

L'impact du droit OHADA sur le droit national congolais des affaires

Jacques-Octave Kabemba Fanzal*

Résumé

Après le sombre tableau du climat des affaires peint par le Rapport Doing Business, la RDC ressentit la nécessité de se débarrasser des règles sur les affaires jugées vétustes et responsables de l'insécurité juridique et judiciaire. Entre adopter une nouvelle législation avec le coût qu'elle devait entraîner et intégrer une organisation qui disposait déjà des règles adaptées aux affaires à l'instar de l'OHADA, la dernière possibilité fut privilégiée dans la perspective non seulement de faire bénéficier le cadre juridique congolais des affaires des règles simples, sûres et adaptées que l'OHADA met en place, mais aussi de tirer profit de la primauté de la sécurité juridique et judiciaire vantée pour attirer les investisseurs étrangers. Plus d'une décennie après son entrée en vigueur, la question de l'effet produit par ces normes juridiques, surtout son utilisation comme appât pour attirer les investisseurs étrangers, se pose encore avec acuité en RDC.

Introduction

Le souci de mettre en place « une réglementation efficace, accessible à tous ceux qui en ont besoin et simple à appliquer¹ » dans le monde des affaires a conduit la Banque Mondiale, la Société financière internationale et Palsgrave Macmillan à concevoir, depuis 2003, un « *Projet Doing Business*² » dans le but de comparer et évaluer les réglementations ayant des répercussions sur la croissance économique³ des Etats. Ce projet a donné naissance à une série des rapports annuels dans lesquels sont présentées les réglementations qui facilitent la pratique des affaires et celles qui la compliquent. En 2009, les conclusions de

* Titulaire d'un diplôme de licence (B+5) en droit économique et social; Assistant à la faculté de droit de l'Université Nouveaux Horizons (Lubumbashi, RD Congo). E-Mail : jacquesoctavek@gmail.com.

1 V° Banque mondiale, Société financière internationale et Palsgrave Macmillan, *Doing Business 2010*, Washington, 2010, p. 1.

2 Ce projet présente des indicateurs quantitatifs sur la réglementation des entreprises et la protection des droits de propriété qui permettent de faire des comparaisons entre 183 pays — allant de l'Afghanistan au Zimbabwe. Il vise essentiellement les facilités des règles sur la création d'entreprise, l'octroi de permis de construire, l'embauche des travailleurs, le transfert de propriété, l'obtention de prêts, la protection des investisseurs, le paiement des taxes et impôts, le commerce transfrontalier, l'exécution des contrats et la fermeture d'entreprise, Cf. note 2, V° Table des matières.

3 Document disponible en ligne sur : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ednorm/relconf/documents/meetingdocument/wcms_085119.pdf (consulté 30.12.2023).

ce rapport⁴ ont présagé des mauvais signaux à la suite d'un diagnostic très osé sur l'état de l'environnement des affaires en République démocratique du Congo (RDC). Étaient suspectés l'archaïsme⁵ et la défectuosité du cadre juridique ainsi qu'un appareil judiciaire lent. Ce constat fait par les rédacteurs dudit rapport exprimait la nécessité d'une grande réforme capable de redresser et conformer le cadre juridique congolais des affaires aux nécessités du marché moderne. Pour ce faire, l'option qui se présentait immédiatement était celle de choisir, à défaut d'adopter une législation au niveau national, de trouver une alternative qui permettrait à la fois au pays de disposer d'un cadre juridique ambitieux et d'attirer les investisseurs. L'adhésion à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) fut privilégiée en ce qu'elle nourrissait déjà l'espoir d'une stabilité juridique et judiciaire nécessaire à l'amélioration du climat des affaires en RDC.

