affaires, en liquidation de société, en procédure de redressement judiciaire, en recouvrement de créances ainsi qu'en contentieux fiscal.

Le Cabinet Houda a développé une large expertise en matière de contentieux des affaires et est à même d'accompagner et défendre ses clients dans le cadre de l'ensemble des procédures qu'ils seraient amenés à subir et/ou à initier au niveau des Cours et Tribunaux et des Centres d'arbitrage.

Nous assistons nos clients dans le cadre de leurs opérations de restructurations (fusions, scissions, apports partiels d'actifs, Transfert Universel de Patrimoine...) et dans les opérations de prise de participation (capital investissement, capital-risque), de cession ou d'acquisition de titres et/ou d'actifs. Nous intervenons à tous les niveaux depuis le Legal due diligence jusqu'à la rédaction des documents juridiques contractuels ainsi que les formalités légales requises afin de sécuriser les intérêts de nos clients.



Khaled Abou EL HOUDA

houda@avocatshouda.com

+221 33 821 47 22

www.avocatshouda.com



Colette Joséphine SIEWÉ
 colette.josephine.sieweavocate@hotmail.fr
 +237 677 752 957
 +237 243 024 670

Étude SIEWÉ & SIEWÉ

Le Cabinet a une pratique multidisciplinaire avérée en droit international et des affaires (Sociétés nationales et étrangères, Banques et Assurances, Investissements étrangers), droit de la famille, divorce, adoption, succession, droit aérien, droit maritime, transport, environnement, litiges. Il conseille, représente et défend ses clients dans le cadre de procédures judiciaires et extra-judiciaires, contentieuses et non-contentieuses. Le Cabinet a par ailleurs une Arbitre et Médiatrice Internationale.

Nous assistons et défendons régulièrement nos clients dans le cadre de leurs investissements en général et les entreprises étrangères dans leur implantation au Cameroun et en Afrique. Les Avocats associées de notre Cabinet ont de solides formations et pratiques professionnelles nationales et internationales en Droit Civil et en Common Law dans nos domaines de compétences en ce que Me Anne SIEWÉ, fondatrice du Cabinet depuis 1974 et Avocate au Barreau du Cameroun est par ailleurs ancien Avocat à la Cour d'Appel de Paris (France) et Me Colette Joséphine SIEWÉ (fille aînée de Me Anne SIEWÉ) est Avocate au Barreau du Québec (Canada) et au Barreau du Cameroun. Nous suivons régulièrement entre autres les procédures de recouvrement, saisie immobilière, Transports, accidents de la circulation et assurances, successions, litiges divers.

Activités :

- Banque et financement
- Assurance
- Arbitrage
- Médiation
- Droit des affaires
- Contentieux général des affaires
- Droit international privé
- Investissements étrangers
- Droit des transports
- Propriété intellectuelle

Pays :

- Cameroun
- Côte d'Ivoire
- Gabon
- Nigeria
- France
- Allemagne
- Angleterre
- Belgique
- Italie
- Suisse
- Canada
- USA

Cabinet NYEMB

- Activités :**
- Corporate & Private Equity
 - Investissements sur projet, Banque & Finance
 - Politiques Publiques et Règlementation
 - Contentieux et résolutions des différends (Arbitrage et Médiation)
 - Restructuration fiscale
 - Administration juridique (Gouvernance, conformité)

Pays:

- Cameroun
- République du Congo
- République Centrafricaine
- Tchad
- Guinée équatoriale
- Egypte
- Gabon
- Côte d'Ivoire
- Libéria
- Niger
- Nigéria
- Sierra Leone
- Togo

Fondé en 1996 par Jacques Nyemb, le Cabinet est l'un des principaux cabinets d'avocats indépendants en Afrique Subsaharienne, reconnu pour sa capacité à offrir à ses clients des solutions innovantes et intégrées dans le cadre de leurs dossiers locaux et transnationaux. Fort d'une équipe de près de 15 avocats et juristes, le Cabinet Nyemb a développé une pratique reconnue aussi bien en contentieux qu'en conseil. Bien plus qu'un conseil juridique, le Cabinet Nyemb est un conseil de premier ordre, offrant à ses clients une approche de terrain et une compréhension nuancée du contexte politique et économique de la région.

Le Cabinet intervient régulièrement en qualité de représentant des sociétés locales et internationales, des banques et autres institutions financières, ainsi que de nombreuses entreprises publiques, gouvernements et autorités publiques.

Sa clientèle est diversifiée et évolue dans divers secteurs : Banque, Assurance, Services Financiers, Construction, Produits de consommation, Distribution ; Transports & Logistique ; Télécommunications, Médias et Technologies ; Pétrole et Gaz, Ressources minières et naturelles , etc.

Le Cabinet permet aux différents acteurs économiques de maîtriser les risques liés à leur environnement et saisir avec succès de nouvelles opportunités. A cet effet, Il accompagne dans la phase préparatoire de leur démarche mais également au cours des opérations locales et internationales qu'ils entendent mener.



Jacques NYEMB
 cabinet@cabinetnyemb.com
 + 237 233 43 41 01



Virgile NGASSAM NJIKÉ
virgile.ngassam@nfm.cm
+ 237 233 43 73 99

Cabinet NFM Avocats Associés

Par son apport en matière de fusions et acquisitions, droit de la concurrence, droit bancaire, droit de l'énergie et contentieux général des affaires, le cabinet NFM Avocats et Associés accompagne le développement, en assistant et conseillant, aussi bien les grandes entreprises que les PME.

Depuis sa création, NFM Avocats et Associés intervient régulièrement en conseillant de grandes institutions financières. Il intervient également aux côtés des investisseurs pour négocier les conditions de leur entrée au capital des sociétés. Le cabinet offre dès lors à ses clients une grande expertise en contentieux liés au droit des affaires.

Activités :

- Contentieux général des affaires
- Droit de la concurrence en Zone CEMAC
- Droit du travail
- Droit commercial général
- Fusions / Acquisitions
- Droit des sociétés
- Droit de l'énergie
- Droit du transport

Pays :

- Cameroun

Cabinet ITIBAR

- Activités :**
- Droit des sociétés
 - Droit des Investissements
 - Droit des Partenariats Publics-Privés
 - Droit bancaire
 - Droit social
 - Droit de la propriété intellectuelle

Pays:

- Comores
- Madagascar

Fondé par Maître Aïcham ITIBAR, Avocat à la Cour, Expert en Droit des Affaires OHADA, ITIBAR & AVOCATS ASSOCIES est un cabinet d'Avocats intervenant dans le domaine du Droit des Affaires situé à Moroni, Union des Comores. Structure à taille humaine comportant deux avocats permanents et trois collaborateurs externes inscrits au Barreau de Moroni, le cabinet ITIBAR & AVOCATS ASSOCIES entretient un échange nourri et constructif avec chacun de ses clients pour mettre en oeuvre des solutions personnalisées. Avec son réseau de collaborateurs nationaux et dans la région de l'océan indien, le cabinet ITIBAR & AVOCATS ASSOCIES est en mesure de satisfaire aux demandes de ses clients aussi bien en conseil qu'en contentieux dans l'ensemble de la sous-région de l'Océan Indien



Aïcham ITIBAR
cabinet@iaa-avocats.com
+ 269 444 87 40
www.iaa-avocats.com



**Karine MAZAND-MBOUMBA
TCHITOUA**
karinemmt@mmt-avocats.fr
+33 7 67 27 58 66

Cabinet MMT

Le cabinet accompagne ses clients dans la mise en œuvre, optimisation et sécurisation de leurs projets d'entreprise et d'activités sur internet. Il assiste et conseille en droit des affaires avec un accent sur le contract management, et en propriété intellectuelle et industrielle dans les étapes nécessaires à la conception, protection, valorisation et exploitation de leur patrimoine immatériel. Il assiste également ses clients lors de la conception de sites ou d'applications et dans la mise en conformité en protection des données (privacy by design).

Le cabinet entend accroître ses services de Délégué à la protection des données (DPO) et de Digital legal officer en accompagnant plus de projets de transformation digitale avec une approche basée sur le legal design.

Activités :

- Droit de l'internet et du web
- Droit des technologies de l'information et de la communication
- Propriété intellectuelle et industrielle
- Droit des affaires
- Droit de la sécurité informatique et de la protection des données personnelle

Pays :

- France
- Espagne
- Gabon
- Togo
- Sénégal
- Bénin
- Cameroun
- Côte d'Ivoire

Cabinet D. MOUKOURI AND PARTNERS

Activités :

- Droit commercial
- Droit des sociétés
- Fusions / Acquisitions
- Arbitrage
- Restructuration des entreprises
- Recouvrement de créances
- Procédures collectives
- Financement
- Droit bancaire
- Sûretés
- Concurrence en zone CEMAC
- Droit social / Sécurité sociale
- Investissements
- Marchés publics
- Procédures civiles, commerciales et administratives
- Négociations

Spécialisé en Droit des affaires de l'OHADA, le cabinet D. Moukouri & Partners offre une assistance juridique de choix aux particuliers et aux entités du secteur privé et du secteur public. Il est une référence en matière de constitution et restructuration d'entreprises, de fusions-acquisitions, de recouvrement des créances ainsi que dans le financement des projets, y compris ceux financés par la Banque Africaine de Développement.

Notre savoir-faire s'étend à l'accompagnement dans l'exécution des projets d'investissement. A cet effet nous mettons en œuvre des stratégies juridiques efficaces et nécessaires au succès des projets dans l'espace OHADA.

Forts de leurs expériences internationales, les membres du cabinet D. Moukouri & Partners n'hésitent pas à mettre leur multiculturalisme au service des clients. Nos langues de travail sont le Français, l'Anglais et l'Espagnol. S'agissant du contentieux, notre expertise est régulièrement sollicitée en droit des affaires, en droit de tradition civiliste et en Common Law.

Pays :

- Cameroun
- Royaume-Uni
- Nigeria
- Gambie
- France



Danielle MOUKOURI DJENGUE
info@moukourilaw.com
+237 233 42 25 44

.....
« Le travail est
surtout une
perpétuelle remise
en cause de l'idée
que rien n'est acquis
et que tout est à
refaire [...] »

ENTRETIEN AVEC
Khaled Abou EL HOUDA
Cabinet HOUDA

Quel est l'origine de votre idée ou de votre ambition de devenir avocat ?

K.H Après mes études en sciences juridiques, j'ai intégré en 1997 le Cabinet d'Avocats auquel j'appartiens aujourd'hui. Notre Cabinet était géré par Feu Maître Mohamed Salim Kanjo qui se trouvait être en plus mon oncle maternel et que j'ai rejoint 20 ans plus tard.

A quel public cible votre cabinet s'adresse à titre principal ?

K.H Le Cabinet représente et assiste une clientèle d'investisseurs et d'opérateurs locaux et étrangers composée de groupes internationaux, de fonds d'investissement, de banques, d'établissements de crédits ainsi que pour le compte de sociétés commerciales, de leurs dirigeants et actionnaires et ce, dans des secteurs d'activité très variés.

Quels sont vos objectifs à moyen et long terme ?

K.H Aujourd'hui avec l'ouverture du bureau de Côte d'Ivoire, le Cabinet se veut d'être à dimension régionale (Afrique de l'Ouest). Nous aimerions pour être de plus en plus proche de notre clientèle, ouvrir d'autres bureaux dans la sous-région prochainement.

Quelles sont vos ambitions futures en tant qu'avocat ?

K.H Ouvrir plusieurs autres bureaux et être en mesure d'accompagner au maximum notre clientèle et nos partenaires selon les standards de qualité et de sécurité maximum.

Où se situe votre cabinet ?

K.H Le Cabinet est situé à Dakar- Sénégal, au 66 boulevard de la République, immeuble Seydou Nourou Tall, 1er étage et à Abidjan-Côte d'Ivoire à la Résidence Nabil 1er Etage à Gauche, Rue du Commerce, Plateau.

Quels sont vos conseils que vous donneriez aux jeunes juristes africains ?

K.H J'invite les jeunes juristes africains à bien se former dans les diverses disciplines juridiques, parler plusieurs langues et surtout avoir de la détermination pour pouvoir atteindre les objectifs escomptés.

Comment se démarquer dans l'univers impitoyable du monde des affaires ?

K.H Il faut noter que le monde des affaires est en perpétuel développement. A ce titre, pour se démarquer, il faut sans cesse redoubler d'efforts et travailler aux normes internationales. Il faut cultiver l'esprit du travail bien fait.

Arrivez-vous à concilier votre vie familiale et vos hobbies

K.H Ce n'est pas facile, mais j'essaye toujours de concilier ma vie de famille et mes activités extraprofessionnelles pour trouver un juste équilibre entre les deux.



ZOOM SUR MAÎTRE HOUDA

Avocat Gérant du Cabinet d'Avocats Houda, basé à Dakar ainsi qu'à Abidjan, anciennement dénommé SCP Kanjo et Houda qui avait été fondée par Maître Mohamed Salim Kanjo, Maître HOUDA est également Arbitre à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) d'Abidjan et au Centre d'Arbitrage, de médiation et de conciliation (CAMC) de Dakar, Membre et Secrétaire Général de l'Institut Canadien des mines, de la Métallurgie et du Pétrole Sénégal (ICM SENEGAL) ainsi que Secrétaire Général de la Chambre Américaine du Commerce au Sénégal (AMCHAM SENEGAL).

Le Cabinet Houda et ses membres sont reconnus par Global Chambers, Legal 500, WHO's WHO LEGAL et IFLR 1000 en droit des affaires, droit des sociétés, droit bancaire et financier, droit minier, et en droit pétrolier.

En raison de ses aptitudes linguistiques et celles de son équipe (pratiquant couramment le Français, l'Anglais, le wolof et l'Arabe) et multiculturelles, le cabinet accompagne de nombreux clients de divers pays d'Afrique (Sénégal, Côte d'Ivoire, Mali, Guinée Conakry, Guinée Bissau, Burkina Faso, Bénin, Niger, Togo), d'Europe (Royaume Uni, France, Espagne, Italie, Suisse, Pays-Bas), d'Amérique (Canada, Etats-Unis), d'Asie (Inde, Emirats Arabe Unis, Chine) et d'Océanie (Australie).

Cabinet HOUDA

k.houda@avocatshouda.com

+ 221 33 821 47 22

www.avocatshouda.com

INVESTISSEMENT ÉTRANGERS DANS LES INFRASTRUCTURES PUBLIQUES ET LE SECTEUR MINIER

LES CLÉS DE LA RÉUSSITE

par MARC FRILET, Avocat au barreau de Paris

L'Afrique, qui a toujours été un continent propice aux personnalités entreprenantes et en quête de défis à relever, se révèle progressivement être un monde d'opportunités nouvelles pour les investissements étrangers, en particulier dans les secteurs structurants à la base du développement économique que sont les secteurs des infrastructures publiques et des infrastructures minières. Même si pour l'heure, l'Afrique est rarement une priorité d'investissement pour les grands groupes et pour la communauté financière internationale, cette situation évolue vite comme le confirme les entreprises qui connaissent bien le continent et qui possèdent une vision à long terme. La plupart des indicateurs convergent en effet dans ce sens :

- L'Afrique, située aux portes de l'Europe, compte déjà plus d'un milliard d'habitants et les prévisions en termes de population mondiale indiquent qu'elle pourrait devenir le continent le plus peuplé, devançant la Chine et l'Inde. Selon un rapport des Nations Unies, sa population devrait avoisiner les 2,5 milliards de personnes en 2050, soit 22 % de la population mondiale (et 29 % des jeunes de la planète).

- La communauté internationale s'est engagée à réduire la pauvreté et à cet égard, les regards se portent de plus en plus vers l'Afrique dont les besoins sont probablement plus importants que n'importe où ailleurs dans le monde (41 % de la population y vit en dessous du seuil de pauvreté). Il est désormais reconnu que si le taux de croissance n'atteint pas, en moyenne, 7 à 9 % par an, il est peu probable de parvenir à une réduction significative de la pauvreté et d'atteindre les Objectifs du Millénaire pour le Développement (OMD) fixés par les Nations Unies à l'horizon 2015. L'un des principaux goulots d'étranglement est constitué par l'insuffisance notoire

des infrastructures de service public dont l'existence est essentielle pour le développement économique et la réduction de la pauvreté (électricité, eau, routes, chemins de fer, ports, aéroports et technologies de l'information et de la communication (TIC)). Cette situation coûte en moyenne deux points de croissance économique chaque année et réduit la productivité de près de 40 %. Le coût pour surmonter le problème des infrastructures publiques en Afrique s'élève à près de 93 milliards USD par an et on sait aujourd'hui qu'il manque au moins 40% de cette somme et que l'écart ne pourra être comblé que par des investissements privés à long terme dans ce secteur.

Ces besoins, qui ne sont pas les seuls, doivent être mis en perspective avec l'immense potentiel et les richesses dont l'Afrique dispose, tant pour elle-même que pour le reste de planète :

- Les ressources minières de l'Afrique qui, à ce jour, ont été beaucoup moins bien explorées que celles des autres continents, sont extrêmement importantes et diversifiées ; notamment en ce qui concerne les minerais les plus nécessaires au développement de l'économie mondiale. Le continent africain détient en effet 30 % des réserves mondiales de bauxite et sans doute autant pour le minerai de fer, manganèse, pétrole et gaz. De récents programmes d'exploration dans le secteur du minerai de fer ont déjà livré des résultats extrêmement prometteurs. De nouveaux gisements de classe mondiale sont en cours d'évaluation en Guinée et au Congo-Brazzaville. Des gisements similaires sont également en cours d'exploration en Sierra Leone.

- L'Afrique jouit d'un potentiel sans égal en matière d'agriculture, que ce soit pour répondre à ses propres besoins ou à ceux du reste du monde. De récentes études

ont en effet indiqué que l'Afrique est à même de nourrir plusieurs milliards de personnes et de devenir l'une des sources d'exportation de nombreux produits agricoles (alors que paradoxalement elle en importe en grand nombre aujourd'hui). Actuellement, seuls 12,6 millions d'hectares de terres arables sont exploités et le secteur agroalimentaire en est à ses balbutiements (874 millions d'hectares de terres arables sont en tout disponibles).

