

QUE DISENT LES TEXTES OHADA EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT ?*

Sébastien MANCIAUX
Maître de conférences à l'Université de Bourgogne
Membre du CREDIMI

L'OHADA, Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires a été créée à l'initiative d'un certain nombre d'Etats africains francophones par le Traité de Port-Maurice de 1993¹⁰¹². Comme tout Traité international, le Traité relatif à l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires débute par un préambule qui énonce son objet et plus précisément en l'occurrence l'objet de l'organisation qu'il crée. Au quatrième paragraphe de ce préambule, il est indiqué que l'OHADA a pour objectif la mise en place au sein de ses Etats membres « d'un droit des affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises », l'application de ce droit devant, selon les termes du cinquième paragraphe de ce même préambule, « garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement ».

L'un des objets de l'OHADA est donc d'encourager l'investissement, circonstance que n'ont pas manqué de relever de nombreux commentateurs¹⁰¹³. Mais l'intitulé même du Traité OHADA révèle qu'il ne s'agit pas d'un instrument dédié aux investissements comme peuvent l'être les Accords de Protection et de Promotion des Investissements (APPI), la Convention de Washington de 1965 créant le Centre International des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) ou encore la Convention de Séoul de 1988 créant l'Agence Multilatérale pour la Garantie des Investissements (AMGI).

Il convient cependant de ne pas tirer de conclusion hâtive de ce premier constat car il existe de nombreux Traités internationaux non exclusivement dédiés aux investissements mais qui comportent des chapitres importants consacrés à cette matière. Tel est le cas de l'Alena (Accord de libre échange nord américain) et son fameux Chapitre XI, du Traité sur la Charte de l'Energie, ou encore des Accords de libre échange (ALE) qui sont des accords bilatéraux construits sur le modèle du Traité Alena et qui contiennent souvent un chapitre dédié aux

* par Sébastien Manciaux, maître de conférences à l'Université de Bourgogne, membre du CREDIMI. Cet article a pour origine une communication présentée le 31 mars 2010 lors du colloque « L'OHADA et le droit des investissements » organisé à Dijon par l'auteur et les étudiants du Master 2 recherche de droit des affaires internationales regroupés dans l'association des juristes-recherche d'affaires internationales (AJRAI).

¹⁰¹² L'OHADA regroupe en 2012 les 14 Etats de la zone CFA (Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée-Bissau, Guinée-Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo) plus les Comores et la Guinée Conakry. La République Démocratique du Congo est en cours d'adhésion. Le Traité de Port-Maurice a été révisé le 17 octobre 2008 à Québec lors d'un sommet de la francophonie, mais ces révisions essentiellement de forme et qui font de l'anglais, de l'espagnol et du portugais les trois autres langues officielles en plus du français, ne sont pas encore entrées en vigueur.

¹⁰¹³ Félix Onana Etoundi, « La sécurisation judiciaire de l'investissement en Afrique : à propos du rôle joué par la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, *Actualités juridiques* n°53/2007, pp. 3 et s. ; Roger Massamba, « L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique », *Penant*, n° 855, pp. 137 et s. ; Laurent Benkemoun, « Sécurité juridique et investissements internationaux », *Penant*, n° 855, pp.193 et s.

investissements. Et l'on sait l'importance que joue par exemple le Chapitre XI de L'Aléna en droit des investissements...

Pour savoir ce que dit le droit OHADA en matière d'investissement, il faut alors aller plus loin et en examiner le contenu, les instruments. Le pluriel est de mise car les articles 1 et 5 du Traité OHADA révèlent en effet que ce dernier est conçu comme une matrice au sein de laquelle doivent s'élaborer les règles communes regroupées en Actes Uniformes. À l'heure actuelle, huit actes uniformes ont été adoptés dans des domaines aussi variés que les procédures collectives, les sociétés commerciales, la comptabilité des entreprises, les sûretés, l'arbitrage, le transport par route, le droit commercial général et le recouvrement de créances et voies d'exécution. Et au moins deux autres actes uniformes sont en préparation, l'un sur le droit des contrats et l'autre sur le droit du travail. On observera cependant qu'aucun de ces actes uniformes et aucun des Chapitres du Traité OHADA n'est dédié aux investissements.