En effet, s'il n'est peut-être pas utile de rappeler que l'OHADA tend à mettre en place des règles *simples, modernes et adaptées*⁶ aux activités économiques des entreprises, adhérer à cette organisation d'intégration juridique⁷ qui milite aussi en faveur des progrès de développement, le renforcement d'un climat de confiance par un droit harmonisé⁸, était pour la RDC une « opportunité historique »⁹ de souscrire à l'unité juridique africaine et de contribuer aux efforts d'intégration.¹⁰ Mais cette seule idée panafricaine n'était peut-être pas le souci majeur pour justifier à elle seule l'adhésion de la RDC à l'OHADA. Il semblerait qu'à l'idée de doter la RDC d'un droit plus moderne,¹¹ attractif et performant¹² se greffait un souci sérieux d'utiliser le droit uniforme comme appât pour attirer les investisseurs et développer le pays.

Cependant, si depuis 2010 les discussions sur la possibilité ou non d'intégrer l'OHADA ont été officiellement closes par l'adoption et la promulgation de la loi n° 10/002 du 11

4 Ce rapport est disponible sur [https://archive.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual Reports/Foreign/DB09-FullReport-French.pdf](https://archive.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual%20Reports/Foreign/DB09-FullReport-French.pdf), (consulté le 26.03. 2023).

5 A-M Carton et S. THOUVENOT, « Adhésion de la République démocratique du Congo à l'OHADA. Conséquence en droit Congolais et impact sur l'OHADA » in Cahier de droit de l'entreprise, n°1 Janvier-Février 2010, p. 44.

6 Préambule, alinéa 5; article 1er.

7 L'intégration juridique se définit comme le transfert de compétences juridiques étatiques d'un État à une organisation dotée de pouvoirs de décision et de compétences supranationales, (Vocabulaire juridique Capitant, V° Intégration).

8 Cf. Paragraphes 1 et 2 du Traité du Port-Louis créant OHADA tel que révisé en 2008 et publié au journal officiel OHADA en 2009.

9 Masamba Makela, L'OHADA en RDC. Manuel de vulgarisation, Kinshasa 2012, p. 3.

10 Voir en ce sens, Balingene Kahombo, « L'adhésion de la RDC à l'OHADA: vers la prospérité nationale par l'unification du droit? », in Librairie d'Etudes Juridiques Africaines, vol. 11, 2012, p. 104.

11 A-M Carton et S. THOUVENOT, note 5, p.45.

12 Hubert Kadima, L'adhésion de la RD Congo à l'OHADA de nouveau à l'ordre du jour, in <https://www.ohada.com/actualite/483/ladhesion-de-la-rd-congo-a-lohada-de-nouveau-a-lordre-du-jour.html>, (consulté, le 29.03.2023).

février 2010 autorisant l'adhésion de la République Démocratique du Congo au traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique¹³, il faut néanmoins constater que non seulement le pays ne présente toujours pas les signes de développement attendu, mais aussi, les investisseurs ne semblent pas encore avoir été convaincus de la sécurité juridique et judiciaire OHADA pour investir en RDC. Sinon le Président Tshisekedi n'aurait pas sacrifié tout son premier mandat à chercher les investisseurs à travers le monde. Ce qui pourrait confirmer les propos tenus les jours qui ont suivi l'adhésion de la RDC à l'OHADA, selon lesquels l'avènement du droit OHADA ne s'accompagnait pas que des roses, ce qu'on semblait attendre de lui, il était entaché des épines qui, si on n'y faisait pas attention, devaient compromettre la survie même de son système en RDC.¹⁴ La présente réflexion se propose ainsi d'examiner ce qu'a pu être réellement l'apport du droit OHADA dans le processus de l'amélioration du climat des affaires en RDC plus d'une décennie après son adhésion.

Pour ce faire, l'on procède tout d'abord au rappel de la situation concrète de l'ancien droit congolais des affaires (A) afin de mieux mettre en exergue la contribution du droit OHADA (B).

A. État du droit congolais des affaires avant l'adhésion à l'OHADA

Si l'OHADA pourrait être comprise comme une organisation d'intégration juridique qui poursuit l'objectif d'unir le droit des États Parties afin de construire un environnement juridique commun atténuant et éliminant les distorsions entre systèmes juridiques, la notion du « droit des affaires » n'est pas facile à expliquer.¹⁵ Elle est complexe¹⁶ du fait de la multiplicité des activités et règles le concernant. Le droit des affaires renferme les activités commerciales au sens large (visant les initiatives de production, de transformation, de transport ou de distribution portant sur les biens commercialisés¹⁷) et est composé de plusieurs branches du droit, notamment le droit des contrats et le droit des contrats spéciaux, le droit des sociétés, le droit fiscal, le droit de la concurrence, le droit de la propriété intellectuelle,

13 *Journal Officiel de la RDC*- Numéro Spécial du 12 septembre 2012.

