

Le droit OHADA, un outil d'investissement ? *



Rodrigue NTUNGU, Jésuite. Legal Intern à la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples Arusha, Tanzanie. Etudiant en Théologie à Hekima College, Nairobi, Kenya. Auteur de *Le Droit congolais à l'épreuve de la mobilité du capital. Protection de l'Etat récepteur d'investissements.*

(*) Ce texte fut une communication présentée le 6 juillet 2013, au cours d'une conférence organisée par le CEPAS sur « *Les nouveaux défis du climat des affaires en RD Congo : Efficacité des réformes et contraintes du droit OHADA* ». L'auteur est reconnaissant à Simon-Pierre METE-NA, SJ, qui l'y avait encouragé.

(¹) Sébastien MANCIAUX, « Que disent les textes OHADA en matière d'investissement ? », in *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires – Pratique professionnelle*, n° 1 (Juin 2012), p. 170.

(²) Cette question est abordée dans une étude récente.

A propos des investissements en République Démocratique du Congo (RDC), le maître-mot paraît être « OHADA », Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Cette interprétation se rapproche d'une déclaration essentielle du Traité OHADA, à savoir, créer « les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement ». Il s'agit là également d'une confrontation brutale entre un droit efficace en sa légistique et l'investissement, un concept mou. Il n'en existe aucune définition générale en droit, moins encore dans les cinq Codes des investissements adoptés en RDC depuis 1965. Ce terme fait partie de rares concepts que les juristes emploient, tout en évitant de les définir (¹). Cela, pour préserver le pouvoir d'interprétation de l'arbitre lorsque survient un litige.

L'investissement en RDC est associé au climat des affaires, qui appelle des clarifications préalables. Ce concept est fluide. L'on en entend, volontiers, les contours aux « facilités de faire des affaires », aux « exonérations fiscales » ou aux « infrastructures de base », le tout organisé à coups de décrets. Si l'« on ne change pas une société par décret », pensait Crozier, il faut bien se méfier d'une aliénation bureaucratique, où l'État souffrirait d'un trop-plein de codification, qui ralentirait des actions concrètes. En revanche, lorsque l'on appréhende le climat des affaires comme l'environnement propice aux opérations de toutes natures liées à l'exercice d'une activité industrielle, commerciale ou financière, il se ramène à deux notions : *sécurité* et *confiance* (²). Une connexité d'indices pouvant accroître ou écarter l'insécurité ou « risque juridique et financier », qui menace inexorablement la rentabilité des capitaux, est susceptible d'inspirer confiance ou défiance aux investisseurs et d'impacter la décision d'investir.

Il apparaît une opposition forte entre, d'une part, l'étendue de la RDC qui est devenue, le 12 septembre 2012, le plus grand « marché juridique » de l'OHADA et, d'autre part, sa « réputation » susceptible d'inciter les investissements, une fonction indépendante de l'OHADA. Qu'en est-il ?

A travers cette réflexion, une analyse de l'effectivité du droit OHADA montre qu'il n'est nullement un outil destiné

V. Rodrigue NTUNGU, *Le Droit congolais à l'épreuve de la mobilité du capital. Protection de l'Etat récepteur d'investissements*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 7-9.

(3) S. S. KUATE TAMEGHE, *Jalons d'une habilitation à diriger des recherches. Une expérience à partir du droit issu du traité OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 30.

(4) A. MOULOUL, *Comprendre l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)*, 2^e éd., Fascicule, décembre 2008, pp. 6-7.

(5) *Ibid.*, p. 16.

(6) Le Congo-Léopoldville fut admis à l'OCAM lors de la Conférence d'Abidjan réunie le 26 mai 1965. L'OCAM fut dissoute 23 ans plus tard, en 1986, mais ses œuvres subsistent telles que les conventions inter-africaines de sécurité sociale ou de coopération judiciaire (v. Joseph ISSA-SAYEGH, « L'intégration juridique des pays africains par l'OHADA », Conférence OHADAC, Pointe-à-Pitre (Guadeloupe), 15 mai 2007, in *www.ohada.com*, consulté le 4 juillet 2013).