- Le potentiel de l'Afrique dans les énergies renouvelables principalement d'origine hydraulique et solaire est considérable et la classe probablement au premier rang mondial.

- Grâce à son bassin forestier qui est le deuxième plus grand au monde, les ressources sylvicoles et la biodiversité africaines constituent un atout majeur pour notre planète et doivent, à ce titre, être préservées et exploitées de manière responsable. Chaque année, le bassin forestier du Congo produit 96,9 millions de mètres cubes de bois. A l'avenir, ces chiffres devraient représenter près de 20 % de la production mondiale.

Les facteurs objectifs exposés ci-dessus se sont jusqu'à maintenant avérés insuffisants, à quelques exceptions près, pour permettre le développement économique durable des États africains et ce pour un ensemble de raisons allant de l'instabilité politique à la corruption, en passant par le manque d'infrastructures essentielles et le faible niveau d'éducation. Ainsi à l'aune des standards internationaux, la plupart des États africains doivent être qualifiés de « fragiles ».

Pareille qualification a, de toute évidence, un effet dissuasif sur les investisseurs étrangers. Si l'on jette un coup d'œil au rapport de la Banque mondiale « Doing Business », dans lequel les États africains, sous réserve de certaines exceptions,

ont un classement très médiocre. Cela est malheureusement suffisant pour écarter l'Afrique des écrans de radar des nombreux investisseurs potentiels. Toutefois, comme on peut le constater sur la base d'exemples concrets, il ne faut pas s'arrêter à « Doing Business » pour évaluer à leur juste mesure les opportunités d'investissement rentables dans le secteur minier et celui des infrastructures de service public.

La suite de cet article se concentre sur les pays africains de droit civil, pour lesquels l'auteur a eu l'occasion de conseiller des investisseurs étrangers et des Etats sur des projets miniers et d'infrastructures depuis plus de 30 ans. Le propos porte essentiellement sur les pays du Maghreb (Maroc, Algérie, Tunisie), les pays francophones d'Afrique sub-saharienne répartis entre pays d'Afrique occidentale de la zone UEMOA (Union Économique et Monétaire Ouest Africaine : à savoir Sénégal, Guinée, Côte d'Ivoire, Niger, Guinée-Bissau et Burkina Faso) et pays d'Afrique centrale de la zone CEMAC (Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale : à savoir Cameroun, République de Centrafrique, Congo-Brazzaville et Tchad) et enfin Madagascar. Les praticiens s'accordent aujourd'hui pour reconnaître l'existence de signes tangibles d'amélioration dans de nombreux pays. Contrairement aux idées reçues et en dépit de la crise financière, les opportunités de projets rentables et résilients à long terme sont de plus en plus nombreuses pour le secteur privé dans le cadre des infrastructures publiques ou minières.

Cette situation est le fruit d'une meilleure diffusion d'information sur

les conditions de la réussite des projets d'investissement à long terme et d'une meilleure compréhension de toutes les parties prenantes (ceci vaut aussi bien pour le secteur privé que le secteur public qui se méfie souvent du secteur privé). Les leçons des expériences heureuses et malheureuses de la dernière décennie aboutissant au constat très largement partagé qu'il est nécessaire pour réussir de promouvoir une nouvelle « approche partenariale », elle-même encadrée par une meilleure sécurité juridique tant au niveau de la réglementation que de sa mise en œuvre :

- S'agissant des conditions de l'investissement massif du secteur privé dans les infrastructures de service public qui est désormais unanimement souhaité, la Banque mondiale a montré la voie dans son Plan d'action pour des infrastructures durables de juillet 2008. Cette publication a été suivie de diverses d'études et de rapports parmi lesquels la publication du guide de référence « Attirer des investisseurs pour des partenariats public-privé en Afrique » par le PPIAF (Public- Private Infrastructure Advisory Facility, (2009)) qui est devenu une bible pour les investisseurs avisés. En effet, le guide dresse un tableau détaillé des enjeux et des précautions à prendre ainsi que des priorités à mettre en œuvre pour atteindre les résultats escomptés. Il place au tout premier rang la mise en place d'un cadre institutionnel, juridique et contractuel clair et simple, qui soit appliqué de manière efficace et professionnelle dans le respect des bonnes pratiques internationales.

- Il existe également un consensus croissant sur la nécessité d'affecter davantage de ressources à l'exploration,

.....
« L'Afrique est rarement une priorité d'investissement pour les grands groupes et pour la communauté financière internationale [...] »



l'évaluation et l'exploitation des gisements miniers en Afrique.

Un autre consensus s'est dégagé pour promouvoir un « partenariat » d'un genre nouveau et un ensemble de « bonnes pratiques » contribuant à sécuriser le climat d'investissement. Pour tout investissement à long terme dans des secteurs clés d'infrastructures publiques et minières, pour lesquels dans les pays africains de droit civil l'État sera toujours amené à jouer un rôle majeur de gendarme et de « grand frère », il est impératif de se doter de contrats à long terme juridiquement solides au moment de leur conclusion mais également résiliants. Ces contrats doivent s'accompagner « d'accords » comportant plusieurs niveaux de sanctions judiciaires dans le cadre d'une répartition de risques et de bénéfices prenant en compte les usages, normes et bonnes pratiques. Les leçons qui ont été tirées au fil des ans sur la base de nombreux projets développés dans des pays africains indiquent que des accords pérennes sont possibles même dans des États fragiles, mais sous certaines conditions uniquement. Ces conditions, qui doivent être transparentes et aboutir à des obligations contractuelles sanctionnées légalement, diffèrent substantiellement des conditions et des paradigmes financiers des projets développés dans d'autres zones géographiques. L'approche des négociations doit également être différente de celle mise en œuvre dans les autres régions du monde.

L'approche « partenariale », si elle est bien organisée, permettra d'aboutir à un projet conçu et mis en place de façon telle que sa contribution au développement économique et au bien-être des populations repose sur des principes clairs auxquels toutes les parties prenantes adhèrent sans réserve. Elle doit être conçue de façon à produire des résultats tangibles à chaque étape de développement du projet et tenir compte de l'ensemble du contexte socio-économique qui l'entoure et de son évolution possible (projets inclusifs). À cet égard, il apparaît que l'époque où le secteur privé négociait sur la base de la contribution du projet aux recettes fiscales du pays ou de la collectivité appartient sans doute au passé. Les enseignements tirés de la situation de plusieurs pays pétroliers ou miniers qui n'ont pas réussi à utiliser efficacement les recettes budgétaires issues de l'exploitation des leurs ressources naturelles pour améliorer le bien-être de leurs populations doit être une leçon pour tous (privé comme public). La réalité est que les États fragiles éprouvent de grandes difficultés à affecter de manière efficace leurs recettes fiscales à la création d'investissements structurants de service public à la base du développement économique et la réduction de la pauvreté. Ils se montrent donc de plus en plus intéressés par la

possibilité de « Sous-traiter » certains aspects de leur développement aux investisseurs.

Lorsque cette approche est organisée de façon réaliste dans un cadre économique et financier acceptable au regard des standards internationaux (ce qui est fréquemment possible si l'on se réfère à quelques expériences récentes emblématiques), sa contribution à la sécurisation juridique d'un projet minier ou d'infrastructures publiques sur le long terme est souvent déterminante.

I. Contexte institutionnel et juridique des participations privées dans les infrastructures publiques et les projets miniers

a) Contexte historique

Les pays africains de droit civil, comme la majeure partie du continent africain, possèdent une longue tradition d'investissement et de gestion privés des infrastructures de services publics et des projets miniers. Les partenariats associant le secteur public et le secteur privé ne sont pas un concept nouveau puisque des concessions de service public dans l'eau, l'électricité, les ports et les chemins de fer se sont développées dans plusieurs pays dès la fin du XIX^e siècle et ont largement contribué à leur développement économique (dans la lignée des grandes traditions d'origine française) et dans un contexte contractuel bénéficiant d'un droit des contrats publics original et équilibré. En Afrique, l'histoire moderne remonte à l'indépendance, soit à plus ou moins 50 ans. Il est important de garder à l'esprit qu'à cette époque, la plupart de ces pays étaient régis par un système de droit civil de tradition française. Ce système s'était développé, pendant un siècle environ, pour donner lieu à un ensemble de réglementations et pratiques spécifiques qui tiennent compte du contexte local (ex. propriété foncière et utilisation informelle des terres, développement des mécanismes ad hoc de prévention et résolution des litiges, etc.). Le droit des sociétés s'est également largement inspiré du droit français des sociétés. Le code civil et droit des contrats étaient quant à eux quasiment identiques au droit français. En outre, l'organisation administrative, et plus particulièrement le rôle institutionnel de l'administration dans ses relations

quotidiennes avec les citoyens et les entreprises, était dans une large mesure le reflet de la situation en France et de sa tradition d'État-providence.

Dans ce système, les décisions administratives sont soumises à une sanction judiciaire et régies par un droit administratif souvent impératif

et développé principalement par la jurisprudence. La bonne compréhension de ce particularisme s'avère souvent déterminant pour la réussite ou de l'échec des grands investissements étrangers. En effet, la France et les États africains de droit civil ont développé un ensemble de principes juridiques fondés sur l'équité, qui régissent les relations entre secteur privé et secteur public. Ces principes englobent une large jurisprudence de qualité font la structuration est telle qu'on peut parler d'un véritable droit des contrats publics, dont l'objectif de répartir et réglementer « équitablement » les risques entre le secteur public et le secteur privé (en particulier pour les situations à la fois prévisibles et inconnues liées à l'adéquation des services aux besoins des usagers au fil des ans).

C'est dans ce contexte général, dans lequel les administrations nationales et locales ont un grand pouvoir de nuisance potentiel mais où le secteur privé est de son côté loin d'être désarmé juridiquement, que les grands projets miniers et d'infrastructures à participation privée ont commencé de se développer.

Néanmoins pour les projets miniers les plus importants, il a été reconnu que ces facteurs déjà bien avancés par rapport à d'autres systèmes juridiques n'étaient pas suffisants et qu'un niveau de sécurité supplémentaire était nécessaire. Ce niveau supplémentaire de sécurité juridique qui a largement contribué à améliorer la gouvernance et le développement économique de régions entières, a pris en général la forme de « Convention d'Établissement » ou encore « Convention de Base ». Celles-ci correspondent plus ou moins à un accord cadre de protection des investissements ayant le statut de loi spéciale (prévalant sur le droit commun des pays).

b) Situation actuelle

Malgré les crises politiques qui secouent plusieurs pays, la plupart des États africains de tradition civiliste ont modernisé leur cadre institutionnel et juridique. Cette amélioration a été possible grâce à différents niveaux de réforme juridique et réglementaire. Les résultats sont très significatifs, tant au niveau général que sectoriel.

i) L'OHADA

Dès 1993, 16 États africains de droit civil ont convenu de moderniser et uniformiser leur réglementation dans le cadre d'un processus unique de refonte et modernisation, baptisé « OHADA » (la République démocratique du Congo en est le 17^{ème} État membre). L'OHADA est basé sur un traité international signé à Maurice en 1993 à la demande d'un

conseil rassemblant les ministres de tous les États membres. Elle se compose actuellement de huit Actes uniformes, rédigés dans la tradition de codification propre au droit civil. Ces Actes réglementent les aspects essentiels de l'activité commerciale, notamment : droit commercial général, le droit des sûretés, droit des procédures de recouvrement et voies d'exécution, droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêts économiques, droit des procédures collectives d'apurement du passif, droit de l'arbitrage, droit relatif à l'organisation et l'harmonisation des comptabilités des entreprises et contrats de transport de marchandises par route.

Les Actes de l'OHADA, qui représentent un effort sans précédent d'harmonisation et de modernisation du droit entre divers pays, sont généralement bien acceptés. Ils ont été conçus dans l'optique d'être simples, faciles à comprendre et à appliquer, bien ancrés dans la tradition juridique et la pratique commerciale, tout en tenant compte des leçons tirées des meilleures pratiques internationales. Afin de permettre une éducation juridique progressive et une mise en pratique effective, plusieurs dispositions des Actes ont force obligatoire, sans qu'il soit possible d'y renoncer (dispositions d'ordre public). Le contenu des Actes de l'OHADA a donné lieu à de multiples commentaires et analyses, plus particulièrement concernant les objectifs de sécurisation des projets d'investissement chers à la communauté des bailleurs. Dès 1999, l'IBA a organisé une conférence majeure au Cameroun, au cours de laquelle les évaluations de l'OHADA par le monde juridique américain ont fait l'objet de débats et lors de laquelle l'OHADA a été saluée comme un effort très positif pour favoriser les investissements étrangers.

Après dix ans de mise en œuvre, le bilan est globalement positif même si plusieurs textes d'application manquent encore à l'appel au niveau étatique et même si certaines institutions essentielles pour la sécurisation des investissements doivent encore être organisées ou devenir pleinement opérationnelles (tel est le cas pour le Registre du commerce et du crédit immobilier). Certains Actes sont déjà révisés ; de nouveaux en préparation (le droit des contrats et le droit du travail). Globalement, il est indéniable que l'OHADA a amélioré le niveau de sécurisation notamment en matière de droit des sociétés, de transport, des faillites, de comptabilité et d'arbitrage.

ii) Traités de protection des investissements

Les États africains de tradition civiliste ont conclu plusieurs traités d'investissement, qui jouent un rôle important pour les investisseurs étrangers désireux d'investir dans les infrastructures publiques ou le secteur minier. Ces traités peuvent être de nature multilatérale ou bilatérale.

- De nombreux traités bilatéraux ont été signés avec la France sous une forme assez classique, mais également avec d'autres pays.

- Des traités régionaux ont également été conclus, tels que la charte des investissements de la CEMAC, qui s'applique aux États francophones d'Afrique centrale appartenant à la zone monétaire de la CEMAC (basée sur une devise unique (FCFA) indexée sur l'euro). La charte des investissements de la CEMAC prévoit, par exemple, que les États membres s'engagent à promouvoir l'état de droit et une sécurité juridique et judiciaire, ainsi qu'à mettre en place le Traité de l'OHADA. Elle veille également à ce que les États garantissent le bon fonctionnement du système économique. Des dispositions spéciales concernent les relations de partenariat à développer avec le secteur privé et l'article 7 de la charte fait état de ce qui suit : « Les États membres font confiance à l'efficacité du secteur privé pour impulser le développement et la croissance économiques. Ils entendent associer le secteur privé à la définition de stratégies et à la solution des problèmes de développement. »

La charte fait également la promotion de l'instauration d'un cadre fiscal et douanier simple et équitable. Elle reconnaît qu'il est essentiel de moderniser l'administration des impôts et des douanes.

iii) Codes ou chartes d'investissement

Plusieurs pays ont promulgué des codes ou chartes d'investissement, qui préconisent souvent des principes similaires à ceux énoncés dans les traités bilatéraux ou multilatéraux, en matière de garantie des investissements, rôle du secteur privé, traitement équitable, etc.

iv) Réglementations sectorielles

Les réglementations sectorielles indispensables pour garantir un projet d'investissement dans le secteur minier et les infrastructures publiques ont fleuri dans les pays africains de droit civil.

v) Secteur minier

Tous les pays miniers qui offrent de véritables perspectives en termes de développement minier se sont dotés de codes miniers depuis de nombreuses années. A la fin des années 1990, ces codes ont été modernisés dans plusieurs pays, en tenant compte des leçons apprises, et le processus d'actualisation se poursuit.

Toutefois, depuis le début de ce siècle, la majeure partie de la structure et de l'organisation des codes, ainsi que leurs principes de base sont solidement établis et ne diffèrent pas fondamentalement d'un pays à l'autre. Ces codes tiennent compte des traditions juridiques qui s'appliquent à ces pays, par exemple en ce qui concerne : la nature et le périmètre des licences et permis, la propriété du gisement, l'obligation d'investissement et de développement, la réduction de la taille du gisement lors du renouvellement des licences expirées, la cessibilité des permis, les régimes fiscaux et de redevances, les dispositions sur la protection des investissements, les régimes fiscaux et douaniers etc.

Madagascar a promulgué, additionnellement à son code minier, une loi détaillée portant sur les grands investissements miniers (Loi n°2001-031 d'octobre 2008). Cette loi organise de nombreuses procédures et garanties pour les investissements miniers au-delà d'un certain seuil. Lorsqu'un projet est soumis à cette loi, il bénéficie ainsi de garanties renforcées pour protéger les investissements (y compris une clause étendue de stabilisation juridique et réglementaire, qui est généralement considérée comme un facteur important dans la décision d'investir ou non).

vi) Participations privées dans les infrastructures de service public

Au plan strictement juridique, il n'est généralement pas nécessaire dans les pays africains de droit de créer une législation nouvelle sur les participations privées dans les infrastructures de service public étant donné que la plupart de ces pays ont déjà pu conclure des concessions de service public ou d'affermage et ce depuis de nombreuses années. Ces formes contractuelles qui sont les formes les plus complexes de partenariat sont les seuls types de PPP qui peuvent se développer à grande échelle car elles n'augmentent pas significativement la dette publique. Plusieurs pays ont néanmoins promulgué des réglementations dans ce domaine. C'est notamment le cas de la Guinée et du Sénégal (lois générales) à la fin des années 1990, de Madagascar (eau et électricité), ainsi que du Cameroun et de la Tunisie il y a quelques années.

vii) Environnement

Ces 20 dernières années, les réglementations environnementales se sont progressivement développées en vue de limiter les désastres écologiques qui ont été largement médiatisés par le passé. L'effort consenti pour améliorer la réglementation dans ce domaine a été rendu possible grâce à l'intervention d'organismes multilatéraux, et plus particulièrement du Groupe Banque mondiale. Certains pays, comme Madagascar, ont été de vrais bancs d'essai à cet égard.

Ces actions et leur mise en œuvre pratique ont permis le développement progressif d'un système réglementaire complet bien adapté aux projets miniers et d'infrastructures publiques. Ces progrès ont parfois été acquis à l'occasion d'échanges approfondis avec de grands investisseurs internationaux pour des projets phares.