14 Voy. *Joseph Kamga et Marlize Elodie Ngnidjo Tsapi*, « L'insertion du droit de l'Ohada en RD Congo : les roses et les épines », Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires – Pratique Professionnelle, n° 2, disponible en ligne sur <https://revue.ersuma.org/no-2-mars-2013/etudes-21/L-insertion-du-droit-de-l-Ohada-en>, (consulté le 10.01.2023).

15 *Joseph Issa SAYEGH*, « L'Intégration juridique des États africains de la Zone franc », Revue Penant n° 823, p. 30.

16 Cf. *Serge Braudo*, Dictionnaire Juridique, v° Droit des affaires, disponible en ligne sur <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit-desaffaires.php#:~:text=Le%20droit%20des%20affaires%20est,droit%20public%20des%20affaires%20%C2%BB>, (consulté le 30.12.2023).

17 Cf. Qu'est-ce qu'est le droit des affaires, in <https://www.entreprise-et-droit.com/definition-du-droit-des-affaires/>, (consulté le 30.12.2023).

le droit du travail, le droit des entreprises en difficultés, etc.¹⁸ Il pourrait être défini comme cet ensemble des règles applicables aux entreprises, à leurs relations entre elles, mais aussi et plus généralement à la vie des affaires.¹⁹ Mais, comme on le sait peut-être, les règles du droit OHADA ne couvrent pas toutes les branches du droit qui composent le droit des affaires. Ce qui fait que le droit congolais des affaires ici s'entend seulement de l'ensemble des règles juridiques applicables aux activités de production, de transformation, de transport ou de distribution des biens commerciables qui forment l'objet d'harmonisation et/ou d'uniformisation.²⁰ C'est dans ce seul champ d'application du droit OHADA que son impact sera examiné afin de ressortir l'effet produit par cette harmonisation sur le climat des affaires en RDC.

Par ailleurs, avant l'adhésion à l'OHADA, le droit congolais des affaires ne voguait pas dans un vide juridique. Il existait quand même un dispositif, quoi que décrié²¹ (I) qui nécessitait une réorganisation, mieux une adaptation (II).

I. Un droit reposant sur un cadre juridique vétuste

Si la souplesse d'un droit des affaires commande à sa mise à jour constante afin de l'adapter aux exigences du marché, jusqu'en 2012, le cadre juridique des affaires au Congo semblait démontrer le contraire. Il est resté longtemps immobile et n'avait pas suivi de près l'évolution de la situation socio-économique du pays. C'est ce qu'on peut retenir des révélations du Rapport *Doing Business* en 2009 qui fustigeait l'inadaptation du cadre juridique congolais relatif aux affaires à cause de son caractère archaïque. Cette même année, la RDC était rangée 181^e sur le 181 Etats examinés²² par ce rapport à cause notamment de son cadre juridique des affaires fuligineux occasionné par des règles lacunaires, désuètes et

18 Voir Editions législatives, Qu'est-ce que le droit des affaires? Disponible sur <https://www.editions-legislatives.fr/droit-des-affaires>, (consulté le 30.12.2023).

19 Cf. *Serge Braudo*, note 16.

20 Ces matières sont prévues par l'article 2 du Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 créant l'OHADA tel que modifié en 2008. Aux termes de cet article « Pour l'application du présent Traité, 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 et aux dispositions de l'article 8 ci-après ».

21 *R. Masamba Makela*, « L'OHADA et le climat d'investissements en Afrique », *Recueil Penant*, n° 855, p.137.