(7) Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, République du

à réglementer les investissements. Il demeure un cadre juridique susceptible d'inciter les investissements. Nous adoptons ainsi une approche dialectique propre à la méthode juridique choisie. D'où le triptyque que dégage notre démarche : d'abord, l'effectivité du droit OHADA ; ensuite, un outil non destiné à réglementer les investissements et, enfin, un cadre juridique incitatif d'investissements.

L'effectivité du droit OHADA

L'OHADA est née d'une « théorie des frustrations ». Frustration, d'abord, des Etats africains face au ralentissement des investissements étrangers directs (IED) occasionné par la récession économique des années 1980 et par le Programme d'Ajustement Structurel. Frustration, ensuite, des investisseurs auxquels il avait été fait appel afin de contribuer à résorber la crise économique sur le continent, et qui se plaignaient de l'insécurité juridique et judiciaire prévalant ici (3). L'insécurité rime avec le non-respect des conditions de formation du contrat, le choix du droit applicable aux parties – qui n'est souvent pas celui de l'Etat hôte –, la multiplicité de régimes juridiques hérités de législations coloniales vieillottes, etc. Dans un monde où les corps des métiers se féminisent davantage, quelle serait, en l'occurrence, la portée d'une disposition du Code de commerce napoléonien de 1807, qui désignait la femme commerçante par l'expression suspecte de « marchande publique » ? Frustration, enfin, des marchés internationaux et des chaînes d'approvisionnement, qui estimaient que l'étanchéité des frontières africaines retardait l'insertion des Etats dans les circuits des échanges internationaux (4).

En 1991, les Ministres des Finances de la Zone Franc, réunis à Ouagadougou, puis à Paris, avaient ainsi exhumé une vieille idée d'harmoniser les droits africains (5). Cette idée fut déjà, depuis 1963, à l'origine de deux Organisations éphémères : l'Organisation Commune Africaine et Malgache (OCAM) (6) – qui disposait d'un système comptable, le plan OCAM, pour les Etats membres –, puis le Bureau Africain et Mauricien de Recherches et d'Etudes législatives (BAMREL). Mais il fallait attendre le 17 octobre 1993 pour qu'à l'initiative des Chefs d'Etats de la Zone Franc, il soit signé à Port Louis (Ile Maurice) le Traité OHADA, révisé le 17 octobre 2008 au Québec. L'OHADA réunit actuellement dix-sept Etats membres (7).

Dès lors qu'un « Peuple des affaires » était né sur le territoire africain, il était nécessaire de le doter d'un pouvoir législatif (Conseil des Ministres de la Justice et des Ministres des Finances des Etats membres), d'un Exécutif (Secrétariat permanent, à Yaoundé) et d'une autorité judiciaire (Cour commune de justice et d'arbitrage, CCJA, à Abidjan). Celle-ci constitue à la fois une Cour Suprême supranationale, pour les Etats parties, et une Cour Suprême nationale en expatriation sur des matières relevant du droit des affaires. La supranationalité de la CCJA paraît mitigée. Les juridictions nationales de cassation exercent, en effet, une compétence spécifique en matière d'application des peines consécutives aux incriminations prévues par l'OHADA. Elles peuvent même être tentées de faire une interprétation nationaliste de l'article 18 du Traité pour considérer que la CCJA exerce une compétence partagée avec les juridictions nationales. Cela, lorsque l'affaire porte une incidence sur le droit national ou à l'expiration du délai de deux mois de saisine de la CCJA. Il s'agirait, selon cette interprétation, d'une « faculté de déférer » une affaire devant la CCJA ⁽⁸⁾. Toutes ces institutions sont irriguées par un Centre de formation et de documentation (Ecole Régionale Supérieure de Magistrature, ERSUMA, à Porto-Novo au Bénin). Elles reposent, depuis le Traité révisé du 17 octobre 2008, sur la Conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernements parties au Traité.