Plusieurs codes ont ainsi été promulgués. Ils définissent en détail des normes et conditionnalités environnementales, y compris des principes socio-économiques que ces projets doivent respecter. Ils régissent par exemple : : les conditions relatives à la préparation de l'évaluation de l'étude d'impact social et environnemental avec la participation de toutes parties prenantes locales, nationales et internationales, les conditions de la tenue des audiences et du déroulement des enquêtes publiques, les conditions relatives aux études de suivi, les conditions de mise en place des plans de gestion environnementaux et leur contrôle, les conditions relatives à la délivrance des permis y afférents et leurs conséquences etc. (voir en particulier les réglementations de Madagascar, de Guinée et du Congo-Brazzaville).

Dans l'ensemble, ces réglementations se situent désormais au niveau des bonnes pratiques internationales (même si elles sont parfois incomplètes, comme en matière de réinstallation).

viii) Utilisation des sols

Le droit pour un projet minier ou d'infrastructures publiques de disposer des terrains nécessaires à la réalisation des projets est réglementé dans la plupart des pays d'Afrique de tradition civiliste. Cette réglementation repose sur une longue tradition et s'accompagne d'une procédure détaillée, connue sous l'appellation de « déclaration d'utilité publique ». En substance, l'État ne peut se permettre de mettre à la disposition d'un projet un terrain dont il n'est pas propriétaire ou qui est utilisé dans le cadre de droits coutumiers par les populations locales, sans déclarer au préalable ce terrain d'utilité publique, ce qui entraîne ainsi soit une cession amiable ou une

expropriation par l'État.

La déclaration d'utilité publique est un processus, très structuré qui commence par une enquête publique préalable. Lorsque l'utilité publique est déclarée, une seconde enquête est nécessaire afin d'identifier les propriétaires détenteurs de titres de propriété réels ou de droits coutumiers de différents types. C'est uniquement lorsque ce processus est arrivé à son terme qu'un comité

d'évaluation propose une vente à l'amiable ou une expropriation. Les lois prévoient toujours une compensation équitable, à la valeur du marché (mais sans le supplément de valeur que l'existence de projet pourrait donner aux terrains).

II. Le monde réel des investissements étrangers dans les projets miniers et d'infrastructures publiques

Le monde réel dans ces deux secteurs est différent du monde de l'investissement étranger dans les autres secteurs. Cette situation est généralement mal comprise en Afrique ou à l'étranger. Il suffit pourtant d'évoquer trois raisons principales.

a) La durée

L'investissement nécessite le plus souvent plusieurs années d'étude puis de travaux et le retour sur investissement se chiffre en dizaine d'années. Ceci nécessite un cadre juridique qui doit être amélioré sur de multiples aspects (à la fois sur le plan des textes et des procédures) par rapport à celui applicable aux projets privés classiques. Il ne faut pas oublier que l'Afrique est un pays où il est couramment admis que le retour moyen sur investissement est extrêmement élevé (4 ans en moyenne). Une telle situation sans doute unique au monde, comme aiment le faire remarquer les africains eux-mêmes, s'explique par différents facteurs où le juridique ne tient pas une place essentielle. L'investissement traditionnel ne nécessite donc pas le même niveau de sécurité juridique que les investissements dans les secteurs visés par cet article.

b) Le profil de risque de l'investissement

L'investissement doit se fonder sur une analyse économique, qui comprend un scénario économique solide et un taux de rendement interne qui dépend lui-même de plusieurs facteurs (notamment des facteurs associés au pays en question). Certains de ces risques peuvent être raisonnablement estimés par des ratios de sensibilité ad hoc, sous réserve que le projet ne dure que quelques années. Il est en revanche bien plus difficile, voire quasi impossible, d'appréhender les risques encourus, par exemple, sur un horizon de 20 ans qui s'avère en général nécessaire pour récupérer l'investissement.

c) La nature des investissements

Ces derniers nécessitent toujours une négociation avec l'Etat ou une administration aboutissant à une relation contractuelle ou à un permis soumis à de multiples conditions (ce qui leur confère, de fait, un caractère contractuel). Il est important de noter à cet égard que dans les pays africains de droit civil, l'État est considéré comme agissant dans l'intérêt général de tous les citoyens ; à ce titre, il a le droit en principe

d'interférer dans l'exécution d'un contrat (et donc d'en modifier unilatéralement les termes).

Ces divers éléments obligent l'investisseur étranger à aller au-delà de l'exercice de due diligence traditionnel, ainsi que de la simple connaissance et analyse des réglementations et des pratiques locales. L'investisseur doit également dépasser l'approche contractuelle classique. Il est fondamental à cet égard d'identifier les précédents significatifs (ce qui nécessite une longue expérience) et de prévoir les difficultés les plus probables sur la base des leçons tirées de projets similaires dans le même pays ou dans d'autres pays africains de droit civil.

Il faut également apprécier à sa juste valeur la portée d'un texte ou d'une procédure ou l'absence de texte ou de procédure pour une situation donnée. On est très loin en cela du monde de la Common Law où traditionnellement il n'y a pas d'usages et de principes juridiques implicites qui peuvent l'emporter sur les dispositions contractuelles.

Par exemple, en application au droit des contrats publics (qui, comme le droit des contrats dans les pays de Common Law, se fonde essentiellement sur la jurisprudence), les autorités publiques disposent d'une batterie de droits spéciaux « exorbitants du droit commun » qui prévalent sur toutes dispositions contractuelles contraires, sous réserve que ces droits souverains soient mis en œuvre dans l'intérêt public.

En contrepartie, ce même droit des contrats publics contient de nombreux principes qui garantissent une indemnisation ou compensation équitable pour l'investisseur privé qui peut prendre diverses formes. Par ailleurs, le droit des contrats publics prévoit des droits d'indemnisation ou de compensation spéciaux au bénéfice de l'investisseur, qui peuvent aller au-delà des clauses contractuelles et même parfois bénéficier à l'investisseur nonobstant toute clause contractuelle contraire.

A ces considérations extrêmement importantes et trop souvent oubliées par les juristes et autres conseils, il faut ajouter la nécessité d'analyser en permanence les disparités entre les dispositions des réglementations, les procédures et la pratique réelle sur le terrain.



Photo by Dominik Vany

.....

« La clé du succès réside dans une approche de due diligence différente de celle généralement réalisée à l'aune des standards internationaux. »

Sur la base de ces considérations juridiques et pratiques, le monde réel de l'investissement privé dans les projets miniers et d'infrastructures publiques de grande envergure apparaît aléatoire et trop risqué pour beaucoup.

Cela ne signifie pas pour autant que ces projets sont à déconseiller. Cela signifie simplement que la méthodologie pour réussir ce type de projets doit être très rigoureuse et adaptée aux réalités du pays (et non l'inverse : à savoir essayer d'adapter la réalité aux attentes de l'investisseur).

III. Conditions de la réussite des Projets

Les développements ci-dessus révèlent que malgré des évolutions et améliorations récentes facilitant l'investissement privé dans les secteurs miniers et d'infrastructures, l'investisseur aura pendant longtemps encore un important travail à réaliser en amont pour évaluer à leur juste mesure les enjeux et prendre les dispositions qui lui permettent de bien sécuriser son projet.

La clé du succès réside dans une approche de due diligence, d'une ampleur différente de celle généralement réalisée à l'aune des standards internationaux. Cet exercice doit intégrer une analyse approfondie des multiples dispositions et pratiques implicites, lesquelles doivent être soumises à plusieurs séries de tests préalables puis constamment actualisés au cours des différentes phases d'investissement et d'exploitation. Il est également essentiel de s'intéresser à l'avance au fonctionnement des différents ministères qui auront directement ou indirectement un rôle à jouer pour octroyer permis, visa ou pour valider ou modifier des procédures ou des textes; et sans lesquels l'investissement sera risqué.

Cette due diligence doit également prendre en compte une évaluation des réactions prévisibles des services techniques et des cabinets des différentes administrations clés, puisque en pratique les hauts fonctionnaires jouent en Afrique de tradition civiliste un rôle très important tout au long de la

réalisation des projets.

En outre, étant donné que la plupart des pays concernés sont en phase de modernisation de leurs droits et procédures et puisque l'anticipation doit être le maître-mot de tout investissement à long terme dans les secteurs miniers et d'infrastructures publiques, il est souvent essentiel de mettre en place une politique de contacts réguliers avec les organismes internationaux et plus particulièrement les multilatéraux, bilatéraux et la communauté des ONG. En effet, ces institutions et organismes jouent en pratique un rôle important à de multiples égards dans le cadre des projets d'investissement privé de grande envergure. Il s'agit non seulement de la synthèse et de la diffusion des bonnes pratiques ou procédures que les Etats appliquent progressivement aux projets mais également des mesures d'accompagnement (telles que les actions de formations professionnelles, actions communautaires, réinstallation, environnement et autres auxquelles les promoteurs de projets devront directement ou indirectement s'intéresser).

A l'issue de l'exercice de due diligence, l'investisseur constatera le plus souvent un

« gap » réglementaire et pratique engendrant un niveau de risques trop élevés et il recherchera alors comment renforcer la sécurité juridique.

Dans les pays d'Afrique de droit civil, cette amélioration nécessaire pour les grands projets est tout à fait possible et même conseillé. Une des voies privilégiées est celle de la Convention d'Établissement, par laquelle l'État s'engage à garantir de nombreux droits moyennant des engagements supplémentaires de l'investisseur dans l'intérêt du projet.

Cette voie s'est révélée, en pratique, très efficace pour des projets phares à de nombreuses occasions à travers la conclusion de vrais « accord-cadre de partenariat public-privé » ratifiés par le Parlement et qui prévalent sur toute loi contraire, existante ou à venir.

Conclusions

.....

**« L'éthique, condition du succès des
grands projets en Afrique : c'est sans
doute la leçon la plus porteuse d'espoir
pour le continent. »**

Pour conclure, il y a tout lieu d'être optimiste sur les perspectives d'investissement rentable et à long terme pour les grands projets miniers et d'infrastructures publiques dans les pays Africains de droit civil. En effet, un ensemble de précédents significatifs révèlent qu'il est désormais possible de sécuriser à l'avance les investissements à des niveaux acceptables et compétitifs par rapport aux investissements possibles dans d'autres zones géographiques tout en respectant le cadre des standards internationaux, notamment en matière de risques, de rentabilité, de gouvernance et de responsabilité sociale et environnementale (RSE).

Toutefois, cela nécessite une approche préalable volontariste (trop peu souvent mise en œuvre) basée sur une méthodologie très organisée et fondamentalement différente sur de nombreux aspects par rapport à celle applicable dans d'autres régions du monde.

Si le projet est bien préparé sur ces bases, l'investisseur va rapidement se rendre compte que le développement du projet va nécessiter des ressources humaines et des compétences qui dans les secteurs autres que techniques doivent être plus importantes de celles qu'il a l'habitude d'employer. En effet, s'il ne veut pas prendre des risques inconsidérés, il ne pourra faire l'économie d'une négociation partenariale avec l'Etat et les diverses autorités pour améliorer ab initio la sécurité juridique et pour entretenir et développer par la suite une politique responsable de monitoring et d'adaptation en pleine transparence.

De telles ressources sont encore très rares et il est dès lors facile de comprendre que l'une des conditions du succès des projets dans les pays francophones réside dans la capacité de l'investisseur à savoir s'entourer d'experts rompus aux techniques juridiques et institutionnelles et capables de surcroît de les traduire dans des actions qui devront elles-mêmes s'inscrire dans une éthique souvent nouvelle pour la plupart des pays concernés.

L'éthique, condition du succès des grands projets en Afrique : c'est sans doute la leçon la plus porteuse d'espoir pour le continent.



Photo by Ivan Bandura

Les difficultés de la compensation des dettes à l'égard des personnes publiques

AÏCHAM ITIBAR - Avocat

Il est aujourd'hui admis que la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, par son Arrêt N°103/2018 rendu par la Troisième chambre en date du 26 avril 2018 a opéré un revirement significatif de la jurisprudence en matière d'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et des entreprises publiques. Il demeure que la portée de cet Arrêt, bien que longtemps attendu et espéré de la communauté des affaires, dans une région où l'Etat reste le premier partenaire des opérateurs économiques, et pas seulement au travers de ses sociétés mixtes, ne résorbera pas totalement l'épineux problème du recouvrement des créances détenues sur les personnes morales de droit public et vécu comme un véritable frein au développement économique.

Il serait pourtant injuste de dénier au législateur communautaire sa volonté de concilier protection de l'intérêt général par l'immunité d'exécution et l'impératif et légitime droit de poursuite. En effet, profondément avant-gardiste en matière d'atténuation du sacro-saint principe de l'immunité d'exécution étatique, rappelons qu'il y'a dix ans déjà, il rompait avec la règle générale d'inopposabilité de la compensation de créance à l'égard des personnes publiques, corolaire de l'immunité d'exécution, et innovait en disposant que « les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité ». Il demeure néanmoins que l'exercice de cette compensation légale est soumise à des conditions qui en limitent la portée (A) et suscite des interrogations quant à sa mise en œuvre (B), ce qui conduit légitimement à s'interroger sur l'efficacité réelle d'un tel mécanisme (C).

A. Les conditions de l'exercice de la compensation légale des dettes publiques en limitent la portée générale

Le second et troisième alinéa de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (« AUPSRVE ») fixe deux conditions à la mise en œuvre de la compensation légale : la réciprocité des dettes (alinéa 2) et la reconnaissance de la dette publique à défaut de titre exécutoire (alinéa 3).

La réciprocité oblige que chacune « des deux parties doit être personnellement à la fois créancière et

débitrice de l'autre, dans leur rapport de droit ». Ce préalable à l'exercice de la compensation existait déjà dans la grande majorité des droits internes aux Etats-parties de l'OHADA, dans les dispositions de leur code civil d'inspiration française, rappelant que les dettes « s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives ». Pour être qualifiées de réciproques, les dettes devront donc être dues par les mêmes personnes, prises en la même qualité. Ne pourront en conséquence être compensées des dettes appartenant à des personnes morales différentes. Cette condition de réciprocité exclut donc du mécanisme de la compensation les créanciers des personnes morales de droit public et des entreprises publiques qui ne seraient pas à l'égard de ces dernières à la fois débitrice et créancière.

Sans doute surabondant, le législateur communautaire pour apporter ensuite comme seconde condition préalable et nécessaire à la compensation légale des dettes publiques « la certitude de la dette publique » - alors même qu'au titre du premier alinéa déjà seules les dettes « certaines, liquides et exigibles » peuvent faire l'objet de compensation - limite expressément l'origine de cette dette soit à l'existence d'un titre exécutoire soit à la reconnaissance de dette par le débiteur de droit public.

Il résulte qu'en pratique, cette précision « de trop » complexifie la mise en œuvre du droit à la compensation légale de la dette publique car il suffit que la personne publique débitrice conteste la créance ou refuse de la reconnaître pour que la compensation ne puisse pas s'opérer sauf à obtenir une décision de justice définitive.

B. Ambiguïté sur la mise en œuvre du mécanisme de compensation

Par ailleurs, si le législateur pêche par excès de pesanteur en ce qui concerne le caractère de « certitude » de la dette publique - là où on ne l'attendait pas -, il reste pourtant silencieux là où on l'attendait, en ce qui touche aux modalités de mise en œuvre du mécanisme de compensation. En effet, face au silence du législateur, nul ne saurait affirmer avec certitude si la compensation légale des dettes publiques prévues à l'article 30 de l'AUPSRVE s'acquiert de plano par le débiteur ou nécessite l'intervention du juge.

Une première approche serait de considérer que ce silence du législateur communautaire devrait

renvoyer ipso facto les Etats-Parties à leur droit interne pour l'application du mécanisme de compensation. Dans cette optique, la majeure partie des pays membres de l'OHADA étant de tradition juridique française, l'automatisme et l'autonomie relative de la compensation légale prévue à l'article 1290 du code civil s'appliquerait à la compensation légale de l'article 30 de l'AUPSRVE : « Art.1290.- La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi même à l'insu des débiteurs.(...) ».

Il est en effet intéressant d'observer que cette conception de l'application de la compensation légale, axée sur son indépendance du contrôle judiciaire, trouve appui par la construction syntaxique de l'alinéa 2 de l'article 30 : l'emploi de l'expression « donnent lieu à compensation » plutôt « pourra donner lieu à compensation » suggère en effet un automatisme excluant la volonté des parties, rejoignant la conception civiliste française de l'automatisme d'application de la compensation légale. La compensation légale de l'article 30 serait dès lors, comme celle du code civil, une double extinction d'obligations réciproques qui opère automatiquement dès que sont réunies certaines conditions. Ses effets se produiront sans formalité juridique préalable car résultant du seul fait de la loi : de plano et ipso jure.

Enfin, une seconde approche serait d'interpréter le silence du législateur communautaire comme un renvoi à l'application de l'article 49 du même Acte uniforme, la « juridiction compétente pour statuer sur ... » cette « demande relative à une mesure d'exécution forcée (...) est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui » ; un renvoi à la compétence du juge de l'exécution en somme. Cette approche ressort de l'habitude des juridictions des Etats membres d'« ordonner » au lieu de la « constater » ou d'« en prendre acte » comme impliquerait la conception automatiste.

En définitive, il apparaît clairement que la volonté louable du législateur communautaire de tempérer le principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et des entreprises publiques par la compensation des dettes réciproques est affectée par les limites qu'il a lui-même fixées au mécanisme excluant son bénéfice au grand nombre des créanciers de l'Etat et compliquant son application effective par un mutisme qu'il conviendrait de corriger.

Karine Mazand-Mboumba Tchitchoula



Alors que l'Afrique comme le reste du monde est dans un profond mouvement d'innovation, la question des lois sur l'économie numérique et tout particulièrement en matière de protection des données personnelles se pose.