22 Lire pour plus d'informations, *Doing Business 2009*, Comparaison des réglementations dans 181 pays, in <https://archive.doingbusiness.org/content/dam/doingsBusiness/media/Annual-Reports/Foreign/DB09-FullReport-French.pdf>, (consulté le 26.03.2023).

obsolètes²³. Une situation qui pouvait mieux être illustrée par la situation du commerçant, personne physique (1) et celle des sociétés commerciales (2).

1. Régime juridique du commerçant personne physique

Jusqu'en 2012, le statut juridique de commerçant personne physique était régi par le Décret du 02 août 1913 relatif aux commerçants et à la preuve des engagements commerciaux. Ce texte prévoyait un régime de commercialité objective très strict et entendait par commerçant celui qui faisait profession des actes *qualifiés commerciaux* par la loi (Cf. article 1^{er}). La qualité de commerçant dans ce texte étant essentiellement liée à l'accomplissement des actes qualifiés de commerciaux par la loi – civile ou commerciale²⁴ –, l'on devait ainsi se contenter des activités listées par son article 2 du même décret pour apprécier le statut de commerçant personne physique. Cette énumération jugée à l'époque de simple indication que le juge pouvait, par analogie étendre la qualification par certains²⁵ et restrictive par les autres (excluant du régime juridique du commerçant tous les actes non qualifiés par la loi),²⁶ était à elle seule déterminante pour bénéficier du statut de commerçant. Il fallait pour ce faire que l'une des activités énumérées par cet article soit exercée pour que les règles de droit commercial fussent invoquées. C'est vrai qu'aujourd'hui c'est un débat dépassé, mais il faut se dire qu'il était quand-même infructueux à partir du moment où il conduisait à discuter de la volonté unilatérale du législateur qui, de plein gré, s'était réservé le monopole de la qualification des actes de commerce.²⁷ Le juge lui-même n'ayant pour seule autorité que la loi, il l'applique sans chercher à se substituer au législateur (créateur de la loi).

En outre, identifier l'activité parmi celles listées par le législateur ne semble pas avoir été suffisant pour espérer bénéficier du statut de commerçant. D'autres conditions telles que la capacité, les facultés mentales, l'état civil (surtout concernant la femme mariée) ainsi que les statuts établissant les incompatibilités pouvaient empêcher de bénéficier du statut de commerçant. C'est ainsi que le mineur d'âge, sauf s'il est émancipé, les majeurs aliénés ainsi que la femme mariée non séparée de corps ne pouvait pas exercer le commerce sans autorisation de son mari (Cf. art. 4 du décret du 02 août 1913). En ce qui concerne l'autorisation maritale, ce décret semble être le premier texte juridique à conditionner expressément l'exercice du commerce par la femme mariée en RDC au consentement de

23 *R. Masamba Makela*, Modalités d'adhésion de la RDC au traité de l'OHADA, vol. 1, Kinshasa 2005, p. 8.

24 Le mot « loi » que l'on retrouvait dans le texte était entendu dans sa conception la plus étendue. Elle désignait toute mesure législative "peu importe son origine et renvoyait à la loi pénale, spéciale, arrêté royal ou règlement de police. Voy. *Lukombe Nghenda*, Le règlement du contentieux commercial, tome I, Les tribunaux de commerce, Kinshasa, 2005, p.178.

25 Voir par exemple *Nguyen Chanh Tam et al.* Guide juridique de l'entreprise, Faculté de droit, Kinshasa, 1973, p.14.

26 Cf. *Lukombe Nghenda*, note 24, pp. 179 et 180.

27 *Bia Buetusiva*, « La qualité de commerçant en droit congolais et en droit issu de l'OHADA », in OHADA D-11–70, p.5.

son mari. Mais lorsque le mari était absent ou devenu dément, seul le tribunal pouvait exceptionnellement accorder cette autorisation qui pouvait automatiquement cesser avec la réapparition du mari absent ou la guérison du mari de sa démence.