Les périodes d'opposition à l'OHADA, fondée sur l'hypothèse d'un télescopage entre les Traités auxquels la RDC est partie, sont révolues. Nous l'avons souligné ailleurs, ⁽⁹⁾ les objets de ces différents Traités étant distincts, l'OHADA est loin d'être une communauté d'intérêts économiques, mimétique de la CEPGL ou de la CEEAC. Elle n'est pas un marché commun à l'instar du COMESA, ni un espace de développement économique comme la SADC, moins encore un droit véritablement communautaire. L'on admet que le Traité de Port Louis ne poursuit pas vraiment la création d'une communauté d'intérêts, au sens de la CEPGL ou de la SADC dont les Traités précisent cet objectif. Bref, l'OHADA n'est pas un outil destiné à régler les investissements.

Un outil non destiné à régler les investissements

L'on sait que le droit OHADA ne régleme pas les investissements, au sens des traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissements existants dans le monde. Il ne

Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bis-sau, Guinée Conakry, Guinée équatoriale, Mali, Niger, République Démocratique du Congo, Sénégal, Tchad et Togo.

⁽⁸⁾ Sur la question, v. Henri TCHAN-TCHOU, *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA. Étude à la lumière du système des Communautés européennes*, Paris, L'Harmattan, 2009, pp. 252-255.

⁽⁹⁾ Rodrigue NTUNGU, *op. cit.*, pp. 9-10.

dispose pas de normes spécifiques en la matière. Ce qui reste difficile à établir, c'est le lien de causalité entre OHADA et investissements.

L'inexistence de normes sur les investissements

Que signifie l'investissement en droit OHADA ? L'on est vite dépité par l'absence de règles particulières sur cette matière. Car, une difficulté naîtrait sur la définition même de l'investissement. Sur cette question, les textes internes des Etats membres sont ambigus, la jurisprudence, pauvre et la doctrine, quasi muette. Toutefois, le terme « investissement » apparaît trois fois ⁽¹⁰⁾ et celui d'« investisseur » quatre fois ⁽¹¹⁾ dans le bloc législatif OHADA. Mais ici, la tentation est forte de recourir à une notion comptable de l'investissement, c'est-à-dire « une augmentation du stock de capital, résultant d'une décision de renonciation à une consommation immédiate d'une partie des ressources, pour l'utiliser en vue d'accroître ses recettes futures » ⁽¹²⁾.

Ainsi, que signifierait « 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" » ⁽¹³⁾ ? Il est évident que les règles traditionnelles du droit des investissements sont fondées sur le rapport public-privé. Elles prévoient des conditions d'agrément, des exonérations fiscales et douanières, des facilités de rapatriement des capitaux, des clauses sociales et environnementales, ainsi qu'un mode de traitement du contentieux. Or, constate le Manciaux, le droit OHADA n'offre pas cette protection. Il ne fixe nullement les conditions d'établissement et d'exploitation des investisseurs. Il serait, par conséquent, inexact de considérer les règles OHADA comme un Code des investissements ou un traité multilatéral d'investissements.

Voilà pourquoi, sur les investissements, il n'existe aucun Acte uniforme, c'est-à-dire un ensemble de dispositions légales ou lois harmonisées qui réglementent un domaine particulier des affaires et s'appliquent dans tous les Etats membres de l'OHADA ⁽¹⁴⁾. Aussi, les investissements lourds tels que la foresterie, les mines et hydrocarbures, les banques et assurances, qui constituent les poumons économiques des Etats africains, ne sont pas réglementés par ce droit. Celui-ci ne s'applique, à ce jour, qu'à neuf domaines des affaires ⁽¹⁵⁾ – le commerce général, les sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique, les sûretés, le recouvrement

⁽¹⁰⁾ V. Paragraphe 5 du Traité, dans l'AUDC, art. 94 et AUCE, art. 32.