Dans les pays où l'e-commerce se développe de manière exponentielle, notamment au Sénégal et en Côte-d'Ivoire, la législation reste basique et les sites ouverts à l'international s'en remettent à des lois étrangères, française notamment, pour s'adresser à leurs clients européens. La nécessité d'une amélioration est une évidence.

Il y a malheureusement en Afrique, trop peu de lois pour encadrer des domaines neufs : nouveaux métiers, nouvelles technologies, nouveaux outils censés nous accompagner au quotidien et utilisés pour améliorer nos conditions de vie (santé, éducation, banque, justice, etc.).

Or ces innovations impliquent une utilisation à grande échelle des données personnelles qui n'est pas légalement encadrée et qui à long terme pourrait poser des problématiques insolubles.

Lorsque les applications d'e-santé auront été intégrées dans les pratiques courantes des hôpitaux, devra-t-on a posteriori, effacer l'ensemble de ces données sensibles faute de pouvoir prouver le consentement des utilisateurs ? Quels recours face à une utilisation des données pour des finalités floues et indéfinies ? Quelles options face à la publicité à outrance des opérateurs de téléphonie et l'impossibilité de s'y opposer faute de transparence ?

Les avancées technologiques et la prépondérance de l'économie numérique est telle que l'Europe vient de mettre à jour son système de protection des données personnelles avec un Règlement ayant une application extraterritoriale et cela dans le cadre d'un train de mesures qui vise à redonner le pouvoir aux personnes sur leurs propres données. Les enjeux sont de taille. Pourquoi attendre plus longtemps plutôt que de prendre le train en marche ?

Dans une Afrique où tout reste à faire, l'innovation est une voie de développement qui mérite de se positionner au niveau international avec la valeur ajoutée que représente la protection des données. En attendant une réglementation africaine qui tarde à venir, et puisqu'il faudra de toute façon trouver le moyen de se mettre à niveau pour continuer à avoir des relations commerciales satisfaisantes avec les autres continents, pourquoi ne pas s'inspirer des réglementations existantes afin d'adapter ensuite les textes au contexte ?

Un des éléments intéressants de la protection des données personnelles est le privacy by design qui consiste à intégrer la protection des données personnelles dès la conception d'un système d'information. Mais ce n'est pas tout, le privacy by design n'est pas juste une intégration d'outils, c'est une pratique transversale qui pourrait devenir une véritable culture : culture d'entreprise, culture administrative, culture de gestion... dès lors que tout le monde aura intégré la protection des données comme un élément essentiel et un droit nécessaire, du développeur à la personne concernée en passant par le DRH.

Intégrer la protection des données, c'est parler de sécurité (privacy by default) et donner aux personnes le droit de décider de ce qu'il va être fait avec leurs informations personnelles. Et à l'heure de la révolution numérique, créer des logiciels qui anticipent et prévoient une protection de bout en bout est une réelle valeur ajoutée.

Puisque les décideurs ne sont pas prêts, partons d'en bas, intégrons une culture de protection des données, appliquons les standards internationaux en la matière afin de créer un environnement sécurisé, transparent et propice. Il faudrait donc partir des entrepreneurs et que la « coutume » fasse loi !



PAR JACQUES NYEMB

Bonne gouvernance : ET SI L'EXEMPLE VENAIT DU SECTEUR PRIVÉ ?

L'importance de la bonne gouvernance est régulièrement soulignée lorsque sont évoqués les défis à relever en Afrique pour mettre en place des sociétés démocratiques et fonctionnelles. À première vue, les enjeux de gouvernance semblent concerner principalement la régulation de l'action des gouvernements, afin notamment de limiter les abus des pouvoirs publics et d'encourager la transparence des institutions.

Ces problématiques ne se limitent toutefois pas à la sphère politique et administrative, le monde des affaires s'étant saisi lui aussi des problématiques relatives à la rénovation des systèmes de gouvernance en Afrique. En effet, les principes de bonne gouvernance tels que la transparence, l'accountability ou encore la représentativité sont particulièrement pertinents à appliquer à la gestion des entreprises.

Bien qu'il ne faille pas cantonner les réflexions autour de la bonne gouvernance aux affaires qui éclaboussent régulièrement les grandes entreprises, de nombreuses malversations au sein des conseils d'administration contribuent à ternir l'image du monde des affaires africain. De même, les débats suscités par les annonces des rémunérations élevées des dirigeants sociaux ou les inquiétudes provoquées par les risques de conflits d'intérêts avec le pouvoir en place sont autant de signes montrant l'importance de la mise en place de principes de bonne gouvernance des entreprises.

1 - Les enjeux de la bonne gouvernance

La promotion des pratiques de bonne gouvernance, en prenant en compte les spécificités des tissus économiques locaux, telles que l'importance des groupes familiaux, la prédominance des PME et le taux encore faible de cotation des entreprises d'Afrique Francophone sur les marchés financiers locaux, se présente comme une étape importante dans la mise en place d'un environnement des affaires crédible et efficient.

En effet, la mise en place de principes de bonne gouvernance contribue à améliorer significativement la crédibilité de l'entreprise aux yeux des investisseurs. Elle permet en effet une meilleure appréciation de la performance des dirigeants sociaux par les actionnaires et

de rendre ces derniers plus responsables des résultats de l'entreprise.

De même, les pratiques de bonne gouvernance ont un impact non négligeable sur les performances de l'entreprise. Cet impact peut être mesuré par le Corporate Governance Quotient (CGQ), un indicateur développé par l'Institutional Shareholder Services (ISS) et prenant notamment en compte la composition du conseil d'administration, la qualité des audits ou encore les mécanismes de détermination des rémunérations. Une étude de l'ISS a par exemple montré qu'une entreprise comme IBM avec un CGQ de 96.4, c'est-à-dire très élevé, présentait un rendement sur trois ans de 11,67% supérieur à la moyenne. En revanche, une entreprise comme MediaBay, avec un CGQ très bas de 9.6, connaissait un rendement sur trois ans de 34,84% inférieur à la moyenne.

En outre, l'instauration de pratiques de bonne gouvernance est également très utile au sein des grands groupes familiaux, notamment afin d'atténuer les désaccords stratégiques au sein de la famille et d'assurer la stabilité du groupe lors des périodes de succession. Compte tenu de l'importance des entreprises familiales dans le tissu économique africain, la prise en compte des principes de bonne gouvernance dans leur gestion et leur structuration s'avère donc indispensable pour garantir leur pérennité et le succès de la bonne tenue des phases de leur transmission de génération en génération. Ainsi, l'intégration d'administrateurs indépendants au sein des entreprises familiales a une influence positive sur l'orientation stratégique de l'entreprise.

À ce sujet, diverses études tendent à démontrer que les entreprises familiales faisant appel à des administrateurs indépendants au sein leur gouvernance étaient cinq fois plus disposées à ouvrir leur capital à des investissements extérieurs.

2 - Des avancées législatives encourageantes

En Afrique francophone, des avancées législatives sont à noter en matière de bonne gouvernance d'entreprises. Ainsi, l'uniformisation du droit des affaires en Afrique Francophone entreprise par l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (l'OHADA) a permis des améliorations considérables dans ce domaine, tout particulièrement suite à la révision en 2014 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE Révisé de 2014).

S'inspirant des standards internationaux, et notamment les Principes de gouvernement d'entreprise édictés par l'OCDE, les rédacteurs de l'AUSCGIE Révisé de 2014 ont intégré dans le droit OHADA de nouvelles dispositions participant à améliorer la gouvernance des sociétés commerciales. Les innovations relatives à la gouvernance d'entreprise de l'AUSCGIE Révisé de 2014 s'orientent principalement autour d'un meilleur contrôle de l'action des dirigeants sociaux et du renforcement de la transparence.

A titre d'exemple, le rôle du conseil d'administration et de son président a été clarifié, sa fonction de supervision et de définition de l'orientation stratégique de la société ayant été soulignée dans plusieurs articles. De plus, le rôle du conseil d'administration dans l'attribution des rémunérations et la révocation des dirigeants sociaux a été précisé, le président du conseil d'administration pouvant être révoqué à tout moment par le conseil d'administration. La règle de la non-participation d'un administrateur à un vote concernant sa rémunération a par ailleurs été consacrée. Concernant le renforcement de la transparence, la diffusion de certaines informations a été rendue obligatoire, et notamment la communication aux administrateurs par le président du conseil d'administration des informations obtenues dans le cadre de sa mission, ainsi que la communication des travaux du conseil

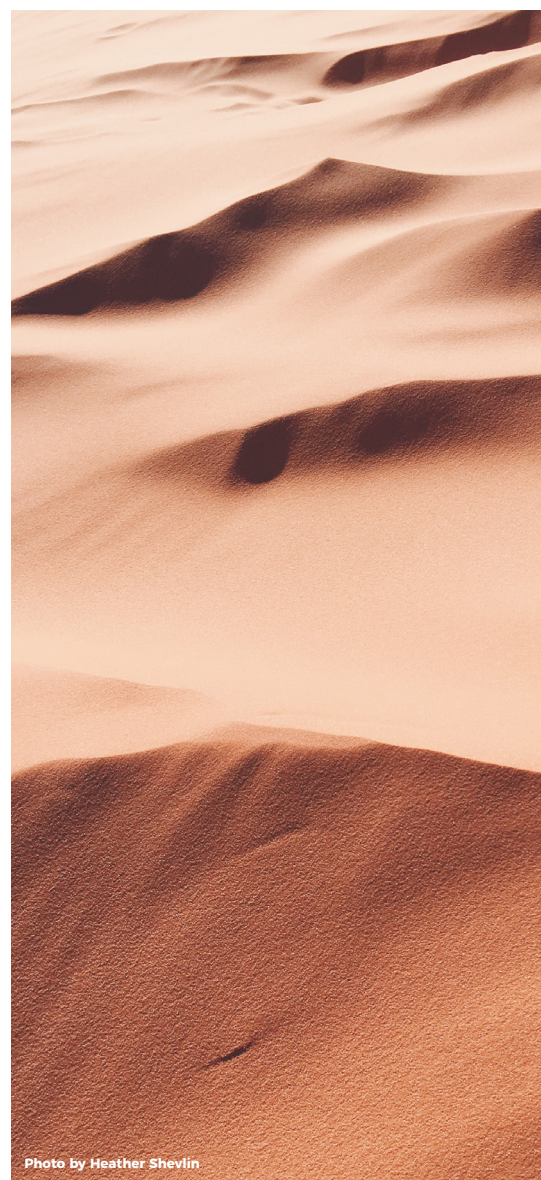


Photo by Heather Shevlin

.....
« En Afrique francophone, des avancées législatives sont à noter en matière de bonne gouvernance d'entreprises »

.....

**« [...] la coopération
entre les
organisations
patronales des
différents pays doit
être encouragée [...] »**

d'administration à l'assemblée générale.

ayant publié chacun leur Code de gouvernance.

3- L'importance de l'autorégulation

Toutefois, l'impulsion ne doit pas seulement venir du législateur, le secteur privé ayant son rôle à jouer à travers la mise en place de mécanismes d'autorégulation, dits de soft law. La notion de soft law désigne les normes qui, bien que légalement non obligatoires, ont acquis une force contraignante. La séparation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général, ou bien la fixation d'un quota d'administrateurs indépendants au sein du conseil d'administration sont des exemples de principes de bonne gouvernance applicables à travers les mécanismes de soft law.

Pour preuve, ces normes de droit souple sont devenues un outil efficace d'autorégulation de la gouvernance des entreprises, notamment en Europe et aux Etats-Unis, mais aussi dans certains pays d'Afrique. Diverses organisations patronales africaines ont en effet adopté une série de textes, communément appelés Code de gouvernance, dont les dispositions s'appliquent de manière plus ou moins contraignante aux entreprises qui y adhèrent.

Ainsi, en Afrique du Sud, les King Reports sont progressivement venus compléter le droit des sociétés. Les King Reports en sont actuellement à leur troisième mouture, qui a notamment introduit des mécanismes de contrôle de la rémunération des administrateurs et le renforcement de la prise en compte des critères de Responsabilité Sociétale des Entreprises (RSE). La souplesse des Codes de gouvernance permet d'adapter l'application des normes qu'ils contiennent à des situations précises, par exemple qu'une entreprise soit cotée ou non, ou qu'elle soit détenue par des capitaux publics ou privés. En Afrique Francophone, le Sénégal et la Côte d'Ivoire font figure de précurseurs, l'Institut Sénégalais des Administrateurs (l'IAS) et la Confédération Générale des Entreprises de Côte d'Ivoire (le CGECI)

A l'avenir, la coopération entre les organisations patronales des différents pays doit être encouragée, afin que les états marquant un retard dans ce domaine, comme par exemple le Cameroun - malgré un projet de rédaction entrepris par le Groupement Inter-patronal du Cameroun (le GICAM) - puissent tirer profits des autres initiatives africaines. La rédaction d'un Code de gouvernance à l'échelle de l'Afrique Francophone n'est par ailleurs pas inimaginable, compte tenu de l'harmonisation du droit des sociétés déjà effectuée par l'OHADA.

Dans cette optique, des organismes comme le Centre Africain d'Expertise en Gouvernance des Organisations (le CAGO), qui a notamment participé à l'élaboration du Code de gouvernance CGECI, ont un rôle important à jouer. En tout état de cause, seule une volonté réelle d'autorégulation de la part du secteur privé pourra être à l'origine d'une amélioration de la gouvernance des entreprises en Afrique.

**Par Jacques NYEMB
et Christine MOUTONE**

La réglementation de la monnaie électronique dans l'espace OHADA

par Khaled Abou El HOUDA

Dans un contexte de développement rapide de la technologie et surtout avec l'avènement du numérique et l'utilisation des smartphones, l'environnement des affaires est caractérisé par une forte croissance des échanges. La monnaie électronique ne cesse désormais de prendre une place considérable.

Dans l'espace UMOA, avec la digitalisation des moyens de paiement qui désigne ce processus tendant à dématérialiser l'utilisation des moyens de paiement tels que l'argent liquide ou les instruments physiques en langage informatique, cette monnaie devient l'instrument privilégié des entreprises financières. A cet égard, un Etablissement de Monnaie Electronique (EME) est une entreprise ou toute autre personne morale agréée par la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest pour émettre des moyens de paiement sous forme de monnaie électronique et dont les activités se limitent à l'émission de cette monnaie, la mise à la disposition du public de celle-ci et sa gestion.

Aussi, l'article 1er de l'Instruction n° 008-05-2015 du 21 mai 2015 régissant les conditions et modalités d'exercice des activités des émetteurs de monnaie électronique dans les Etats membres de l'Union Monétaire Ouest Africaine, définit la monnaie électronique comme « une valeur monétaire représentant une créance sur l'établissement émetteur qui est stockée sous une forme électronique, y compris magnétique ou qui est émise sans délai contre la remise de fonds d'un montant qui n'est pas inférieur à la valeur monétaire émise et acceptée comme moyen de paiement par des personnes physiques ou morales autres que l'établissement émetteur ».

Par ailleurs, il est important de répertorier parmi la législation un ensemble de textes encadrant ce type de monnaie tels que : le Règlement n°15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes

de paiement dans les pays de l'UEMOA, la Directive n°08/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 portant sur les mesures de promotion de la bancarisation et de l'utilisation des moyens de paiement scripturaux, la Loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux dans les Etats membres de l'UEMOA, l'Instruction n°01/2006/SP du 31 juillet 2006 relative à l'émission de monnaie électronique et aux établissements de monnaie électronique et l'Instruction n° 008-05-2015 du 21 mai 2015 régissant les conditions et modalités d'exercice des activités des émetteurs de monnaie électronique dans les Etats membres de l'Union Monétaire Ouest Africaine.

Toutefois, l'utilisation de cette monnaie présente de nos jours un enjeu important pour l'évolution de nos économies africaines. Au 28 février 2017, dix (10) entreprises telles que QASH SERVICES, MOBILE CASH S.A, ORANGE FINANCES MOBILES SENEGAL, ORANGE MONEY CÔTE D'IVOIRE SA ont bénéficié de l'autorisation de la Banque Centrale, ès d'Etablissement de Monnaie Electronique.

Il faut alors se demander quelles sont les conditions requises pour utiliser ou distribuer ce type de monnaie ? Quel est le dispositif sécuritaire mis en place par l'UMOA pour veiller aux risques de fraude ?

Notre analyse consistera à examiner d'une part, les conditions requises pour émettre ou distribuer de la monnaie électronique (I), avant de voir d'autre part, le dispositif sécuritaire mis en place par l'UMOA pour prévenir les risques de fraude (II).

I. LES CONDITIONS REQUISES POUR L'EMISSION ET A LA DISTRIBUTION DE LA MONNAIE ELECTRONIQUE

Il convient d'abord de noter que la distribution de la monnaie électronique

désigne tous services de retrait d'espèces, de chargement et rechargement contre remise de monnaie fiduciaire ou scripturale, de paiement et de transfert d'argent liés à la monnaie électronique, alors que l'émission de monnaie électronique est quant à elle toute émission d'unités de valeurs électroniques en contrepartie de fonds reçus. A ce titre, l'activité d'émission de la monnaie électronique nécessite l'obtention préalable d'un agrément de la Banque Centrale (article 8 de l'Instruction BCEAO de 2015 précité).

Toutefois, la loi permet aux établissements émetteurs de monnaie électronique de recourir aux services de distributeurs « en vue de la commercialisation des services liés, notamment à la souscription des contrats d'utilisation avec la clientèle, au chargement des unités de monnaie électronique, aux opérations de retrait d'espèces et de remboursement des unités de monnaie électronique et aux opérations de paiement ». Un contrat de distribution doit alors être formalisé avec le distributeur. Et, il appartiendra à ce dernier d'apporter le concours nécessaire à l'établissement émetteur de monnaie pour assurer la traçabilité des transactions et tenir un journal répertoriant les fraudes relevées et les réclamations des clients.

En outre, d'une part, les établissements établis au sein de l'UMOA doivent être constitués sous forme de Sociétés Anonymes ou de Sociétés à Responsabilité Limitée Pluripersonnelles, de Mutuelles, de Coopératives ou de Groupements d'Intérêt Economique. A cet effet, la Banque Centrale apprécie l'adéquation de la forme juridique retenue. Ces entreprises sont également soumises à un capital minimum de 300 millions de francs de CFA qui doit être intégralement souscrit et totalement libéré en numéraire, avant l'octroi de l'agrément.