Le statut de commerçant tel qu'il ressort du décret de 1913 était reconnu à toute personne physique exerçant ou devant exercer ses activités au Congo, peu importe sa nationalité car, seuls les actes de commerce étaient déterminants. Mais la loi n° 73-009 du 05 janvier 1973 dite *loi particulière sur le commerce* (ci-après loi particulière sur le commerce) viendra ajouter une autre condition subjective au profit des nationaux. Cette loi adoptée dans le but, semble-t-il, de stimuler l'esprit des affaires chez les nationaux et sauvegarder l'indépendance économique de la RDC a, à quelques exceptions près (Cf. article 2, loi particulière sur le commerce), exclu de l'exercice du commerce tous les étrangers, personnes physiques ou morales (art.1 et 5). Ainsi, seuls les nationaux pouvaient se livrer aux activités d'importation, d'exportation, de transit, de gros, de demi-gros, de détail et tous les autres services réputés commerciaux par la loi. On peut apercevoir ici l'influence que la reconnaissance de la nationalité comme critère déterminant du statut de commerçant a eu sur le régime juridique de celui-ci tel que mis en place par le décret au détriment des actes de commerce. La loi particulière sur le commerce a fait basculer le statut de commerçant qui, suivant le décret du 02 août 1913, était essentiellement objectif (le commerçant était celui qui accomplissait des actes qualifiés commerciaux par la loi) à un régime mixte incluant à la fois le critère objectif (activités exercées) et subjectif (la nationalité de la personne qui les accomplissait) avec prééminence du second sur le premier.

Les étrangers personnes physiques et morales pouvaient exercer le commerce sous condition de disposer des garanties financières dans un compte bloqué à la Banque Centrale du Congo (pour les sociétés commerciales) ou d'avoir fait un séjour d'au moins cinq ans ininterrompu au Congo, pour les personnes physiques (Cf. art.3 de la loi particulière sur le commerce). La lecture de deux textes laisse entendre que le commerçant était, sauf exception, toute personne physique ou morale de nationalité congolaise qui faisait profession des actes qualifiés commerciaux par la loi. Heureusement que l'adoption de la Constitution du 18 février 2006 (Cf. article 35) qui consacre le principe de la liberté du commerce et de l'industrie aux étrangers et aux nationaux permet de mettre fin à cette situation discriminatoire. Mais, ce décret séculaire n'avait connu aucune réforme et serait peut-être en train d'être appliqué, du moins dans son entièreté, n'eût été l'adhésion de la RDC à l'OHADA.

2. Des sociétés commerciales

Alors que le statut de commerçant personne physique était encore régi par un décret vieux de quatre-vingt-dix ans, les règles de droit des sociétés étaient contenues dans un autre vieux décret du 27 février 1887 tel que complété en 1960 qui ne définissait pas la société commerciale. C'est plutôt un autre décret, aussi vieux, du 30 juillet 1888 sur le contrat

et obligations conventionnelles qui définissait à son tour non pas la société commerciale, mais la société tout court. Celui-ci – encore en vigueur – entend par société « un contrat par lequel *deux ou plusieurs personnes* conviennent de mettre quelque chose en commun, en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». On se rend compte qu'en exigeant la présence de deux ou plusieurs personnes dès la définition, le législateur exclut déjà l'hypothèse d'une société unipersonnelle en RDC. Mais, si cette conception qui datait de plus d'un siècle avait encore sa raison d'être le 30 juillet 1888 (date de son adoption), jusqu'en 2012, la pratique avait tellement évolué dans d'autres systèmes juridique (à l'instar de l'espace OHADA) que l'exigence d'*au moins deux personnes* pour créer une société n'était valable que pour certaines formes de sociétés, notamment la Société en commandite simple (SCS).