Des éventuels apports ou liens entre le droit OHADA et le droit des investissements doivent alors être recherché au sein du corpus de règles que constituent le Traité de 1993 et les actes uniformes pris en application de celui-ci. La démarche proposée pour déterminer ces éventuels apports ou liens consiste dans un premier temps à rechercher dans les textes en vigueur les passages où il est question d'investissement et/ou d'investisseur (I). Mais il convient de ne pas s'arrêter là car même si elle ne s'adresse pas nommément à eux, une règle peut se révéler fort utile pour les investissements et investisseurs. Au-delà des apparences, il, s'agit alors d'examiner, en substance, les apports ou liens éventuels entre le droit OHADA et le droit des investissements (II)

I. L'UTILISATION DES TERMES « INVESTISSEMENT » ET « INVESTISSEUR » DANS LES TEXTES OHADA

La recension des endroits où apparaissent les termes « investisseur » ou « investissement » dans les textes OHADA n'est guère difficile avec les outils informatiques modernes. La fonction « recherche » est simple à mettre en oeuvre et d'une grande efficacité. Contrairement à l'oeil humain, elle ne laisse passer aucun paragraphe, aucune ligne. Mais ce que l'ordinateur ne fait pas, ou mal, c'est établir le sens dans lequel le mot recherché est employé. Après une recension (A), il conviendra donc de s'intéresser au sens dans lequel les termes « investissement » et « investisseur » sont employés dans les textes OHADA (B).

A. LA RECENSION

Les résultats enregistrés sont maigres. Le terme « investissement » n'apparaît qu'une seule fois dans le traité OHADA lui-même, dans ce passage du préambule déjà cité. Il n'est notamment pas réitéré à l'article premier du Traité qui se contente de fixer l'objectif premier de ce texte : harmoniser le droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes.

L'espoir né de la découverte du terme « investissement » dans le cinquième paragraphe du Traité OHADA est donc vite déçu, d'autant qu'aucune référence n'est non plus faite dans le texte aux investisseurs ou à l'action de ces derniers : investir.

S'agissant des actes uniformes actuellement en vigueur, les résultats sont contrastés. Aucun des termes espérés n'apparaît dans l'acte uniforme sur les sûretés, ni dans celui sur les procédures collectives, ni dans celui relatif au transport par route, pas plus que dans celui qui concerne le recouvrement de créances et les voies d'exécution. Plus « inquiétant », en raison de l'importance du mécanisme d'arbitrage dans le développement du droit des investissements, aucun des termes recherchés ne ressort non plus de l'acte uniforme sur l'arbitrage.

À l'opposé, le terme « investisseur » apparaît quatre fois dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et GIE (aux articles 87, 90, 91 et 832). Quant au terme « investissement », il apparaît une fois dans l'acte uniforme sur le droit commercial général (à l'article 94) et une fois également dans l'acte uniforme sur la comptabilité des entreprises (à l'article 32).

Il faut préciser ici que dans aucune des dispositions relevées le terme « investissement » n'est accompagné du qualificatif « étranger » ou « international ». C'est dire que le droit OHADA ne distingue pas selon l'origine de l'investissement ou la nationalité de l'investisseur. Etrangers et nationaux sont ainsi conjointement visés dès lors qu'ils opèrent sur le territoire d'un Etat membre de l'OHADA. Malgré l'absence de segmentation des opérations et opérateurs visés, la moisson est maigre, et plus encore si l'on examine le sens dans lequel les termes relevés sont employés.

B. LE SENS DANS LEQUEL LES TERMES « INVESTISSEMENT » ET « INVESTISSEUR » SONT EMPLOYES DANS LE DROIT OHADA

Le terme « investissement » fait partie de ces quelques termes que les juristes emploient sans les définir. Ce n'est pourtant pas faute d'essayer. En la matière, les textes sont flous, la jurisprudence éclatée et les controverses doctrinales sont vives dans la sphère des relations économiques internationales¹⁰¹⁴. On retiendra ici que le terme « investissement » désigne l'opération consistant pour un acteur économique à développer une activité économique -ou à y participer- par le biais d'un apport et dans l'espoir d'en retirer ultérieurement un revenu¹⁰¹⁵.

¹⁰¹⁴ Pour une vision d'ensemble de cette problématique, v. par exemple Sébastien Manciaux, « Actualité de la notion d'investissement international », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, actes du colloque éponyme du 3 avril 2008 organisé à Paris par l'Institut des Hautes Etudes Internationales de l'Université de Paris II, sous la direction de Charles Leben, Anthémis/LGDJ, 2010, pp. 145-173.

¹⁰¹⁵ Cette définition est assez proche des trop rares définitions que l'on trouve dans quelques ALE conclus par le Chili. Ainsi l'article 10.27 de l'ALE Chili-USA prévoit que « investissement signifie tout actif qu'un investisseur possède ou contrôle, directement ou indirectement, qui possède les caractéristiques d'un investissement comme un apport en numéraire ou d'une autre ressource, l'attente d'un gain ou profit, ou l'acceptation d'un risque ». La même définition figure dans les ALE conclus avec la Corée du Sud (article 10.1), le Pérou (article 11.28) et l'Australie (article 10.1.h). On ajoutera que la définition retenue dans ces ALE est très proche de celle qui était proposé dans le projet d'Accord Multilatéral sur les Investissements (AMI), négocié au sein de l'OCDE et qui ne vit jamais le jour.