⁽¹¹⁾ AUSC, art. 87, 90, 91 et 832.

⁽¹²⁾ S. MANCIAUX, *op. cit.*, p. 271.

⁽¹³⁾ *Ibid.*, p. 271.

⁽¹⁴⁾ H. A. BITSAMANA, *Dictionnaire de Droit Ohada*, v. Ohadata D-05-33, p. 11.

⁽¹⁵⁾ Les Actes uniformes abrogent, dans ces domaines, toute disposition contraire ou concurrente de droit interne, antérieure ou postérieure. L'effet abrogatoire entraîne une double prohibition : les textes internes ayant le même objet que les Actes uniformes et les dispositions internes identiques à celles des Actes.

des créances et voies d'exécution, l'apurement du passif, l'arbitrage, la comptabilité des entreprises, le transport de marchandises par route et, récemment, les sociétés coopératives –.

Il est suprenant de constater que les banques, les établissements financiers, les compagnies d'assurances et les entreprises soumises aux règles de comptabilité publique – qui constituent des investissements lourds, mais non réglementés par l'OHADA – sont exclus du champ d'application du SYCOHADA. Tout se passe, au regard du critique, comme si ce droit accusait des signes d'incomplétude, *quod non*.

Certaines dispositions pourraient même rebuter les investissements. Tel paraît être le cas de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, ⁽¹⁶⁾ consacrée par l'Acte uniforme sur les voies d'exécution. L'on peut s'étonner qu'un Etat désireux d'inciter des investissements s'entoure de faveurs exceptionnelles de la loi, en vertu desquelles certains débiteurs défaillants – l'Etat central, les ETD, les établissements publics administratifs même dotés d'autonomie financière, les Etats étrangers, leurs agents diplomatiques et les Organisations internationales ⁽¹⁷⁾ – ne puissent faire l'objet d'exécution forcée, comme une saisie-attribution des créances.

Le législateur semble avoir ainsi instauré un « *guide de l'endetté* » (S. Sorel Kuate) préjudiciable aux investisseurs ⁽¹⁸⁾. L'on estime cependant qu'une sentence arbitrale condamnant un Etat peut faire l'objet d'une exécution forcée. Car, l'acceptation d'une convention d'arbitrage par cet Etat, c'est-à-dire lorsqu'il se comporte comme une personne privée, vaut renonciation à son immunité d'exécution. Encore faut-il relever une absence de lien de causalité entre « OHADA » et « investissements ».

L'inexistence d'un lien de causalité

Si le théoricien considère que l'OHADA est un « droit bourgeois », élaboré pour des multinationales, et partant inapplicable au secteur informel qui constitue le phénomène économique le plus important en RDC, au fond de ces inquiétudes se pose une vraie question : celle de savoir si le droit OHADA rencontre les attentes du petit peuple et des investisseurs, africains ou occidentaux. *Doing Business* 2010 à 2013 prouve que l'adoption de ce droit n'enclenche pas automatiquement, par une relation de causalité ou par un effet boule-de-neige, une « facilité à faire des affaires ».

⁽¹⁶⁾ Cf. article 30 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution.

⁽¹⁷⁾ P.-Et. KENFACK, in P.-G. POUGOUE et S. S. KUATE TAMEGHE, *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 611-619.

⁽¹⁸⁾ Cette immunité d'exécution avait été contestée dans l'affaire *Aziablevi Yovo c/Togo Télécom*.

Le constat semble dépitant dans la mesure où la majorité de ces États non attractifs sont membres de l'OHADA depuis vingt ans. Par contre, les premières économies africaines (Nigeria et Afrique du Sud) et celles qui s'en sortent le mieux (Rwanda, Botswana, Ghana) ne sont même pas membres de l'OHADA. Il faut cependant relativiser ce jugement, puisque l'OHADA n'influence véritablement que l'indicateur « réglementation et fiscalité » de DB. Elle ne porte aucune incidence sur les autres indicateurs plus importants du classement : stabilité et sécurité, finances et infrastructures, main-d'œuvre et marchés de l'emploi.