D'autre part, ces établissements doivent être gérés de manière saine et prudente,

« [...] il existe au sein de l'UMOA un système automatisé de surveillance des transactions. »

en vue de garantir leur solvabilité et leur équilibre financier. Ils ont notamment l'obligation de disposer de manuels de procédures comptables, administratives et financières ainsi que de procédures de contrôle interne adéquates.

Néanmoins, l'émission et de la distribution de la monnaie électronique dans l'espace UMOA n'est pas sans risques, c'est pourquoi il est prévu un dispositif sécuritaire important pour veiller au risque de fraude.

II. LE DISPOSITIF SECURITAIRE MIS EN PLACE PAR L'UMOA

Les établissements de monnaie électronique sont encadrés à la fois par les instructions régissant les conditions et modalités d'exercice des activités des émetteurs de monnaie électronique, mais également par la loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux n° 2004-09 du 06 février 2004.

De ce fait, il existe au sein de l'UMOA un système automatisé de surveillance des transactions. Les établissements agréés doivent mettre en place un dispositif prudentiel pouvant prévenir des risques d'ordre juridiques, opérationnels ou systémiques.

En effet, les établissements de monnaie électronique doivent veiller au blanchiment de capitaux et au financement du terrorisme. Les risques répertoriés sont généralement ceux liés au cas de fraudes, comme la tentative d'introduction de la fausse monnaie électronique ou au dépassement des missions dévolues aux entreprises agréées. Il appartient aux distributeurs de monnaie d'informer l'établissement émetteur des opérations suspectes. Cette dernière procède, le cas échéant, à leur déclaration à la CENTIF (Cellule de Traitement des Informations financières).

Certains pays à l'instar du Sénégal, ont mis en place un dispositif de régulation. On note la Loi n° 2008-08 du 25 janvier

2008 sur les transactions électroniques, le Décret relatif au commerce électronique pris pour l'application de la Loi n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques et la Loi 2018-03 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Il est prévu l'identification et l'authentification de l'émetteur ou du bénéficiaire de toute opération à travers une signature électronique pouvant être un code afin d'en assurer la traçabilité et constituer la preuve du paiement. Ces textes obligent l'archivage des documents de la transaction durant une période au moins de 10 ans.

Aussi, la BCEAO exige aux entreprises de maintenir leur volume de transaction par une réserve suffisante garantissant leurs transactions auprès de leur banque partenaire, et qu'hormis la réserve de

garantie, le dépôt d'argent en banque doit correspondre à la masse de monnaie électronique en circulation. Ce qui lui permet de maîtriser l'ensemble de la masse monétaire en circulation, mais aussi de prévenir les risques systémiques de la monnaie électronique.



Photo by Sharon McCutcheon

La promotion des investissements privés **en droit togolais**

L'investissement est, depuis longtemps, considéré comme l'un des principaux vecteurs du développement durable des Etats en voie de développement. Conscient de cette situation, les Etats africains s'activent constamment à créer un cadre juridique propice pour attirer et accroître les flux des investissements internationaux.

C'est en ce sens que le Togo, conscient de l'obsolescence de son Code des investissements du 30 septembre 1989, vieux de plus de 23 ans, devenu inadapté aux réalités économiques actuelles et moins attractifs, a adopté le 20 janvier 2012, un nouveau Code des investissements. Ce Code a été adopté avec l'objectif de promotion, de facilitation et de protection de l'investissement durable et responsable au Togo. Le but est de favoriser la création d'emplois pérennes et qualifiés, de favoriser la création d'activité à forte valeur ajoutée, d'encourager l'utilisation et la valorisation des ressources naturelles et des matières premières locales, de développer l'économie de l'immatérielle en encourageant le transfert de compétence et l'utilisation de nouvelles technologies...

Sil est vrai que la notion d'investissement n'a pas de définition unanime, les textes contemporains en la matière se donnent à cet exercice difficile qui est de définir le terme « investissement ».

Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements en abrégé CIRDI en donne une définition par le relèvement des critères qui permettent de le saisir. Il s'agit de la durée, de l'apport, du risque et du développement de l'Etat hôte.

L'investissement peut être défini comme un apport de moyen financier, matériels et /ou humains à une activité dans le but d'en tirer un revenu futur. L'investissement peut être international (étranger) ou national. Il peut aussi être direct ou indirect.

L'investissement est international lorsqu'il est réalisé par un opérateur économique qui n'est pas ressortissant de l'Etat sur le territoire duquel est réalisé son apport. Lorsque l'opérateur économique est ressortissant de l'Etat du territoire d'accueil, l'investissement devient national.

L'investissement est direct lorsque l'investisseur acquiert un intérêt durable dans une entreprise dans le but d'avoir un pouvoir de décision effectif dans la gestion de l'entreprise (seuil fixé à 10% du capital). Dans les autres cas, l'investissement devient indirect ou de portefeuille.

Le nouveau Code togolais des investissements (« le Code ») semble se conformer à la règle et définit l'investissement en son chapitre 1er ce qui permet de délimiter précisément l'application du Code et d'éviter des problèmes de qualification en cas de survenance des litiges.

En effet, l'article 2 du Code des investissements togolais définit la notion d'investissement comme étant un ensemble de « capitaux mobilisés par toute entreprise pour l'acquisition des biens mobiliers, immobiliers, matériels et immatériels et pour assurer le financement des frais de premier établissement ainsi que les besoins en fonds de roulement rendus nécessaires à l'occasion de la création d'entreprise nouvelle ou dans le cadre d'un programme d'extension d'entreprise ». On peut déjà s'interroger sur cette définition.

En effet, il ressort des dispositions liminaires de l'article 2 précité, que la notion d'investissement suppose la mobilisation d'un ensemble de capitaux par « toute entreprise ». Le texte ne vise que « les entreprises », définies comme « toute

unité de production, de transformation et / ou de distribution de biens ou de services, à but lucratifs légalement constituée en société sous une forme reconnue par l'AUDCG/GIE de l'OHADA ou sous forme de société coopérative ». Est-ce à dire que le législateur togolais exclut les personnes physiques de la notion d'investissement puisque le texte ne vise que « les entreprises » entendus comme des personnes morales et non des personnes physiques ?

La réponse semble être non dans la mesure où le même article définit in fine l'investisseur comme étant « toute personne physique ou morale togolaise ou étrangère réalisant un investissement sur le territoire national ».

C'est pour éviter cette ambiguïté nous semble-t-il, que la plupart des Etats d'Afrique Sub-Saharienne définissent dans leur Code des investissements la notion « d'investissement » comme étant un ensemble de capitaux employés par toute « personne physique ou morale... ». Il est donc préférable d'avoir une définition qui inclut directement la notion de personne physique et morale afin d'éviter toute ambiguïté.

La question fondamentale qui résulte de cette étude est celle de savoir si le nouveau Code togolais des investissements est réellement incitatif aux investissements étrangers.

Sans doute, la mise en place du nouveau Code togolais crée un cadre juridique attrayant aux investissements tout en alliant le développement du pays d'accueil.

Le rapport Doing business 2019 du classement de Banque mondiale sur l'environnement des affaires publié ce 31 Octobre 2018 montre que le Togo avance considérablement en matière d'attractivité des Investissements Directs Etrangers (IDE). Le Togo gagne 19 places par rapport à l'année précédente grâce à ses réformes en matière d'investissements et se classe dans le top 10 mondial des pays réformateurs.

Bien que ce nouveau cadre théorique soit bien incitatif (I) et que le cadre pratique demeure innovant (II), il ne faut pas perdre de vue qu'il y a encore des efforts considérables à faire.

I - Un cadre théorique incitatif : l'institution d'un nouveau Code togolais des investissements

Le nouveau Code togolais des investissements issu de la loi n° 2012-001 du 20 janvier 2012 comporte

non seulement des mesures incitatives aux investissements privés (B). Il est également émaillé des grands principes internationaux du droit des investissements (A).

A - La présence des grands principes internationaux du droit des investissements

Il découle du principe de souveraineté que les Etats sont compétents pour réglementer les investissements internationaux sur leurs territoires. Toutefois, La multiplication des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements (TBI) a laissé apparaître bon nombre de règles standards visant la protection des investisseurs dans l'Etat d'accueil.

Qu'ils soient de sources nationales, régionales ou internationales, on retrouve dans les textes relatifs aux investissements, des principes directeurs qui viennent poser les droits et devoirs de chacun des acteurs tant du côté de l'Etat d'accueil que de celui des investisseurs. On y retrouve généralement des règles relatives au champ d'application, aux principes de protection des investisseurs ou encore des règles concernant le règlement des différends, qui ont tous pour rôle essentiel de rassurer l'investisseur.

Ayant pris conscience que les dispositions concernant la protection des investisseurs sont un vecteur important pour rendre le pays attractif, le législateur togolais ne s'est pas limité aux protections qui existaient dans l'ancien code.

En effet, en plus du droit au libre transfert des capitaux et de la liberté de gestion, le nouveau Code rajoute au chapitre II, des principes reconnus aujourd'hui comme primordiaux sur la scène internationale en matière d'investissement. Il s'agit du principe d'égalité de traitement ou de non-discrimination. Ce principe est l'un des plus importants que le droit international accorde aux investissements internationaux. Les investisseurs étrangers reçoivent un traitement identique à celui des personnes physiques ou morales togolaises ainsi qu'au traitement prévu au profit d'opérateurs étrangers ressortissants d'autres pays.

Le standard de pleine et entière protection et sécurité se retrouve à l'article 7 du nouveau Code, cette garantie de protection couvre la propriété privée de l'investisseur et s'étend même à tous ses aspects juridiques et commerciaux. Il faut noter à ce sujet qu'une jurisprudence abondante et constante consacre ce standard comme une obligation de moyen pesant sur l'Etat



à l'égard de l'investisseur (T. ad hoc, 1er mai 1925, Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c/ Royaume-Uni) : RSA, vol II, spéc. p. 707), toutefois il reste malgré tout nécessaire que l'État ne descende pas en dessous d'un standard internationalement acceptable. (T. CIRDI, 28 juill. 2009, aff. N° ARB/07/21, Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Grèce) c/ Albanie, spéc. § 77-81).

La majorité des textes contemporains relatifs aux investissements contiennent une disposition relative à la protection de l'investisseur étranger contre une expropriation mis en œuvre par l'État d'accueil. Le législateur togolais là aussi s'est mis à jour en insérant dans le nouveau code des investissements une garantie de l'investisseur contre toutes mesures d'expropriation ou de nationalisation sauf cause d'utilité publique sous réserve d'un juste et préalable indemnisation. Il demeure important de préciser que le droit international général n'a jamais interdit à un Etat d'exproprier les investisseurs étrangers sous réserve de la réunion de certaines conditions (utilité publique de la mesure, mesure prise conformément à la loi, non discriminatoire, non contraire à un engagement particulier, et moyennant compensation).

Le déséquilibre de pouvoirs qui existe entre l'État et l'investisseur privé constitue sans doute un frein aux investissements, l'investisseur pourrait se sentir en position de faiblesse en cas de survenance d'un litige ; il est dès lors primordiale d'inclure dans les textes des règles encadrant la phase contentieuse qui peut surgir en cours de vie de l'investissement.

En droit togolais, en plus des recours classiques qui existaient tel que le

règlement amiable, la saisine du CIRDI (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements), d'autres voies de recours sont désormais possibles. Il est en effet possible de soumettre le litige à la Cour d'Arbitrage du Togo (CATO), à la Cour de Justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), à la Cour de Justice de la Communauté Des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), ou encore à la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. La possibilité d'avoir recours à l'arbitrage international est une donnée très importante étant donné qu'en matière d'opérations transnationales d'investissements, l'arbitrage opposant directement l'investisseur à l'État hôte constitue le mode de règlement privilégié (JCI. Droit international, Fasc. 572-50).

Outre la présence des grands principes du droit international des investissements, le nouveau code des investissements togolais a aussi prévu des mesures spécifiques octroyant des avantages aux investisseurs durant toute la période de l'exploitation.

B - L'institution de mesures incitatives aux investissements privés

Les mesures incitatives aux investissements permettent aux États de donner un élan à la croissance économique et à l'emploi sur leurs territoires ; mais elles ont aussi pour objectif d'attirer les investissements étrangers, de favoriser les transferts de technologie ou de diriger l'investissement vers certains secteurs clés ou certaines localisations.

En droit togolais, pour bénéficier des

avantages du Code des investissements, il faut passer par le biais d'un des deux régimes mis en place ; celui de la déclaration ou de l'agrément.

Le régime de déclaration concerne les projets d'investissements supérieurs à 50 millions de FCFA (environs 76.225 euros) et inférieurs ou égaux à 600 millions de FCFA (soit environs (915.703 euros). A la suite d'une simple déclaration de l'investisseur et d'une remise d'un questionnaire dûment rempli et signé, il est délivré à celui-ci une attestation comportant la liste des avantages consentis dans un délai maximum de 08 jours.

Pour les porteurs des projets d'investissements d'un montant supérieur à plus de 600 millions d'euros (915.703 euros), ils doivent emprunter la voie de la procédure d'agrément pour bénéficier des avantages du code. L'agrément comportant les avantages accordés est délivré dans un délai de 30 jours, tout refus devant être notifié à l'investisseur énumérant de manière précise les motifs du rejet.

Plus concrètement durant la période d'installation ou de la réalisation du programme d'installation, des avantages douaniers sont instaurés. Il est prévu entre autres une exonération des droits de douanes sur certains équipements neufs importés dans le cadre de la réalisation de l'investissement et l'application d'un taux préférentiel de 5% en ce qui concerne les matériels et équipements usagés.

On note aussi l'existence d'incitations fiscales notamment un abattement sur la base d'imposition au titre de l'impôt sur les sociétés, une réduction d'impôt sur les sociétés augmentant proportionnellement

.....

« Rendre le climat des affaires plus favorable est important pour attirer les investisseurs dans un pays mais cela doit aussi contribuer au développement de l'Etat d'accueil. »

au nombre d'emplois permanents créés, une fixation de la taxe sur les salaires à un taux réduits de 2%.

D'autres mesures particulièrement incitatives sont prévues pour les entreprises implantées dans certaines régions du territoire togolais dans un objectif clair de décentralisation. Ainsi, Une réduction de 30 % sur la taxe foncière et sur la taxe professionnelle est accordée aux entreprises sur des durées allant de 03 à 09 ans en fonction de leurs zones d'implantation.

Un des objectifs du code est de promouvoir l'utilisation des matières premières locales. A cet effet une réduction de 30 % sur la taxe professionnelle sur les trois premières années est accordée aux entreprises valorisant uniquement les matières premières locales.

D'autres avantages sont également réservés aux entreprises régionales et internationales qui désirent construire leurs sièges administratifs au Togo, celles-ci ne paieront qu'un droit de douanes forfaitaire de 5% ainsi qu'une exonération de TVA lors de leurs installations.

L'article 49 du Code des investissements va même jusqu'à permettre aux entreprises dont le programme d'investissement revêt un caractère particulier, de négocier avec l'État une convention particulière leur accordant des avantages dérogatoires ou complémentaires ainsi que des mesures d'accompagnements complémentaires.

Les avantages accordés aux investisseurs par le biais de l'attestation ou l'agrément sont garantis puisqu'aucune disposition légale postérieure ne peut restreindre ou supprimer les avantages octroyés, tel qu'il ressort de l'article 54 du Code.

Rendre le climat des affaires plus favorable est important pour attirer les investisseurs dans un pays mais cela

doit aussi contribuer au développement de l'État d'accueil. C'est ainsi que pour s'assurer de l'octroi des avantages du Code, il y a une obligation de réserver la majorité des emplois permanents en priorité aux nationaux.

Pour l'administration du Code, il est prévu la création d'un organe spécial, l'Agence de la Promotion des Investissements et de la Zone Franche (API-ZF), ce qui constitue une révolution majeure par rapport à l'ancien code. Mais au-delà de ces avancées, le Code a-t-il pleinement rempli ses objectifs ?

II- Un cadre pratique innovant : La mise en place de l'Agence nationale de la Promotion des Investissements et de la Zone Franche

Le nouveau Code des investissements togolais précise en son article 10 qu'« il est créé, pour l'administration du Code des investissements et du statut de la Zone franche, une Agence nationale pour la Promotion des Investissements et de la Zone Franche ».

Le décret n°2016-092 du 24 août 2016 constitue l'instrument juridique ayant permis l'opérationnalisation de l'Agence nationale pour la Promotion des Investissements et de la Zone Franche qui résulte du Code des investissements. Il fixe les attributions, l'organisation et le fonctionnement de l'API-ZF.

L'API-ZF, établissement public doté de la personnalité morale et d'une autonomie financière est venu remplacer la SAZOF et s'est dotée de plusieurs missions afin de faciliter l'investissement au Togo. C'est une belle avancée théorique qui nécessite une mise en œuvre pratique très efficace.

A - Une belle avancée théorique : Missions de l'API-ZF

La création de l'API-ZF constitue une belle avancée pour le Togo en matière d'investissement. L'intérêt principal de cette agence est de regrouper en une entité, une multitude de services à destination des entrepreneurs et des investisseurs (togolais et étrangers) afin de promouvoir l'investissement au Togo.

L'expérience de certains Etats africains montre que les Agences de Promotion d'Investissement (API) sont de véritables canaux d'augmentation des flux d'investissement direct étrangers (IDE).