Il apparaît dès lors que la formule du paragraphe 5 du préambule du Traité OHADA selon laquelle l'objet du droit OHADA est « de favoriser l'essor des activités économiques et d'encourager l'investissement » n'est pas sans redondance.

Un sens proche de celui qui vient d'être indiqué est donné au terme « investisseur » employé dans les articles 87, 90, 91 et 832 de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et GIE. Ces articles régulent l'appel public à l'épargne et concernent plus spécifiquement, dans une telle hypothèse, les informations qui doivent être délivrées aux « investisseurs ». Ces derniers sont donc des potentiels souscripteurs de parts sociales, de possibles futurs actionnaires. Dans la mesure où l'opération d'investissement se réalise souvent pas le biais de la création d'une société ou d'une prise de participation dans une société, qualifier un associé, même potentiel, d'investisseur est justifié. Mais aucune conséquence juridique n'est attachée au terme ainsi utilisé.

Il en va de même pour le terme « investissements » qui apparaît à l'article 94 de l'acte uniforme sur le droit commercial général à propos des éléments à prendre en compte pour déterminer le montant de l'indemnité d'éviction en cas de refus de renouvellement d'un bail commercial.

En effet, à défaut d'accord entre le bailleur et le preneur sur le montant de l'indemnité d'éviction, celle-ci doit être fixée par le juge compte tenu notamment du montant du chiffre d'affaires, de la situation du local et des investissements réalisés par le preneur. Dans ce cas, le terme « investissements » correspond aux opérations réalisées par le preneur pour augmenter ses moyens de production en vue d'améliorer l'exploitation de son fonds de commerce. Ici, c'est donc plutôt la notion économique (ou comptable) de l'investissement qui est utilisée : il y a augmentation du stock de capital résultant d'une décision de renonciation à une consommation immédiate d'une partie de ses ressources pour l'utiliser en vue d'accroître ses recettes futures.

C'est cette même approche comptable qui prévaut s'agissant du « flux d'investissement » que doit faire apparaître le tableau financier des ressources et emploi prévu par l'article 32 de l'acte uniforme sur la comptabilité des entreprises. Ce « flux d'investissement » désigne la part des ressources que les entreprises affectent au maintien ou à l'augmentation de leurs moyens de production.

Que les termes d'investissement et ou d'investisseur soient employés dans les textes OHADA parfois dans une acception économique, parfois dans une acception juridique n'a rien de surprenant. L'origine économique du concept est certaine et explique d'ailleurs ses difficultés de transposition dans la sphère juridique¹⁰¹⁶. L'absence de conséquences juridiques précises tirées de l'utilisation de ces termes en droit OHADA n'étonne pas non plus, mais n'en est pas moins décevante. Il convient cependant de passer au second stade de la démarche proposée

¹⁰¹⁶ Sur le caractère unilatéral de la définition de l'investissement découlant de l'origine économique du terme, et sur la conséquence qui en résulte en termes de qualification, v. notre article précité, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, actes du colloque éponyme du 3 avril 2008 organisé à Paris par l'Institut des Hautes Etudes Internationales de l'Université de Paris II, sous la direction de Charles Leben, Anthémis/LGDJ, 2010, pp. 145-173.

pour rechercher et examiner en substance les apports ou liens éventuels entre le droit OHADA et le droit des investissements.

II. LES APPORTS OU LIENS EVENTUELS ENTRE LE DROIT OHADA ET LE DROIT DES INVESTISSEMENTS

Afin de pouvoir établir les apports ou liens éventuels entre le droit OHADA et le droit des investissements, il convient d'abord de définir ce dernier.

L'investissement tel qu'il a été défini juridiquement auparavant de manière rapide est une opération complexe. Le développement d'une activité économique nécessite que soient accomplis un très grand nombre d'actes avec ou à destination d'un grand nombre de personnes ou institutions différentes : clients, fournisseurs, salariés, administrations diverses, etc. Le droit des investissements n'a ni l'ambition ni la prétention d'embrasser cette multitude de relations et d'actes.