Toute conclusion serait donc hâtive, au terme de ce premier constat qui dépeint l'OHADA comme un outil a priori non destiné à accroître le flux des capitaux. Il existe néanmoins « de nombreux Traités internationaux non destinés aux investissements, mais qui comportent des chapitres importants consacrés à cette matière. Tel est le cas du Chapitre XI de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) »⁽¹⁹⁾. Ainsi le droit OHADA devient-il un véritable cadre incitatif d'investissements.

⁽¹⁹⁾ S. MANCIAUX, *op. cit.*, p. 268.

Un cadre juridique incitatif d'investissements

Le droit OHADA constitue véritablement un outil d'investissements en raison de sa capacité d'inciter non seulement par des règles uniformes simples et modernes, mais aussi par la moralisation des affaires.

Incitation par des règles uniformes simples et modernes

Une des vertus incitatives de l'OHADA réside en ce que, dans les Etats membres, la distinction entre « investissement national » et « investissement étranger », entre « arbitrage interne » et « arbitrage international », entre les « décisions de justice nationales » et « décisions de justice étrangères » – la question de l'exequatur ne se pose pas – est sans fondement. Puisqu'il s'agit d'un même « Peuple des affaires » parlant Français, Anglais, Espagnol et Portugais, qui sont à la fois les langues officielles et celles de travail de l'Union Africaine adoptées par l'OHADA, l'on peut investir dans les dix-sept Etats sous l'empire de mêmes règles uniformes, simples et modernes, appliquées de manière identique.

En matière commerciale, le droit OHADA supprime le critère de subordination de la femme mariée et non séparée de corps, qui naguère ne pouvait être commerçante sans le consentement de son époux ⁽²⁰⁾. En rapport avec les sociétés commerciales, il permet aux époux, voire à l'enfant mineur, de prendre part dans certains types de sociétés, comme la société en commandite simple (SNC) ou à responsabilités limitées (SARL), sans avoir qualité de commerçants. L'institution de la société unipersonnelle dans le bloc législatif OHADA montre également la détermination du législateur à déloger de la clandestinité les revendeurs à domicile, à la sauvette et à la criée, dits *shayeurs* ou « débrouillards ». Ainsi s'explique encore la consécration du concept de « société créée de fait » par l'OHADA. Celle-ci résulte du comportement des personnes physiques ou morales qui agissent, entre elles et à l'égard des tiers, comme des associés, sans n'avoir constitué aucune des sociétés juridiquement reconnues. Ce type de société peut recevoir une reconnaissance du juge, auquel cas les règles de la société en nom collectif s'appliqueront aux associés.

(20) Décret du 2 août 1913 sur les commerçants et la preuve des engagements commerciaux, article 4.

L'entrée en vigueur en RDC, le 30 mai dernier, de l'Acte uniforme révisé sur le droit des Sociétés poursuit cet effort de « formalisation » de l'économie sous-terrainne. En adoptant la société par actions simplifiées connue en droit français, l'OHADA élargit la possibilité aux individus, même isolés et sans capital important, de migrer vers l'économie formelle. Cette migration demeure cependant une opération délicate, où la crainte du fisc par les gagne-petit côtoie leur ignorance des outils de gestion.

Ce besoin de structuration de l'économie informelle avait motivé l'adoption récente des normes en faveur de coopératives investisseuses : l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives. A la différence des sociétés commerciales, les sociétés coopératives bénéficient d'exonérations fiscales visant à favoriser le développement de leurs activités. Leur immatriculation au Registre des Sociétés Coopératives est simplifiée et s'effectue auprès de l'autorité administrative décentralisée (ETD) ou déconcentrée.