Ce décret du 27 février 1887 exigeait aussi l'autorisation présidentielle pour créer une société par action à responsabilité limitée. Mais, il faut aussi signaler que la société étant définie comme la réunion de *deux ou plusieurs personnes*, il fallait au moins deux personnes pour que la constitution d'une commerciale soit régulière. A côté de ces exigences propres à la constitution, le décret du 27 février 1887 tel que complété en 1960 ne comptait que 129 articles, un nombre insignifiant au regard des enjeux et spécificités que présentent chacunes de ces formes de société. Des détails importants auront sûrement échappé à l'ancien droit congolais des sociétés où, comme pour le commerçant personne physique, l'intervention du législateur ne fut que dérisoire.²⁸

II. Un droit appelé à être réformé pour se conformer aux exigences modernes du marché

Le diagnostic posé par *Doing Business* nécessitait, à défaut d'une évaluation sérieuse, une refonte ou une révision du droit²⁹ pour répondre aux nombreuses attentes des congolais. Il n'est peut-être pas nécessaire de rappeler que la RDC dispose d'un sol et d'un sous-sol généreux des richesses naturelles, contrastant avec l'extrême pauvreté de sa population. Cette situation qui appelle non seulement à réfléchir sur l'inexplicable disparité entre l'immense richesse naturelle – théorie vantée – et la précarité de la vie des congolais – pratique vécue –, nécessite que des mesures soient rapidement adoptées, surtout dans le domaine économique, pour permettre à la population congolaise de profiter réellement de ces richesses.

En effet, si rien ne permet de confirmer que cette précarité résulterait directement d'un cadre juridique défavorable aux affaires, rien n'exclut non plus qu'elle ait été légitimée par un climat défavorable aux investissements. Voilà pourquoi réformer le cadre juridique des affaires devait être vu comme une contribution de taille pour booster l'environnement éco-

28 *Lukombe Nghenda*, Droit OHADA des sociétés en application en R.D.C, vol.I, Contours et sources du Droit OHADA des sociétés commerciales, différentes sociétés commerciales, personification des sociétés commerciales, Kinshasa, 2018, p. 25.

29 En ce sens, lire utilement *Alexandre Flückiger*, (Re) faire la loi. Traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne, 2019, Cf. Avant-propos V° XI.

nomique afin que de sa stabilité, la population congolaise profite de ses richesses naturelles. Loin d'être une simple faveur, profiter des richesses du pays et garantir le développement est un droit garanti à tous les congolais³⁰. En tant que tel, si théoriquement il s'impose par le seul fait de sa consécration dans la Constitution³¹, son effectivité par contre, exige que les conditions de son exercice soient réunies afin qu'il ne ressemble à une simple intention politique exprimée sans réelle portée juridique.

De plus, en droit OHADA le maître mot étant le développement par l'économie,³² il serait vain de fournir autant d'efforts pour harmoniser les règles relatives aux affaires si elles ne devaient servir de réponse « (...) à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ».³³ Il convient dès lors de se pencher sur l'apport du droit OHADA avant d'émettre des critiques sur son impact social.

B. L'apport du droit de l'OHADA sur le droit congolais des affaires.

Après autant d'hésitations,³⁴ l'adhésion à l'OHADA a été obtenue après un parcours controversé.³⁵ Mais ce qui est sûr, c'est que la RDC fait désormais partie des bénéficiaires des règles *simples, sûres, stables, prévisibles et connues*³⁶ et donc de l'uniformisation.³⁷ En vertu de l'article 10 du Traité OHADA, le statut de commerçant (I) et les règles processuelles (II) ont subi immédiatement le sort du droit uniforme.

I. La modernisation du statut de commerçant par l'OHADA

Le 12 septembre 2012 marque une « révolution juridique et métamorphose » sans précédent pour le droit congolais des affaires³⁸ qui s'est vêtu d'une nouvelle robe. Depuis lors, il résonne désormais au rythme d'un droit confiant où la sécurité juridique et judiciaire renforce le statut de commerçant (1) et les règles relatives au règlement des différends (2).

30 Cf. Article 58 de la Constitution du 18 février 2006.

31 Cf. Article 60 de la Constitution du 18 février 2006.

32 Kamga et Marlize Elodie Ngnidjio Tsapi, note 14.

33 G. CONAC (sous la dir.de), « La politique des Etats d'Afrique francophone au lendemain des indépendances », in *Mélange en l'honneur du professeur G.PEISSER*, 1995, pp. 144 et ss.