Les règles du droit des investissements, telles qu'elles sont contenues dans les codes d'investissements, traités bilatéraux ou multilatéraux, ne sont destinées qu'à régir les relations entre un investisseur et les autorités publiques de l'Etat sur le territoire duquel il cherche à entreprendre son activité économique. Et ces règles sont généralement protectrices. Elles visent à permettre à l'investisseur étranger de rapatrier librement tout ou partie des bénéfices réalisés, à l'assurer dans l'exploitation de son investissement d'un traitement juste et équitable, d'un certain niveau de protection et de sécurité, à encadrer les hypothèses de dépossession, à lui permettre de recourir à l'arbitrage international en cas de litige avec l'Etat d'accueil de son investissement. Disons le tout de suite, de telles règles protectrices sont absentes du droit OHADA. Est-ce à dire que le droit OHADA est inutile aux investisseurs ? Tel n'est pas le cas : le droit OHADA contient quelques dispositions utiles aux investisseurs (A) mais il est possible de regarder plus loin (B)

A. LA PRESENCE DE QUELQUES DISPOSITIONS UTILES POUR LES INVESTISSEURS

Au stade de la constitution de l'investissement, le droit OHADA offre des règles pour la constitution ou la restructuration d'une société qui sera souvent le véhicule de l'investissement étranger. Uniformes dans l'ensemble des Etats membres de l'OHADA, ces règles sont par ailleurs de facture classique ce qui ne peut que rassurer l'investisseur étranger.

Mais le droit OHADA ne régule en rien l'admission des investissements sur le territoire d'un Etat membre de l'espace OHADA. L'investisseur doit alors chercher ailleurs les règles pour connaître les secteurs autorisés et ceux qui lui sont interdits, les modalités à suivre pour réaliser son investissement. Et ces règles se trouvent généralement dans la législation interne de chaque Etat, plus rarement dans les traités relatifs aux investissements auxquels ceux-ci sont parties.

Au stade de l'exploitation de l'investissement, le droit OHADA offre des règles organisant l'activité commerciale, les sûretés nécessaires pour le financement de l'activité économique, le recouvrement des créances et le règlement des différends. Les futurs actes uniformes sur le droit des contrats et le droit du travail seront également très utiles aux investisseurs étrangers pour sécuriser leurs relations contractuelles avec leurs clients, fournisseurs et salariés.

Mais le droit OHADA ne régle en rien les rapports entre l'investisseur, l'Etat d'accueil et ses différentes administrations pendant toute la durée d'exploitation de l'investissement. L'investisseur devra là encore chercher ailleurs d'éventuelles règles matérielles ou procédurales protectrices.

S'agissant de ces dernières, il est douteux que les règles OHADA relatives au règlement par voie d'arbitrage des différends puissent régir un litige en matière d'investissement si ce dernier ne revêt pas la forme contractuelle. La difficulté ne réside donc pas dans l'approche *ratione personae* de l'arbitrage OHADA mais dans son approche *ratione materiae*. L'arbitrage OHADA est ouvert aux arbitrages mixtes opposant une personne privée (par exemple un investisseur étranger) à une personne publique (par exemple un Etat récepteur d'investissement). L'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage prévoit expressément que dans ce cas la personne publique ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité à compromettre¹⁰¹⁷. Mais tant l'article 21 du Traité OHADA que l'article 4 alinéa 1 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage (AUA) ne semblent viser que les différends d'ordre contractuel¹⁰¹⁸. Or la plupart des différends relatifs aux investissements ne portent pas sur l'inexécution d'un contrat mais sur l'inexécution d'une obligation souscrite par un Etat envers un investisseur étranger en vertu d'une législation interne ou d'un traité international¹⁰¹⁹...

Au stade de la liquidation de l'investissement, si celle-ci résulte d'une procédure collective, le droit OHADA offre encore des règles, dont certaines organisent les effets dans l'ensemble des Etats OHADA d'une procédure collective ouverte dans un Etat membre (procédures collectives internationales).

Mais si la liquidation de l'investissement fait apparaître un boni de liquidation, le droit OHADA ne dit rien des modalités de son transfert dans l'Etat d'origine de l'investisseur. Là

¹⁰¹⁷ Art. 2 : Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition.

Les Etats et autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être partie à l'arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage. ».

¹⁰¹⁸ Article 21 du Traité OHADA : « « En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, ... , peut soumettre le différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre ».

Article 4, al. 1^{er} (AUA) : « La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal ».