L'assouplissement des modalités de constitution et de réalisation des sûretés OHADA ainsi que l'introduction de nouvelles sûretés (réserve de propriété, cession de créance, transfert fiduciaire des sommes d'argent, etc.) renforcent l'accessibilité du crédit et son impact sur les investissements. Le recul des coopératives en économie congolaise, au pro-

fit des ONGD, parfois obligées de s'« informaliser », pour des besoins administratifs et fiscaux, devrait retrouver des conditions plutôt reluisantes. Mais, il importe que ces normes reposent avant tout sur une politique d'accès au crédit local, qui empêche les coopératives de se tourner à nouveau vers la « Banque Lambert », un prêt usuraire abusif. Il en fut ainsi, dans les années 1990, après la cessation de paiement de la Société de Financement au Développement (SOFIDE) aggravée par les pillages de 1991 et 1993.

Si l'OHADA diffère du droit des investissements, il convient que l'on s'intéresse, au moins en ce qui concerne le mode de financement, à des mécanismes d'investissement que l'on y trouve. Il s'agit ainsi, notamment, des subventions d'investissements, des provisions réglementées et de l'emprunt obligataire, qui repose sur les prestataires des services d'investissement (PSI), c'est-à-dire les banques agréées, et du *leasing* ou crédit-bail. Ces mécanismes ne méritent pas d'amples détails dans ce cadre.

L'exigence de transparence, *id est* l'information pertinente fournie aux investisseurs en vue de l'exercice de leur profession, se pose comme valeur cardinale de l'OHADA. En ce domaine, l'Europe estime, par exemple, que « le Gouvernement peut jouer un rôle plus actif dans le conseil et l'information aux investisseurs chinois sur les législations des États d'accueil. Ceci peut inclure non seulement les lois et règlements sur les investissements étrangers, mais aussi ceux concernant le travail, l'environnement et les pratiques sociales dont les investisseurs chinois devraient être conscients » ⁽²¹⁾.

(21) OECD, *Investment Policy Reviews: China*, 2008, p. 93.

En droit OHADA, le Registre de Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM), composé de trois fichiers (local, national et régional), constitue un véritable outil de transparence et de lisibilité externe des États. Alors que la fronde sur le management de la société est parfois réelle, la transparence est renforcée à l'interne par les actionnaires (qui peuvent, notamment, demander une expertise de gestion) et à l'externe par le commissaire aux comptes, voire le notaire, constituant tous les gardiens de l'investissement.

L'une des garanties les plus recherchées des opérateurs économiques est assurément le mode de règlement des différends relatifs aux investissements. A une époque où, plus que jamais, « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès », dit l'adage, le droit du travail, en l'occurrence, se méfie des licenciements, source de conflits, au profit des départs négociés des salariés, que prévoit le futur Code du travail congolais voté par le Parlement. L'OHADA encourage le recours à l'arbitrage. En effet, la célérité et la confidentialité

des procédures arbitrales, la simplicité des règles, les chances d'exécution des décisions par l'investisseur et la maîtrise des coûts de procédure offrent aux investisseurs une garantie, lorsque d'importantes créances sont en jeu. L'arbitrage est donc véritablement une « Justice pour Gentlemen », qui permet de sauvegarder les relations futures avec les partenaires économiques ; relations que grille l'affrontement devant les tribunaux étatiques, à travers des plaidoiries incendiaires.

Nous découvrons l'identité de l'OHADA. Elle est, exclusivement, ce que l'on avait qualifié d'outil de sécrétion du droit, par l'élaboration et l'adoption des règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre des procédures judiciaires appropriées et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels. Cet outil nécessite, pour s'affermir, un Etat de droit, une bonne gouvernance et une efficacité judiciaire.