34 Kamga et Marlize Elodie Ngnidjio Tsapi, note 14.

35 Ces controverses étaient liées à la constitutionnalité du Traité OHADA qu'on accusa d'entamer la souveraineté nationale et de violer la constitution en méconnaissant les prérogatives du parlement et de la Cour de cassation d'une part, et d'autres parts, on présenta OHADA comme obstacle à l'appartenance de la RDC à la SADC et au COMESA. Mais toutes ont été dissipées, Voy. *Masamba Makela*, note 10, p.3.

36 Joseph Issa-Sayegh, Paul-Gerard Pougoue, Filiga Michel Sawadogo (dir.), OHADA. Traité et actes uniformes commentés et annotés, 2016, p. 22.

37 Joseph Issa-Sayegh, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », in Revue de droit uniforme, 1999–1, p. 6.

38 Cf. *Masamba Makela*, note 9, pp. 22 et ss.

1. Le statut de commerçant

Le statut de commerçant en droit de l'OHADA est régi par l'Acte uniforme sur le droit commercial général (AUDCG)³⁹ relatif au statut de commerçant personne physique (a) et l'Acte uniforme sur les droits des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique (AUSCGIE) pour les personnes morales (b).

a) Le nouveau statut de commerçant personne physique

Contrairement au décret du 02 août 1913, le commerçant n'est plus celui qui fait profession des actes qualifiés commerciaux par la loi, mais plutôt celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession (Cf. art.2 de l'AUDCG). On quitte donc le domaine des actes qualifiés de commerciaux par la loi pour les actes de commerce par nature. L'acte de commerce par nature est celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire⁴⁰. Cette définition du législateur OHADA et permet d'extirper du champ d'application des actes de commerce par relation⁴¹ et des actes mixtes⁴².

Aussi, alors que le décret de 1913 susmentionné prévoyait une énumération limitative des actes que la loi considérait de « commerciaux », l'article 3 de l'AUDCG utilise l'adverbe « *notamment* » pour démontrer qu'il s'agit d'une énumération purement indicative, laissant ainsi possibilité pour la liste d'être utilement complétée par d'autres dispositions du même acte, des autres actes uniformes ou dans certains cas, des autres lois civiles.

L'accomplissement des actes de commerce par nature à titre de profession ne suffit pas pour bénéficier du statut de commerçant personne physique surtout si la personne est concernée par des limitations en raison soit de son incapacité, la déchéance ou des incompatibilités. La capacité est exigée par l'article 6 de l'AUDCG qui, sans dire expressément qui l'est, se limite néanmoins d'exiger que nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce. Sauf émancipation, les mineurs d'âge et les majeurs aliénés ainsi que les prodiges et faibles d'esprit, incapables de par le droit civil, s'en trouvent ainsi exclus *de jure*.⁴³ Les incompatibilités frappent les personnes exerçant les fonctions qui ne peuvent harmonieuse-

39 Acte uniforme du 15 décembre 2010 relatif au droit commercial général, adopté par révision et abrogation de l'Acte uniforme du 17 avril 1997.

40 Cf. Art. 3 AUDCG.

41 L'acte de commerce par relation est celui qui, par sa nature, est purement civile considéré en lui-même mais, qui devient commercial par relation à la profession commerciale de son auteur.

42 On désigne par acte mixte, celui qui est commercial à l'égard d'une partie et civile à l'égard de l'autre.

43 Cf. Art. 215 de la Loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille.

ment cohabiter avec l'exercice de la profession commerciale sans incidence. On craint ici un chevauchement qui rendrait le cumul des professions ou activités inconciliables. Il en est notamment des agents et fonctionnaires de l'Etat dont il y a une raison sérieuse de craindre un conflit d'intérêt susceptible d'entamer la neutralité et l'impartialité qu'on exige d'eux dans l'administration publique (Cf. art. 193 de la Constitution du 18 février 2006). Exercer le commerce étant un droit (Cf. art.34 et 35 de la Constitution du 18 février 2006), législateur exige que les incompatibilités soient expressément prévues sur fond du principe « pas d'incompatibilités sans texte »⁴⁴. Cette formule a l'avantage de prévenir tout abus résultant d'une interprétation erronée qui pourrait exclure gratuitement quelqu'un de l'exercice du commerce. Contrairement aux incompatibilités où l'on craint un cumul qui se concilierait mal avec l'esprit d'indépendance et le sens de la dignité que dominent les fonctions qu'on exerce⁴⁵, la déchéance est une sanction prononcée infligée par le juge contre un comportement jugé indigne dans la profession commerciale⁴⁶ tout en précisant si elle est temporaire ou définitive.⁴⁷ Elle est surtout justifiée par la nécessité d'assainir et de moraliser les affaires car, le commerçant doit-être sain d'esprit dit-on.