¹⁰¹⁹ Phénomène connu sous le nom d'« Arbitration without privity » d'après l'article éponyme de J. Paulsson, 10 *ICSID Rev.-FILJ* 1995, pp. 232 et s. Les données les plus récentes en matière d'arbitrage d'investissement confirmant la part prépondérante des arbitrages fondés sur des Traités, au dépend des arbitrages fondés sur des contrats ; v. par exemple E. Gaillard, *La Jurisprudence du Cirdi*, vol. II, Paris, Pedone, 2010 ; ou S. Manciaux, « Cirdi, Chronique des sentences arbitrales », *JDI* 2012, pp. 263 et s.

encore l'investisseur étranger devra chercher ailleurs dans les lois ou Traités les éventuelles règles applicables à cette opération.

On le constate donc, les textes OHADA n'appréhendent l'opération d'investissement que dans une seule de ses dimensions : celle qui relève en droit français du droit privé. Le droit OHADA en revanche ne contient aucune règle relative à la seconde dimension de l'opération d'investissement : celle qui met l'investisseur aux prises avec l'administration de l'Etat de territorialité et qui relève en droit français du droit public. Pourtant, la régulation de cette seconde dimension est tout autant recherchée que la première par les investisseurs, notamment étrangers. Il en résulte que le traité OHADA, qui vise au développement des investissements au sein de ses Etats membres, ne fournit qu'une partie des règles nécessaires pour parvenir à cette fin.

B. QUELQUES ELEMENTS DE REFLEXION POUR ALLER PLUS LOIN

L'hémiplegie de l'OHADA en matière d'investissement s'explique pour des raisons liées à la souveraineté de ses Etats membres. Il est plus facile d'accepter des règles uniformes pour la création des sociétés commerciales que d'accepter d'abandonner à des règles communes ou à un organe commun le soin de déterminer le principe et les modalités d'admission d'entreprises étrangères. Il est plus facile d'accepter des règles uniformes pour le recouvrement des dettes privées que d'accepter des règles communes protégeant les investisseurs contre certaines interventions intempestives des autorités publiques.

Les lacunes de l'OHADA en la matière peuvent également s'expliquer par l'existence d'autres organisations régionales également compétentes en matière économique et ayant pour objet plus précis l'intégration économique de leurs membres. Référence peut être faite ici à plus spécifiquement à l'UEMOA (Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine) dont huit Etats OHADA sont membres, et la CEMAC (Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale) dont six Etats OHADA sont membres¹⁰²⁰. Faut-il alors que l'OHADA laisse à ces deux autres organisations internationales le soin de légiférer en matière d'investissements ?

La question se pose d'autant plus que la CEMAC a adopté le 17 décembre 1999 un Règlement portant Charte des investissements. Mais la lecture de la Charte des investissements de la CEMAC révèle bien vite que cet instrument contient des dispositions visant des domaines aussi divers que l'assainissement des finances publiques (article 2), le bon fonctionnement de leur système judiciaire (article 5), les règles de concurrence (article 11) et que seuls les articles 7 à 9 visent réellement les opérations d'investissement. La Charte des investissements CEMAC ne couvre donc pas, et de loin, l'ensemble des questions habituellement traitées par les textes relatifs aux investissements et, par ailleurs, certaines de ses dispositions en la matière relèvent plus de la clause de « best effort » que d'un réel engagement souscrit en faveur des investisseurs.

¹⁰²⁰ Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée-Bissau, Mali, Niger, Sénégal, et Togo sont membres de l'UEMOA. Cameroun, Centrafrique, Congo Gabon, Guinée-Equatoriale et Tchad sont membres de la CEMAC.

C'est dire qu'en la matière il reste beaucoup à faire et que l'OHADA a plusieurs atouts à faire valoir. Outre un dynamisme et une visibilité internationale que n'ont pas forcément l'UEMOA et la CEMAC, l'adoption d'un texte au sein de l'OHADA aurait pour avantage de s'appliquer à l'ensemble de ses Etats membres par ailleurs dispersés dans d'autres organisations sous-régionales. Légiférer au sein de l'OHADA aurait ainsi comme avantage d'éviter une trop grande fragmentation qui nuit certainement à l'attractivité des Etats africains confrontés, comme tous les Etats de la planète, à une mise en concurrence dans le cadre de la mondialisation.

Il n'en reste pas moins que plusieurs solutions sont envisageables pour rendre la zone OHADA encore plus attractive sur le plan juridique pour les investissements étrangers : faut-il préférer une réforme du Traité ou procéder à l'adoption d'un nouvel acte uniforme sur les investissements ? Si la seconde solution est choisie, ne faudrait-il pas prévoir en réalité l'adoption de plusieurs actes si l'on entend distinguer les investissements « communautaires » des investissements réalisés par des investisseurs ressortissants d'Etats non-OHADA ? Pour ne rien dire du contenu de ces nouvelles normes... En la matière comme dans beaucoup d'autres, ce sont les Etats africains qui ont une partie de leur destin entre les mains.