Incitation par la moralisation des affaires

L'Acte uniforme relatif au droit comptable, auquel fut annexé le système comptable OHADA (SYSCOHADA) – l'on comprend que l'OHADA ne se réduit pas au SyscOHADA – vise particulièrement à assainir l'environnement des affaires. Il impose des exigences fortes aux opérateurs économiques : tenue des comptes ; clarté, sincérité et régularité, enregistrement, archivage, inventaire et périodicité des états financiers ; arrimage des systèmes de présentation des états financiers au niveau des activités de l'entreprise, etc. ⁽²²⁾

Le plus important acte de moralisation des affaires est la répression, en droit interne, des infractions prévues par l'OHADA, dont l'abus des biens sociaux qui naguère n'était pas une infraction spécifique en droit congolais. Il était plutôt assimilé au détournement ou à l'abus de confiance. Voilà, nous semble-t-il, un chantier pour le législateur congolais, qui devrait adopter une loi spéciale réprimant les infractions prévues dans les Actes uniformes, pour l'émergence d'une véritable éthique des affaires.

Des situations qui, en outre, échappent apparemment au domaine du droit des affaires sont ramenées dans son orbite grâce à une tendance expansionniste des normes de l'OHADA. Ainsi s'observe une approche extensive de la notion de commercialité. Un opérateur « qui exerce illicitement le commerce sort du secteur structuré. Mais en raison de son comportement qui lui donne l'apparence d'un commerçant, il recevra la qualification de commerçant de fait et sera soumis à la rigueur du droit des affaires » ⁽²³⁾. L'extension du

⁽²²⁾ M. MBANGALA et R. WANDA, *Comptabilité générale Ohada. Analyse, fonctionnement des comptes et Applications*, Paris, Droit-Afrique. com, 2013, pp. 36-38.

⁽²³⁾ V. R. MASSAMBA, « L'applicabilité du droit des affaires au secteur informel », at <http://www.congolegal.cd/spip.php?article173> (consulté le 14 juin 2014).

concept d'« acte de commerce », grâce à la théorie de l'accessoire (un acte purement civil, comme l'acquisition d'immeuble, accompli par un commerçant pour les besoins de son activité, devient commercial), concourt au recadrage juridique des situations relevant, apparemment, de purs faits de société.

A l'heure de l'essor des tribunaux de commerce en RDC, les opérateurs du secteur informel risquent donc leur patrimoine, voire des sanctions pénales, du fait d'une présomption de commercialité. Cela, sans qu'ils n'aient posé d'actes de commerce par nature (négoce, opérations de banque, contrats commerciaux, exploitation industrielle, manufacture, etc.) ou par la forme (lettre de change, billet à ordre et warrant).

L'OHADA va jusqu'à renforcer le régime des incapacités et des incompatibilités consacré par certains textes nationaux. Les personnes dont un texte prohibe le cumul de fonctions et celles faisant l'objet d'une interdiction ne peuvent tirer les ficelles dans l'activité économique. Cette interdiction vise les fonctionnaires et personnels des collectivités publiques, les officiers ministériels et auxiliaires de justice (avocats, huissiers, notaires, etc.), les experts comptables agréés et comptables agréés, commissaire aux comptes et aux apports, conseils juridiques, courtiers maritimes et, en général, toute fonction dont les statuts prohibent le cumul. Ces dispositions apportent un élément nouveau : la préservation d'une moralité publique. L'activité commerciale est une « profession », une occupation sérieuse et habituelle constituant son gagne-pain. Il faut donc empêcher des individus d'y arriver par hobby ou de déconsidérer le mandat public dont ils sont investis.

Conclusion

Un survol des forces créatrices de l'OHADA a permis de montrer que cet outil, non destiné à réglementer les investissements, est cependant un véritable cadre juridique incitatif des investisseurs. Il accomplit cette fonction par la sécrétion des normes communes simples, modernes et accommodées à la situation de leurs économies ; par la mise en œuvre des procédures judiciaires appropriées et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Toutefois, son efficacité reste dépendante de la « réputation » de l'Etat, fondée sur l'Etat de droit, la stabilité politique et la sécurité, les infrastructures, le sort de la main-d'œuvre et les marchés de l'emploi, qui en constituent les matriochkas. Il importe à l'Etat d'arrimer son avenir sur ces impératifs. ■