En effet, le Centre de Promotion des Investissements en Côte d'Ivoire (CEPICI) dès sa création a permis l'augmentation

des flux d'investissements directs étrangers (IDE) de 30 % sur la période 2012-2015. Rappelons qu'avant la création du CEPICI les flux des IDE avaient accusé une baisse considérable de 17% entre 2009 et 2012 . L'Agence Nationale pour la Promotion des Investissements Privés au Gabon dès sa création en 2018, a permis à plus de 900 personnes rien qu'au premier trimestre de créer leur entreprise dans des temps records et contribuer ainsi à leur manière à la diversification économique et à l'industrialisation du Gabon . La Guinée est aujourd'hui classée parmi les 3 pays les plus réformateurs en Afrique Sub-Saharienne selon le rapport Doing Business 2019 grâce à ses réformes surtout minières et aux activités de son Agence Pour la Promotion des Investissements (APPI).

L'API-ZF au Togo s'est dotée de plusieurs missions que nous pouvons regrouper en deux. Il s'agit des missions principales et des missions accessoires ou particulières. Conformément à l'article 5 du décret de 2016 précité, l'API-ZF est habilitée, à titre principale, à exercer au Togo et à l'étranger des services publics liés à la promotion des investissements. A cet effet, l'API-ZF est chargée de la mise en œuvre du Code des investissements et du statut de la Zone Franche industrielle ainsi que les régimes économiques et les grands travaux spécifiques qui lui sont expressément confiés.

A titre accessoire, l'API-ZF exerce d'abord les fonctions de guichet unique pour l'ensemble des démarches administratives liées à l'implantation et à l'exploitation des sociétés situées sur le territoire togolais et relevant de l'un ou l'autre des régimes prévus par la loi du 20 juin 2012 portant Code des investissements au Togo et de la loi du 24 juin 2011 portant statut de la Zone Franche.

.....

« L'API-ZF constitue une belle avancée pour le Togo en matière d'investissement. L'intérêt principal [...] est de regrouper en une entité, une multitude de services à destinations des entrepreneurs »

L'API-ZF a également pour missions particulières la délivrance et la gestion des agréments à l'investissement au Togo, l'administration du statut de la Zone Franche, le soutien à la formation et au transfert de compétence.

Ces différentes missions confiées à l'API-ZF s'inscrivent dans « la vaste réforme que le Togo a entreprise en vue de renforcer son dispositif d'appui au développement et à la promotion des exploitations ». Ce n'est qu'à travers une bonne mise en œuvre pratique que la mission fondamentale confiée à l'API-ZF, celle de « promouvoir le secteur du commerce et des investissements pour booster l'économie » pourra être atteinte.

B- Nécessité d'une réelle effectivité de l'API-ZF : Les pièges à éviter

La bonne mise en œuvre pratique des missions assignées à l'API-ZF permettra de booster sans doute les investissements nationaux et internationaux dans tous les secteurs d'activités au Togo. Ceci permettra in fine la création d'emplois et de richesses pour les populations ainsi que l'apport d'une plus grande visibilité aux acteurs économiques sur l'ensemble des démarches administratives, des obligations réglementaires et des opportunités d'investissement.

S'il est vrai que les Agences de Promotion des Investissements (API) constituent en Afrique un puissant instrument de modernisation économique et d'accélération des investissements au service de l'industrialisation du continent, force est de constater que les API en Afrique, particulièrement dans la sphère francophone, semblent s'emmêler les pinceaux entre leur vocation principale, qui est de promouvoir leur pays auprès des investisseurs étrangers, et les « guichets uniques » qui se limitent au cadre strict de la création d'entreprises.

Plusieurs déclarations et des rapports rendus publics permettent de tirer la conclusion selon laquelle « les instances dirigeantes des API se penchent davantage sur les problématiques liées aux stratégies de simplification administrative pour la création d'entreprises, plutôt que de s'intéresser aux études de marché et de faisabilité pour faciliter l'accueil, l'orientation et l'encadrement des

investisseurs ».

L'API-ZF Togo doit tirer des leçons de ce constat non négligeable et accorder ainsi une priorité à son objectif principal : la promotion des investissements au Togo. Elle doit être une véritable structure de promotion des investissements et non un simple « guichet unique » des formalités administratives ni une simple structure d'administration de la Zone Franche. C'est bien l'objectif accessoire qui doit suivre le principal et non le contraire.

L'API-ZF doit aller au-delà des simples formalités administratives et se lancer dans une véritable démarche tripartite afin d'assurer une bonne promotion des investissements au Togo. Elle doit à cet effet :

- Assurer une bonne étude du marché préalable à la présentation de l'environnement des affaires au Togo ;
- Assurer la création effective d'un bureau de représentation à l'étranger ;
- Disposer d'une bonne stratégie de communication : Le digital doit être au cœur des politiques de l'API-ZF. Elle doit disposer d'un site web complet, efficace, doté de plusieurs sections avec des mises à jour très régulières. A travers ce site, l'API-ZF doit relayer régulièrement les opportunités d'investissement au Togo, les raisons pour lesquelles il faut investir au Togo, le climat des affaires au Togo, les appels à manifestations...

Nous devons aussi relever que la mise en place de l'API-ZF sur le territoire togolais n'est pas encore effective. La mise en place effective de l'API-ZF entraînera l'abrogation des dispositions de la loi de 2011 portant statut de la Zone franche qui sont contraires aux dispositions touchant audit statut figurant dans le nouveau Code des investissements.

Nous espérons que tous les acteurs impliqués dans ce processus s'activeront afin de permettre à cette belle structure d'atteindre les objectifs qui lui ont été assignés.



Photo by Joel Filipe

De l'adéquation de l'Acte uniforme sur la médiation aux conflits de travail en droit togolais

GODWIN TÊKO SEYRAM AMENYINU - Avocat au barreau du Togo

Le 23 novembre 2017, un nouvel acte uniforme, consacré à la médiation a été adopté à Conakry en Guinée. L'ajout de cet acte uniforme à l'arsenal législatif déjà fourni du droit OHADA suscite beaucoup d'intérêts. Rompant avec la logique conflictuelle classique de tout procès, la médiation se présente un mode de résolution des litiges qui se veut pacifique.

En effet, là où le procès ferait, à tort ou à raison, des ennemis, la médiation permettrait de préserver les relations contractuelles entre les parties au litige. Le domaine d'application de cet acte uniforme se veut large. Aux termes de son article 1er, "la médiation désigne tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (ci-après le "différend") découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou d'un litige".

La généralité de la formule semble permettre à l'acte uniforme d'appréhender des litiges émanant même des domaines non règlementés par le législateur OHADA. Ainsi, à travers son contenu plutôt réduit de 18 articles, l'Acte uniforme sur la médiation a cependant une couverture fort bien ambitieuse.

De façon générale, le législateur OHADA qui a retenu du droit des affaires, une compréhension large continue son parcours législatif. Mais s'il y a une discipline, bien inscrite depuis les débuts, qui semble définitivement laissée de côté,

c'est le droit du travail.*

Cependant, il est permis de se demander, si ce qui n'a pu se faire en cette matière par l'adoption d'une loi commune aux Etats membres de l'OHADA, ne pourrait pas resurgir sur le plan du règlement des conflits à travers la médiation. Autrement dit, le nouvel Acte uniforme ne permet-il pas de prendre en compte la résolution des conflits entre employeurs et salariés ?

L'interrogation suscite notre intérêt en ce qu'il s'y a bien une relation contractuelle, dont la détérioration peut potentiellement nuire à toute entreprise, c'est bien la relation de travail. Que des mesures soient prises, pour donner une chance au règlement amiable est utile tant pour le salarié qui voudra légitimement préserver un emploi que pour l'employeur qui préférerait ne pas courir le risque de lourdes condamnations à des dommages-intérêts en justice.

A l'analyse, une intéressante articulation pourrait se faire entre les dispositions nouvelles de l'acte uniforme sur la médiation avec les règles applicables au droit du travail au Togo.

Le droit du travail togolais est principalement régi par les dispositions émanant de la loi n°2006-010 du 13 décembre 2006 portant code du travail, auxquelles s'ajoutent les conventions collectives dont la principale est la Convention Collective Interprofessionnelle du 20 décembre 2011. Par commodité d'analyse, nous nous limiterons cependant au code du travail qui comporte des dispositions déjà animées de l'esprit de la résolution pacifique des conflits.

Le contentieux social est soumis

principalement aux tribunaux du travail. Il ressort de l'article 230 de la loi n°2006-010 du 13 décembre 2006 portant code du travail que "les tribunaux du travail connaissent des litiges individuels pouvant s'élever à l'occasion de l'exécution du contrat de travail entre les travailleurs et leurs employeurs." Il importe cependant de préciser qu'une phase de conciliation préalable doit être suivie en cas de saisine du Tribunal du Travail. En effet, l'article 246 du même code indique que « lorsque les parties comparaissent devant le Tribunal du travail, il est procédé à une tentative de conciliation »**. Lorsque cette conciliation aboutit, un procès-verbal est rédigé séance tenante. Ce procès-verbal, revêtu de la signature du Président et du Greffier vaut titre exécutoire pour les points sur lesquels un accord est intervenu.

Le tableau aurait été beau si effectivement la procédure de conciliation était régulièrement suivie. Mais à l'épreuve des faits et de notre modeste expérience de praticien du contentieux social, il est à regretter que les audiences de conciliation sont plus généralement des audiences de renvoi. Il est rare de voir les parties comparaître pour "s'asseoir véritablement à la table de négociation", chacun semblant pressé d'en découdre en audience publique. Aucune obligation de comparution personnelle ne pèse d'ailleurs sur les parties qui peuvent être représentées par leurs avocats ou par un représentant des organisations syndicales ou professionnelles auxquelles elles sont affiliées***. Or, de notre point de vue, une obligation de comparution personnelle des parties pourrait contribuer à rendre la phase de conciliation plus efficace puisqu'elles devront dialoguer sous la conduite du juge. Aussi, faudra-t-il remarquer qu'aucun vade-mecum clair

* L'article 2 du Traité du 17 octobre 1993 (révisé le 17 octobre 2008) affirme en effet qu'« entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité... ». A l'exception du droit du travail, toutes les autres matières citées ont fait l'objet d'une réglementation. De même, des matières ultérieurement ajoutées l'ont été. Tel est le cas de l'acte uniforme sur les sociétés coopératives et donc également de l'acte uniforme sur la médiation.

** A l'analyse des dispositions du code du travail, tout porte à croire que la conciliation est synonyme de médiation. La distinction faite entre les deux est d'ailleurs bien souvent tenue. L'idée maîtresse est qu'il s'agit dans les deux cas d'un mode de règlement amiable d'un litige sous la supervision ou la conduite d'un tiers (conciliateur ou médiateur) dont le rôle est plus ou moins accrue.

*** Article 241 du Code du Travail.

et suffisamment exhaustif de la phase de conciliation devant le juge n'a été défini. Tout s'est finalement résumé à en prévoir la possibilité. Ce qui contribue également à faire de cette phase de conciliation, une sorte de « hall d'attente » de l'audience publique.

Par contre, il semble que le règlement amiable devant l'Inspection du Travail et des Lois sociales soit plus développé. En effet, il est prévu par l'article 225 du code du travail que « tout travailleur ou tout employeur peut demander à l'inspecteur du travail et des lois sociales, à son délégué ou suppléant légal, de régler tout litige individuel à l'amiable. ». A compter de cette saisine, l'Inspecteur dispose d'un délai de quinze jours pour convoquer l'autre partie. Si les parties acceptent se concilier, leur accord sera matérialisé par un procès-verbal qui pourra être revêtu de la formule exécutoire à la requête de la partie la plus diligente. Une précision très importante est que ce procès-verbal à force exécutoire comme un jugement du tribunal.

A priori, le règlement amiable devant l'Inspection du Travail présente moins de défauts. Mais il n'est pas rare que les règlements administrés par les Inspecteurs soient systématiquement remis en cause par les parties devant les Tribunaux. Et dès que le Tribunal est saisi, la procédure est suivie comme si dès le départ, c'est le Tribunal qui avait été directement saisi. Par ailleurs, en dehors des quinze jours impartis pour la comparution, aucun délai de traitement du litige n'est prévu.

Sommes toutes, la législation togolaise s'est montrée très tôt favorable aux procédés de règlement amiable dans les litiges entre employeurs et salariés. Cependant, les modes prévus par le code du travail sont susceptibles d'amélioration. Il faut d'ailleurs noter qu'avant l'adoption de cet acte uniforme, la Cour d'Arbitrage de Médiation et de Conciliation du Togo (CATO) avait aussi déjà fait un clin d'œil discret aux parties au contrat de travail. En effet, dans son règlement de médiation, la CATO a indiqué très brièvement que les requêtes relatives aux conflits individuels de travail font partie des demandes particulières qui peuvent lui être soumises. Sont donc cependant exclus des conflits collectifs de grande envergure faisant suite à une grève par exemple.

Avec l'adoption de l'acte uniforme sur la médiation, dispositif législatif qui nous semble beaucoup plus complet, une étape supérieure pourrait être franchie. Les parties pourront dorénavant prévoir dès la signature du contrat de travail, une clause de règlement de litige prévoyant le recours à la médiation en se référant notamment à l'Acte uniforme. Sachant, qu'à l'heure actuelle, il existe un seul Tribunal du Travail compétent pour l'ensemble du territoire togolais, la médiation contribuerait également à son désengorgement. Si à une époque, le Tribunal du Travail rendait rapidement ses décisions, sans doute

victime de son succès, il est aujourd'hui clairement débordé. Il n'est pas rare de voir une procédure durer deux à trois ans en première instance, alors même que des voies de recours peuvent encore être exercées à la suite.

L'insertion d'une clause de médiation en application du nouvel acte uniforme paraît donc offrir d'intéressantes perspectives. Au-delà de la seule résolution du conflit, la médiation permet la préservation éventuelle de la relation du travail lorsque celle-ci n'a pas été définitivement altérée. En application de l'article 16 de l'acte uniforme, l'accord de médiation qui interviendrait ainsi lie les parties. Il pourra être déposé au rang des minutes d'un notaire avec reconnaissance d'écritures et de signatures ou faire l'objet d'une homologation.

L'homologation est de droit si dans un délai de quinze jours, le juge ne rend pas de décision. Cette homologation automatique pourra toutefois être contestée par la partie qui estimerait que l'accord de médiation est contraire à l'ordre public. Et c'est là où la résurgence du droit du travail dans la sphère OHADA risque de prendre une tournure quelque peu cocasse. Le recours contre l'accord de médiation, quelle que soit la nature du litige pour rappeler les termes de l'article 1er de l'acte uniforme, relève de la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. La Haute Juridiction de l'espace OHADA se retrouverait donc à régler d'une manière ou d'une autre, un litige relevant du droit du travail qui ne fait toujours pas l'objet d'une réglementation communautaire. Devrait-on alors reprendre le débat sur cette question ?



L'ARBITRAGE ET LES PROCÉDURES DE RECouvreMENT APPROCHE D'UNE INCOMPATIBILITÉ GRADUÉE

INTRODUCTION

La particularité du contentieux du règlement des conflits est de formuler une diversité d'offres qui pose la question de l'aptitude du justiciable à les mettre en branle cumulativement ou alternativement. C'est ainsi qu'en matière d'arbitrage, les parties se demandent souvent si elles peuvent à la fois initier une telle procédure et user en même temps d'autres mécanismes, en l'occurrence ceux consacrés par l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

Il s'agit très concrètement de savoir si une personne, physique ou morale, après avoir choisi l'arbitrage pour le règlement d'un différend, peut rechercher une injonction de payer, de restituer ou de délivrer, ou initier une voie d'exécution ?

La capacité d'un justiciable à user de plusieurs voies à la fois est affirmée et fait l'objet d'institutions précises, à l'instar de la compétence, du dessaisissement, du sursis à statuer, du renvoi devant une juridiction, de l'opposition fond-forme, de la connexité et de la litispendance, de la jonction de procédures, de l'avant-dire-droit, du degré de juridiction, etc. Cependant, tous ces mécanismes de régulation du pluralisme procédural valent devant les juges étatiques.

La situation paraît différente en matière d'arbitrage. Aux termes des articles 21, 23 du Traité et 13 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage, lorsqu'un différend faisant l'objet d'une convention d'arbitrage est porté devant lui, le juge étatique doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétent. Il en va ainsi lors même que le tribunal arbitral n'est pas encore saisi ou qu'aucune demande d'arbitrage n'a été faite, à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable à l'espèce.

Ainsi, l'efficacité de la convention d'arbitrage, commune volonté des parties, défend celles-ci de soumettre leur litige

à une juridiction étatique qui, saisie, est tenue de se déclarer incompétente, sans pour autant le faire d'office puisque la règle n'est nullement d'ordre public, les parties pouvant renoncer à s'en prévaloir en s'abstenant de soulever une exception d'incompétence.

De là, le principe selon lequel la compétence des arbitres est équipollente de l'incompétence des juges étatiques. Si l'arbitrage est un droit de recouvrement, il se déploie en dehors des juridictions étatiques qui sont le terrain réservé des procédures de recouvrement stricto sensu. Alors que celles-ci sont portées devant la justice étatique, l'arbitrage est quant à lui un processus revêtu d'une onction privée. Ce clivage est fondamental : il scelle la différence entre ces mécanismes et implique une distribution des compétences, rendue nécessaire par un rapport de force très favorable au juge étatique.

L'on n'est donc pas surpris que ce soit le droit de l'arbitrage qui, sur un plan strictement formel, affirme cette distribution des compétences qui lui est vitale. Les juridictions étatiques étant seules compétentes en matière de procédures de recouvrement stricto sensu, il en résulte tout logiquement le principe du non cumul desdites procédures et l'arbitrage.

Or, ces procédures de recouvrement étant réputées pour leur efficacité, l'arbitrage entamerait son prestige, celui d'une alternative au procès public, si son choix devait empêcher les parties qui y recourent de se soucier, d'une part de la célérité dans le dénouement de leur cause, de leur solvabilité et de la disponibilité de leurs biens et, d'autre part, du soutien des juridictions étatiques seules détentrices de l'imperium qui fait défaut aux arbitres.

Dès lors, jusqu'où s'étend la distribution de compétences ainsi consacrée ? La muraille séparant les champs des compétences respectifs des juridictions arbitrales et des juridictions étatiques est-elle d'un absolu hermétisme et insusceptible d'être décroisée ?

Tels sont les questionnements que l'étude propose de scruter, en lien avec les rapports pouvant exister entre l'arbitrage et les procédures de recouvrement.

Il est précisé à cet égard qu'en l'absence d'une solide référence jurisprudentielle ou doctrinale, la réflexion peut recevoir en OHADA une approche prospective prenant essentiellement en compte la réglementation. L'économie générale de cette réglementation met en relief l'affirmation par le législateur du principe d'une incompatibilité graduée ou modulée, dont on précisera la consistance (I) et analysera la portée (II).

I - LA CONSISTANCE DU PRINCIPE D'UNE INCOMPATIBILITÉ GRADUÉE

La modulation de l'incompatibilité repose sur la nécessité de prendre en considération la nature de la demande des parties liées par une convention d'arbitrage. A ce titre, on retient que s'il est interdit de cumuler les procédures de recouvrement et l'arbitrage relativement au fond du litige opposant les parties (A), l'arbitrage peut toutefois se cumuler avec les mesures provisoires ou conservatoires (B).

.....

« Si l'arbitrage est un droit de recouvrement, il se déploie en dehors des juridictions étatiques qui sont le terrain réservé des procédures de recouvrement stricto sensu »

A. L'interdiction d'un cumul quant au fond du litige

Par rapport à cette interdiction, ce sont davantage les expressions « fond du litige » qui retiennent l'attention. Indépendamment de leur caractère polysémique, on peut essentiellement dire avec Gérard CORNU qu'en procédure, le juge connaît du fond du litige lorsqu'il rend une décision qui résout la contestation en droit et lui donne une solution définitive, par opposition à une décision provisoire qui ne tranche pas de contestation sérieuse et ne préjuge pas le fond.

Le fond du litige renvoie encore à l'entier litige qui désigne l'ensemble des éléments de fait et de droit de la contestation, matière de la juridiction pleine et définitive. Il est plus large que le principal, car il englobe non seulement les éléments de la contestation principale déterminée dans la demande originaire et les défenses au fond, mais les éléments qu'y ajoutent les incidents de fond que sont les demandes additionnelles et reconventionnelles.

D'autres auteurs sont plus précis. Serge Guinchard et Gabriel Montagnier indiquent par exemple que dans le droit, le fond s'oppose traditionnellement à la forme lorsqu'il s'agit de créer, de maintenir ou d'éteindre une situation juridique, d'assurer le fonctionnement d'une institution juridique.

Le fond concerne les éléments qui représentent le contenu, la matière et la substance du droit ou de la situation juridique envisagée. Il fait la matière du procès par opposition à la procédure et à la compétence : il incarne les questions de fait ou de droit qui, humainement ou juridiquement, ont rendu le procès inévitable et que le juge doit trancher.

A la faveur des lumières précédentes, on voit qu'en excluant la compétence des juges étatiques en présence d'une convention d'arbitrage, le législateur OHADA vise uniquement le fond des différends. Sur cette question, il sera précisé que dans l'arbitrage CCJA, le Règlement d'arbitrage de 1999 ne visait que les différends d'ordre contractuel.

Selon l'article 2.1 dudit Règlement en effet, la mission de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est d'administrer une procédure arbitrale lorsqu'un différend d'ordre contractuel, en application d'une convention d'arbitrage, lui est soumis par toute partie à un contrat, soit que l'une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats-parties, soit que le contrat est exécuté ou à exécuter, tout ou partie sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats-parties.

Avec la réforme intervenue à Conakry le

23 novembre 2017, il ressort désormais du même texte que la haute juridiction communautaire peut également administrer des procédures arbitrales fondées sur un instrument relatif aux investissements, notamment un Code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements.

B. La compatibilité entre l'arbitrage et les mesures provisoires ou conservatoires

Cette compatibilité entre l'arbitrage et les mesures provisoires ou conservatoires a une source légale. En droit commun et selon le dernier alinéa de l'article 13 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage, l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction étatique, en cas d'urgence reconnue et motivée, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du différend au fond pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent.

Ce texte établit essentiellement la complémentarité entre le juge étatique et le tribunal arbitral, en matière de mesures provisoires ou conservatoires, outre le rôle d'appui et de contrôle que joue le premier cité dans la mise en œuvre de l'arbitrage. Pour que le juge étatique prescrive ces mesures, il faut que le demandeur en justifie l'urgence et qu'elles ne soient pas de nature à impliquer un examen au fond du différend.

Si le droit commun renvoie les parties à saisir les juges étatiques, l'article 10-1 du Règlement d'arbitrage dispose que, sauf stipulation contraire, la convention d'arbitrage donne compétence au tribunal arbitral pour se prononcer sur toute demande provisoire ou conservatoire pendant le cours de la procédure arbitrale, à l'exception des demandes relatives aux sûretés judiciaires et aux saisies conservatoires.

Avant la remise du dossier au tribunal arbitral et, exceptionnellement après celle-ci, au cas où l'urgence des mesures provisoires et conservatoires demandées ne permet pas au tribunal arbitral de se prononcer en temps utile, les parties peuvent demander de telles mesures à la juridiction étatique compétente. Toutes ces demandes, ainsi que les mesures prises par le juge étatique compétent, sont alors portées sans délai à la connaissance du Secrétaire Général qui en informe le tribunal arbitral.

Les dispositions précédentes affirment en matière d'arbitrage CCJA le principe de la compétence des juridictions arbitrales sur les mesures provisoires et conservatoires : on présume que si le Secrétaire Général informe le tribunal arbitral, c'est normalement pour que

.....

**« Dans le droit,
le fond s'oppose
traditionnellement
à la forme lorsqu'il
s'agit de créer,
de maintenir ou
d'éteindre une
situation juridique
[...] »**

celui-ci exerce son pouvoir quant au maintien ou non des mesures édictées par le juge étatique, à la demande bien entendu d'une partie ou des deux.

C'est là une avancée particulièrement importante, l'arbitrage CCJA épargnant les parties litigantes d'avoir à engager les procédures classiques de rétractation devant le juge étatique: elles ont le privilège d'un seul juge aux pouvoirs étendus. Sauf qu'il reste à clarifier la force exécutoire de la décision du tribunal arbitral à l'égard des acteurs de l'exécution forcée.

Si le Règlement d'arbitrage exclut de la compétence du tribunal arbitral les demandes relatives aux sûretés judiciaires et aux saisies conservatoires, et ne retient que les mesures provisoires ou conservatoires, il n'est pas vain d'insister sur la sémantique des mots. Par mesure provisoire on entend une « mesure prise pour la durée d'un procès afin de régler momentanément une situation urgente en attendant une décision définitive » ; cas de l'allocation d'une provision alimentaire au conjoint et aux enfants pendant l'instance en divorce ou de l'octroi d'une pension ad litem, de la mise sous séquestre, etc.

Quant à la mesure conservatoire, elle se conçoit d'une mesure d'urgence qui est prise pour la sauvegarde d'un droit ou d'une chose, par exemple la bonne exécution du testament, l'apposition des scellés après décès ou au début des instances en divorce, la nomination d'un administrateur aux biens d'un non-présent.

Il appert, d'une part qu'une mesure peut être à la fois provisoire et conservatoire et, d'autre part, qu'une telle mesure peut toujours être décidée par une juridiction étatique saisie spécialement à cette fin. Singulièrement dans sa première partie, l'assertion rejoint le sens large de la saisie conservatoire, à savoir « l'ensemble des saisies dont l'unique objet et l'unique effet sont de frapper d'indisponibilité le

bien saisi, afin d'empêcher le débiteur de soustraire ce bien du gage de son créancier » ; c'est encore une « garantie conservatoire rapidement obtenue mais provisoire que le créancier peut faire convertir en saisie exécutoire ».

Pour éviter la confusion, on retient que sur le plan technique, on entend par mesure conservatoire l'ensemble des saisies conservatoires et des sûretés judiciaires, mesures que toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut obtenir du juge étatique l'autorisation de pratiquer, sur la justification des circonstances qui risquent d'en compromettre le recouvrement. Une sûreté judiciaire est une mesure provisoire qui se conçoit surtout d'une garantie pouvant être constituée, à titre conservatoire, sur certains biens, en vertu d'une autorisation de justice : cas d'une hypothèque sur un immeuble, du nantissement d'un fonds de commerce, d'actions, de parts sociales ou de valeurs mobilières.

L'on est donc tenté de conclure que le juge étatique peut prescrire non seulement une saisie conservatoire ou une sûreté judiciaire, mais aussi l'ouverture ou la fermeture du local, la mise sous séquestre des loyers, la pose de scellés, la communication des documents ou des preuves, nonobstant l'existence au contrat de location-gérance ou de bail à usage professionnel d'une clause compromissoire ou le fait que les parties sont dans une instance arbitrale. Dans l'arbitrage CCJA, le tribunal arbitral peut prescrire les mêmes mesures, sauf lorsqu'il s'agit des saisies conservatoires et des sûretés judiciaires. Mais toutes les procédures prévues par l'Acte uniforme du 10 avril 1998 sont-elles des mesures provisoires ou conservatoires, ou des saisies conservatoires ou des sûretés judiciaires ?

II- LA PORTÉE DU PRINCIPE D'UNE INCOMPATIBILITÉ GRADUÉE

La modulation de l'incompatibilité entre l'arbitrage et les procédures de recouvrement implique aussi l'existence de quelques exceptions à l'incapacité des parties à une convention d'arbitrage de procéder à des mesures susceptibles d'entraîner un examen du différend au fond. On peut à titre d'illustration évoquer la compatibilité systémique perceptible entre l'arbitrage et le régime de certaines saisies conservatoires (A) ou le régime des procédures simplifiées (B).

A. La compatibilité entre l'arbitrage et certaines mesures conservatoires

Cette compatibilité concerne les sûretés judiciaires et les saisies conservatoires. S'agissant de la sûreté judiciaire, elle est définie comme une garantie pouvant porter, à titre conservatoire, sur certains biens. Mais en fait, les biens en question ne sont pas nécessairement la propriété du débiteur lié par une convention d'arbitrage⁶; de sorte que celle-ci ne suffirait pas à empêcher le créancier de rechercher une telle mesure contre quiconque se serait engagé à payer la dette du débiteur lié par la convention d'arbitrage dans le cas où celui-ci défailait. Par ailleurs, la question se pose sur ce qu'il adviendrait au cas où le tiers garant déciderait d'intervenir dans la procédure arbitrale, dans le cas particulier de l'arbitrage CCJA, en adhérant à la convention d'arbitrage ?

S'agissant des saisies conservatoires, il est dit dans l'arbitrage de droit commun qu'une partie peut les obtenir du juge étatique à la condition que ces mesures n'entraînent pas un examen du différend au fond. La question se pose là aussi relativement à l'identification de ces saisies conservatoires qui n'entraînent pas un examen du litige au fond ?

.....

« Dans l'arbitrage CCJA, le tribunal arbitral peut prescrire les mêmes mesures (ndlr: qu'un juge étatique), sauf lorsqu'il s'agit des saisies conservatoires et des sûretés judiciaires. »

Substantiellement en effet, la combinaison des articles 54, 56, 61 et 62 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution rapporte que toute personne qui prétend détenir une créance paraissant fondée en son principe peut demander à la juridiction compétente l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur tous les biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances de nature à en menacer le recouvrement.

En plus, lorsque la saisie conservatoire a été pratiquée sans titre exécutoire, le créancier doit, dans le mois qui suit ladite saisie, à peine de caducité, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire. Dans tous les cas la juridiction compétente peut, à tout moment, sur la demande du débiteur, donner mainlevée de la saisie conservatoire dans les conditions fixées par la loi. Ces dispositions peuvent développer des équivoques, dans la mesure où il peut sembler que la recherche d'un titre exécutoire peut conduire la juridiction saisie, à cet effet, à jeter un regard sur la cause de la créance et donc, sur le fond même du litige.

On imagine par ailleurs que la juridiction compétente saisie par le débiteur qui conteste la dette sera naturellement conduite à vérifier le bien-fondé des arguments de chacune des parties, ce qu'elle ferait difficilement sans contempler le fond des rapports existants entre les parties et desquels serait née la créance poursuivie. Bref, dans un contexte où l'une des parties soutient l'existence d'une créance certaine liquide et exigible, alors que la partie adverse le conteste catégoriquement, dans quelle mesure la juridiction compétente peut-elle trancher sans examiner l'affaire au fond ?

Une opinion suggère de considérer qu'en l'espèce, la contestation portée devant le juge étatique a pour objet une apparence du principe de créance, alors que le fond du différend que ce même juge ne saurait trancher serait relatif, pour prendre cet exemple, au contrat liant les parties dont l'interprétation permettrait de statuer sur l'existence ou non de la créance.

Il reste que si le juge étatique rejette la contestation et maintient la saisie à concurrence des sommes poursuivies, sa décision, revêtue de l'autorité définitive de la chose jugée, consacre non une apparence de principe de créance, mais une créance réelle. Dans tous les cas, on aurait du mal, dans un tel contexte, à percevoir l'objet d'une instance arbitrale.

De même, relativement aux saisies conservatoires et sûretés judiciaires exclues par l'article 10-1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA, la question se pose de savoir si ces mesures que le tribunal arbitral ne peut prescrire

.....

« Comme les saisies conservatoires et les suretés judiciaires, les procédures simplifiées de recouvrement paraissent aussi compatibles avec l'arbitrage »

l'être à la demande d'une partie par la juridiction étatique compétente faisant application de l'article 13 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ?

Dans un arrêt qui remonte à une décennie la CCJA avait, au visa de l'article 10.1 de son Règlement d'arbitrage, énoncé que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne figure pas au nombre des actes juridiques applicables à l'arbitrage institutionnel CCJA.

Nous serions tentés de partager l'avis d'un auteur qui écrit que cette jurisprudence est discutable et discutée. L'exclusion de l'application des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, au motif qu'il s'agit d'un arbitrage CCJA, ne devrait se concevoir que si le Règlement d'arbitrage de la CCJA, qui est une norme spéciale, traite effectivement de la question posée; ce qui n'est pas le cas.

Le Règlement d'arbitrage se contentant en effet d'exclure les saisies conservatoires et les suretés judiciaires de la compétence du tribunal arbitral, il consacre de facto la compétence des juridictions étatiques en la matière. Il est clair que l'arbitrage CCJA s'offrirait une balle dans l'aile, comparativement à l'arbitrage de droit commun, s'il fallait considérer qu'il ne laisse aucune possibilité aux parties de rechercher une saisie ou une sûreté devant le juge étatique.

Toujours à propos des saisies conservatoires, il ressort des dispositions des articles 54 et 55 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution qu'un créancier peut, sans autorisation de la juridiction étatique ni commandement préalable, pratiquer une saisie conservatoire sur les biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur. Il en va ainsi lorsque sa créance est menacée dans son recouvrement, ou lorsqu'il se prévaut d'un titre exécutoire, du défaut de paiement dûment établi d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque, ou d'un loyer impayé après commandement dès lors que celui-ci est dû en vertu d'un contrat de bail d'immeuble écrit.

A priori, le créancier qui fait usage de ces dispositions ne saisit aucun juge étatique et ne renie en rien de son engagement de recourir à l'arbitrage. Le débiteur saisi peut-il dès lors valablement saisir la juridiction étatique en contestation d'une telle saisie conservatoire, sans qu'on ne lui oppose la clause compromissoire ?

Dans quelle mesure une sûreté constituée à titre conservatoire sans une autorisation du juge étatique pourrait-elle être considérée comme judiciaire? La solution pourrait être pratique. Ainsi, le juge étatique qui ne décèle aucune faille formelle dans la saisie pratiquée pourrait, à la demande d'une partie ou des deux, surseoir à l'exécution de ladite mesure dans l'attente de l'issue de l'arbitrage. Rien ne s'oppose non plus, en pareille hypothèse, à ce que les parties mettent en œuvre la procédure de médiation sur la saisie conservatoire pratiquée.

Comme les saisies conservatoires et les suretés judiciaires, les procédures simplifiées de recouvrement paraissent aussi compatibles avec l'arbitrage.

B. La compatibilité entre l'arbitrage et certaines étapes des injonctions

L'on doit tout d'abord affirmer qu'une injonction de payer, de restituer ou de délivrer constitue certes une décision provisoire à une certaine étape de son processus légal, mais cela n'en fait ni une mesure provisoire ni une saisie conservatoire ou une sûreté judiciaire, d'autant qu'en droit OHADA notamment, il s'agit d'une décision de fond, rendue par une juridiction étatique dans le cadre d'une procédure dont l'articulation est spécifique.

Cela dit, il ressort des dispositions des articles 1 et 19 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement que le recouvrement d'une créance certaine, liquide et exigible peut être demandé suivant la procédure d'injonction de payer ; celui qui se prétend créancier d'une obligation de délivrance ou de restitution d'un bien meuble corporel déterminé, peut demander au président de la juridiction compétente d'ordonner cette délivrance ou restitution.

Mais le fond d'un litige opposant deux parties à un contrat comportant une clause compromissoire peut porter sur la certitude, la liquidité ou l'exigibilité d'une créance, ou encore sur l'existence d'une obligation de délivrer ou de restituer un bien meuble corporel précis. Serait-il dans ce cas précis possible à une partie d'obtenir une injonction de payer, de restituer ou de délivrer, sans que l'on ne lui oppose l'incompétence des juridictions étatiques ?

La question n'appelle aucune réponse hâtive: une analyse des textes montre que le système module l'interdiction d'utiliser les procédures de recouvrement

en raison de l'existence d'une convention d'arbitrage. Et pour cause, lorsqu'en vertu de l'article 5 de l'Acte uniforme précité, le président du tribunal rend une décision portant injonction de payer, de délivrer ou de restituer, on retient des articles 7 et 8 du même Acte que cette décision doit, à peine de caducité, être signifiée à la partie précocement condamnée de façon unilatérale.

Mieux, à peine de nullité, la signification indique à cette personne qu'elle a la latitude de former opposition devant la juridiction compétente dans les délais qui lui sont d'ailleurs rappelés, faute de quoi le bénéficiaire de l'injonction pourra solliciter la délivrance d'un titre exécutoire au moyen de l'apposition de la formule exécutoire sur ladite décision.

Dans les faits donc, rien ne semble interdire à un créancier lié par une convention d'arbitrage de solliciter une injonction de payer, de délivrer ou de restituer. Il en va ainsi surtout parce que l'incompétence du juge étatique du fait d'une convention d'arbitrage, n'a pas un caractère d'ordre public et ne peut en théorie être relevée d'office par le président du tribunal saisi d'une telle requête, encore qu'il soit difficile de le savoir eu égard à la discrétion qui entoure sa décision de rejet de la demande d'injonction de payer, de restituer ou de délivrer.

Dès cet instant, la question se pose relativement à l'efficacité de la convention d'arbitrage par rapport au débiteur qui n'a pas dans les délais requis, formé opposition à une décision portant injonction de payer, de restituer ou de délivrer. Peut-il raisonnablement se prévaloir de la convention d'arbitrage pour mettre en échec les effets que la loi attache à une décision portant injonction de payer en forme exécutoire par exemple ?

Dans la même logique, selon l'article 12 de l'Acte uniforme susvisé, « la juridiction saisie sur opposition procède

.....

« [...] l'incompétence du juge étatique du fait d'une convention d'arbitrage n'a pas un caractère d'ordre public et en peut en théorie être relevée d'office par le Président du Tribunal de Commerce »



à une tentative de conciliation. Si celle-ci aboutit, le président dresse un procès-verbal de conciliation signé par les parties, dont une expédition est revêtue de la formule exécutoire. Si la tentative de conciliation échoue, la juridiction statue immédiatement sur la demande en recouvrement, même en l'absence du débiteur ayant formé opposition, par une décision qui aura les effets d'une décision contradictoire ».

Il en résulte qu'en principe, le tribunal saisi sur opposition n'examine le fond de celle-ci qu'en cas de non conciliation des parties. C'est lorsqu'il y a échec de la tentative de conciliation que le tribunal se trouve valablement saisi du litige. C'est à ce moment-là que se pose, en principe, la question de sa compétence à connaître du fond du litige, dès lors que les parties seraient liées par une convention d'arbitrage. Et d'ailleurs, pour que le tribunal saisi sur opposition décline sa compétence *rationae materiae*, il faut que l'une des parties soulève, on l'a dit, son incompétence. Là également, on peut se demander ce qu'il adviendrait si jamais aucune des parties ne soulevait cette exception ?

C'est dire que la question de la compatibilité entre l'arbitrage et les procédures simplifiées de recouvrement convie à considérer les phases de celles-ci et leurs spécificités ; ce qui conforte la thèse de leur compatibilité modulée avec l'arbitrage.

Comme on l'a dit à propos des saisies conservatoires et des suretés judiciaires, la problématique posée requiert une solution plutôt pratique, loin des simples proclamations de principe. Avisé, le tribunal saisi sur opposition à injonction qui ne décèle aucune faille formelle dans le processus de délivrance d'une telle

décision devrait, à la demande d'une partie ou des deux, surseoir à l'examen au fond du litige jusqu'à issue connue de la procédure arbitrale mise ou à mettre en œuvre.

Dans ce domaine également, les parties litigantes peuvent, même après l'échec de la conciliation instituée par l'article 12 de l'Acte uniforme suscité, recourir à la médiation qui, c'est le lieu de le souligner, a la particularité d'être disponible, sinon plus trivialement au service de toutes les procédures de recouvrement que consacre le droit positif dans l'espace OHADA.

CONCLUSION

En conclusion, les Actes uniformes sus-évoqués portent des offres que le législateur met entre les mains des justiciables qui doivent les maîtriser et les utiliser à bon escient. Certes, la convention d'arbitrage signifie que les parties ont choisi de passer outre les juridictions étatiques, mais il ne leur est pas impossible de revenir vers celles-ci, dont la permanence constitue comme on le sait un gage de la continuité de l'Etat de droit.

Tout semble donc tributaire des circonstances intrinsèques à chaque affaire, lesquelles peuvent être particulièrement nombreuses.

La relativité de l'incompétence des juridictions étatiques au fond des litiges arbitrables n'affecte-t-elle pas l'efficacité de la convention d'arbitrage ?

Le moins qu'on puisse dire est que cette question voit se confronter quelques principes généraux. Puisque les conventions légalement formées doivent être exécutées de bonne foi,

on ne s'attend pas en principe à ce qu'une personne liée par une clause compromissoire puisse encore saisir le juge étatique d'une demande de nature à amener celui-ci à connaître du fond du litige.

Mais de l'autre côté aussi, nul n'étant censé ignorer la loi et ne pouvant se prévaloir de sa propre turpitude, aucun justiciable ne saurait s'en prendre à autrui s'il n'a pas su user des voies consacrées par les lois en vigueur.

L'arbitrage à l'heure des grèves des magistrats et des greffiers en Afrique

par Maître Régine d'ALMEIDA MENSAH

ARBITRE CCJA

L'administration judiciaire de la plupart des pays d'Afrique, et en particulier de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), connaît depuis quelques années une vague de grèves des magistrats et des greffiers.

En décembre 2017, le Syndicat National des Magistrats du Gabon (SYNAMAG) a lancé un mouvement de grève qui a duré plus de deux mois, suivi de la grève des greffiers qui a duré près de quatre (4) mois. Ainsi, durant six (6) mois, l'administration judiciaire gabonaise a connu une période d'inactivité.

D'autres pays de la zone OHADA sont concernés, tels que le Bénin où les magistrats ont lancé en février 2018 un mouvement de grève qui a duré près de deux (2) mois ; en Côte d'Ivoire, l'année judiciaire a également été marquée par la grève des greffiers en mars 2018 ; et au Mali, les magistrats ont décrété une grève illimitée en septembre 2018 obligeant le gouvernement à reporter la date des élections législatives.

Et la liste est longue !

Ces différentes grèves bloquent l'appareil judiciaire, empêchant le cours normal des procédures pendantes devant les différentes juridictions étatiques. Elles mettent également à mal les objectifs du Droit OHADA qui a prévu des procédures simplifiées, afin d'obtenir le règlement rapide des litiges et encourager les investissements en Afrique. Les procédures simplifiées, telles que l'injonction de payer, les saisies conservatoires, les saisies attribution, sont ralenties et vidées de leur finalité en raison de ces grèves fréquentes. Il va sans dire que le blocage de la justice cause un préjudice certain aux entreprises de l'espace OHADA. Quelle alternative face à cette situation ?

I- L'arrêt des activités judiciaires, un danger pour l'expansion de l'économie

Un litige dont le règlement aurait pu intervenir au bout de quelques mois, prend finalement plus de temps que prévu. Cette situation va à l'encontre des intérêts des opérateurs économiques pour qui : « Time is Money », « le temps, c'est de l'argent ». Les mouvements de grève dans le secteur de la Justice créent une insécurité juridique et judiciaire dont les conséquences sur l'économie sont incalculables.

Imaginons un litige qui oppose la Société X à la société Y ; la Société X a saisi le tribunal en paiement de sommes. En raison d'un mouvement de grève déclenché par les greffiers et ou les magistrats, la société X est obligée d'attendre la levée du mot d'ordre de grève pour que la décision soit rendue. Ces cas d'école sont fréquents et différemment vécus par les opérateurs économiques. Face à cette situation, quelle doit être la réaction de l'opérateur économique ?

II- L'arbitrage, une alternative efficace contre les aléas de la grève dans le corps judiciaire

Le Traité relatif à l'OHADA encourage en son article 1^{er}, le recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels. En effet, il est à l'avantage des opérateurs économiques de recourir à l'arbitrage, en raison de sa rapidité, de son caractère confidentiel et de la maîtrise de son coût. Les partenaires d'affaires manifestent leur volonté de soumettre leur différend devant un tribunal arbitral, représenté par un ou trois « juges privés » de leur choix, appelés arbitres, au lieu de le porter devant les juridictions étatiques.

Et comme le dit ce proverbe français, «

Pour soutenir un procès il faut trois sacs : sac de papiers, sac d'argent, sac de patience ».

Pourquoi être obligé de prévoir trois sacs, si l'on a la possibilité d'en prévoir un ou deux puisqu'avec l'arbitrage, il est possible de gagner en temps, ce qui réduit considérablement l'obligation de patience liée à la lenteur des procédures devant les tribunaux étatiques.

Le recours à l'arbitrage nécessite au préalable l'existence d'une convention d'arbitrage. Cette convention pourra être une clause compromissoire prévue dans le contrat des parties ou un compromis signé lorsque le litige est déjà né. A cet effet, il est important de s'adresser à des professionnels pour la rédaction d'une bonne convention d'arbitrage.

La décision rendue par le ou les arbitres, appelée sentence arbitrale, est revêtue de l'autorité de la chose jugée. Il est donc dans l'intérêt des opérateurs économiques de recourir à ce mode de règlement des litiges.

Les partenaires d'affaires peuvent opter pour un arbitrage ad hoc ou institutionnel.

Dans le cas de l'arbitrage ad hoc, les parties déterminent les modalités de constitution du Tribunal arbitral et de la procédure, alors que dans l'arbitrage institutionnel, les parties s'adressent à un centre d'arbitrage et se soumettent au règlement de ce centre. Ce type d'arbitrage devrait être privilégié par les opérateurs économiques, car, la procédure est encadrée par ce centre d'arbitrage.

III- L'arbitrage CCJA, un véritable avantage pour les opérateurs économiques

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est un centre d'arbitrage institué par le législateur OHADA. L'article 27-1 du Règlement d'Arbitrage CCJA dispose que : « Toute sentence arbitrale... (...) revêt un caractère obligatoire pour les parties et a l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat Partie, au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat. Elle peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire de l'un quelconque des Etats Parties. ».

En d'autres termes, la sentence arbitrale est exécutoire dans les dix-sept Etats membres de l'OHADA.

Les investissements en Afrique sont en perpétuelle croissance et il en est de

même de la circulation des personnes et des biens. Afin de sécuriser les relations d'affaires, l'arbitrage devrait être le mode privilégié de règlement des litiges.

Cependant, comme le dit l'adage, « Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès ». En effet, dans le monde des affaires, il est préférable de sauvegarder les relations entre partenaires d'affaires, raison pour laquelle les Etats membres de l'OHADA ont à côté de l'arbitrage, adopté l'Acte Uniforme Relatif à la Médiation.



Complexité et risques du mécanisme LBO dans l'espace OHADA

Le marché des opérations de financement d'acquisition à effet de levier est en pleine expansion en Afrique⁽¹⁾.

En effet, les innovations du droit des sociétés ont permis de créer des structures sociétaires modernes et souples répondant aux besoins de l'activité de capital développement par la mise en place entre autres d'une réglementation propice à la création et à l'émission de valeurs mobilières⁽²⁾.

L'Afrique continue par attirer les investisseurs des fonds de private equity opérant sur le continent sont devenus incontournables et participent réellement au dynamisme des économies en favorisant le financement des entreprises dans les secteurs comme les télécommunications, l'énergie et les ressources naturelles.

Le Leverage buy out en abrégé LBO, est une technique qui permet de financer la transmission d'une entreprise à ses dirigeants salariés, ou à un repreneur extérieur, en s'appuyant sur des investisseurs spécialisés et des banques.

Le LBO doit être distingué du LMBO (leveraged management buy out) qui n'est qu'une forme particulière de LBO dans laquelle les investisseurs sont des salariés de la cible. Il se distingue également d'autres formes possibles comme le BIMBO⁽³⁾ (Buy in management buy out), LMBO (Leveraged Management buy in) ou du MBI⁽⁴⁾ (Management buy in) ou OBO⁽⁵⁾ (Owner buy out).

Le LBO diffère des techniques de reprise d'entreprise en difficulté. En effet, en raison des importants dividendes qui doivent être distribués par la cible à la holding, seules les sociétés en bonne santé peuvent faire l'objet d'une acquisition avec effet de levier.

Le principe du LBO est simple : une société holding est créée, et s'endette pour racheter la majorité des actions d'une

société cible. Les emprunts sont ensuite remboursés grâce aux dividendes que la cible verse à la holding.

Aujourd'hui, la plupart des managers et des cadres dirigeants de la zone OHADA ont déjà entendu parler du LBO, mais rares encore sont ceux qui savent vraiment "comment ça marche", ne serait-ce que parce que l'occasion de participer à un LBO durant sa vie professionnelle reste encore l'exception.

C'est en pensant plus particulièrement à ces chefs d'entreprises et dirigeants de petites et moyennes entreprises, que cet article se propose succinctement de mettre en lumière le mécanisme du LBO et les risques liés aux aspects juridiques et fiscaux de l'opération.

I- La complexité du mécanisme de financement à effet de levier

Le mécanisme du LBO fait appel à un processus de rachat structuré et maîtrisé qui met en association les dirigeants repreneurs et les investisseurs financiers lors du rachat de la cible et au cours de la vie de l'opération.

Le Leverage Buy Out – ou rachat avec effet de levier – se compose, comme son nom le suggère, de deux éléments :

- une opération de rachat d'une entreprise : concrètement, le rachat concernera la majorité, au moins, des parts ou actions représentatives du capital de la société-cible ;

- un rachat particulier puisqu'il repose sur un « effet de levier » (leverage).

Cet effet est avant tout financier : en maximisant la dette d'acquisition par rapport aux capitaux propres, celui qui réalise une opération de LBO (le sponsor) pourra augmenter mécaniquement son

retour sur investissement. Les opérations de LBO sont également originales, voire complexes, en ce qu'elles font régulièrement appel à d'autres effets de levier⁽⁶⁾ :

- juridique : avec l'interposition de sociétés holdings, la détention de la simple majorité suffit à contrôler la cible, avec un investissement en capital restreint ;

- opérationnel : maximisation de la performance de la société-cible due à une gestion opérationnelle rigoureuse ;

- fiscal : économie d'impôts résultant de l'imputation des charges financières de la dette d'acquisition de la holding sur les bénéfices de la société-cible ;

- social : gains dus à une forte incitation du management au succès de l'opération

- informationnel : gestion dynamique de l'information pour maximiser la valorisation de la société-cible à la sortie. Une opération de rachat mettant en œuvre le mécanisme juridique de l'effet de levier est assez délicat.

En effet, c'est la holding qui va s'endetter pour racheter la société cible. Les emprunts seront remboursés par les dividendes versés par la cible. Il convient, pour un rachat, d'analyser très finement la situation de la holding et celle de l'entreprise cible. Une attention particulière doit tout d'abord être accordée au calcul de la rentabilité financière de la cible. Cette rentabilité doit s'apprécier non de façon statique, mais avec une attitude dynamique⁽⁷⁾.

L'effet de levier financier permet de faire supporter tout ou partie du financement de la prise de contrôle par la société rachetée, et non par l'investisseur. C'est là que l'opération présente un risque considérable.



II- Les risques liés aux aspects juridiques et fiscaux de l'opération

En présence d'un LBO, les crédits sont consentis à des sociétés ad hoc, ne possédant comme actifs que les titres de la société achetée (la cible). La seule garantie possible pour la banque est donc le nantissement des titres acquis. Ces titres n'ont de réelle valeur que si la société cible est en bonne santé financière. La dette d'acquisition est souvent garantie par l'intégralité des titres détenus par la holding dans la cible.

Sous cet angle, le risque consiste à ne pas laisser à la société-cible une marge de manœuvre suffisante pour poursuivre son développement souvent contrainte par le poids de la dette d'acquisition que la holding d'acquisition lui fait, indirectement, porter. Les risques juridiques étant notamment : abus de bien sociaux, distribution de dividendes fictifs, action en responsabilité, ouverture d'une procédure collective, non-déductibilité etc..

En pratique, pour conjurer ces risques, la vigilance doit porter essentiellement sur une sélection rigoureuse d'une cible dont les fondamentaux financiers sont adaptés à une opération de LBO (notamment l'existence d'un cash-flow récurrent et prévisible). D'un point de vue fiscal, un montage juridique mal rédigé peut se traduire par des frottements fiscaux ou des absences

d'optimisation fiscale et priver le groupe d'économies fiscales en les empêchant notamment de bénéficier de l'intégration fiscale.

En raison des garanties limitées et du risque élevé des financements à effet de levier, les managers associés à l'opération doivent s'assurer que la société cible présente les garanties suffisantes, quant aux profits futurs, pour que le succès soit au rendez-vous.

(1) Ces opérations qui ont été introduites en Afrique subsaharienne avec l'avènement du droit OHADA en 1993 ont pris rapidement une grande extension avec la réforme de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (AUSC-GIE) du 30 janvier 2014.

(2) L'autorisation de la création des valeurs mobilières composées, telles que les obligations convertibles en actions, les obligations avec bons de souscription d'actions etc..., prévue par les dispositions des articles 822 et suivants de l'AUSC-GIE offre une souplesse de choix aux porteurs de ces titres et demeure attractif pour les investisseurs.

(3) Mécanisme correspondant à l'acquisition d'une entreprise impliquant une équipe de dirigeants composée d'anciens membres titulaires et de nouveaux membres extérieurs, associés ou non à un ou plusieurs investisseurs financiers.

(4) Mécanisme impliquant l'acquisition d'une entreprise par une équipe de manager extérieur associée ou non à plusieurs investisseurs financiers.

(5) Mécanisme d'acquisition d'une entreprise par une holding détenu par l'actuel propriétaire associé ou non à des investisseurs financiers, souvent à l'occasion d'une opération dite de cash out.

(6) « Guide des pactes d'actionnaires et d'associés » co-écrit par Sophie Schiller, professeur, agrégée de droit privée à l'université Paris-Dauphine et Didier Martin, avocat à la cour, publié aux éditions Lexis-Nexis.

(7) V. « Guide des pactes d'actionnaires et d'associés » op cit

VOUS SOUHAITEZ PUBLIER UN ARTICLE OU UNE PUBLICITÉ DANS NOTRE PROCHAIN NUMÉRO ? ECRIVEZ-NOUS | SUPPORT@LEX4.COM