Par ailleurs, alors que l'article 4 du décret du 02 aout 1913 soumet expressément la capacité commerciale de la femme mariée congolaise au consentement de son mari⁴⁸, l'avènement du droit OHADA semble avoir mis cet article dans une situation litigieuse de survivance mitigée et de l'abrogation apparente dans la doctrine congolaise. Mais dans le texte, le législateur OHADA s'illustre par le silence. En effet, une partie de la doctrine a toujours tenté de soutenir que le législateur OHADA a supprimé l'exigence du consentement du mari à travers l'article 7 l'AUDCG qui dispose que « le conjoint du commerçant n'a la qualité de commerçant que s'il accomplit les actes visés aux articles 3 et 4 ci-dessus, à titre de profession et séparément de ceux de l'autre conjoint ». Contrairement cette opinion congolaise⁴⁹ qui voudrait s'accrocher à cette disposition et à l'article 10 du Traité de l'OHADA pour tirer des conséquences de l'application directe et obligatoire des actes uniformes l'abrogation automatique et immédiate des dispositions prévoyant cette au-

44 Cf. Art. 8 al.2, AUDCG.

45 Roger Masamba Makela, Droit des affaires. Cadre juridique de la vie des affaires au Zaïre, Kinshasa 1996, p. 54.

46 Cf. Art. 10 AUDCG.

47 Cf. Art. 11 AUDCG.

48 En droit civil, cet article était soutenu par l'article 448 de la loi n°87-010 du 1er août 1987 portant Code de la famille (aujourd'hui révisée). Ce dernier prévoyait que « la femme doit obtenir l'autorisation de son mari pour tous les actes juridiques dans lesquels elle s'oblige à une prestation qu'elle doit effectuer en personne ».

49 Masamba Makela, note 21, p. 52; H.-D. Modi Koko Bebey, Droit Communautaire des Affaires (OHADA-CEMAC), 2008, pp. 33 et 35.

torisation préalable,⁵⁰ aucune disposition de l'AUDCG n'indique expressément si la femme mariée est capable ou non d'exercer le commerce dans l'espace OHADA.⁵¹ Cette tendance à faire porter au législateur OHADA la couronne d'une victoire contre un combat qu'il n'a pas mené mérite d'être éclairée sur trois aspects importants, essentiellement d'ordre juridique.

Tout d'abord, contrairement à la position longtemps défendue par la Cour Commune de Justice et d'arbitrage (CCJA) sur le prétendu effet abrogatoire de l'article 10 du Traité OHADA⁵², nous estimons que ce dernier abusivement souvent pris comme fondement de l'abrogation n'envoie pas les actes uniformes abroger une quelconque disposition nationale, contraire soit-elle. Mais plutôt s'appliquer dans les Etats Parties aussitôt adopté et publié au Journal officiel OHADA « *nonobstant (malgré)* » toutes dispositions contraires de droit interne, antérieure ou postérieure. Le *nonobstant toutes dispositions contraires* (...) employé ne devait pas être compris comme abrogeant ou supprimant une disposition interne, même contraire. A notre sens, à partir du moment où l'acte uniforme est entré en vigueur, il s'applique directement et obligatoirement, sans se demander s'il existe des dispositions nationales contraires à abroger. Que ces dispositions nationales contraires existent ou non, rien ne saurait entamer l'application directe et obligatoire des actes uniformes. En sens, l'abrogation devient sans objet en face des actes uniformes qui bénéficient ainsi d'une sorte de droit de préférence. Nous avons rappelé qu'en RDC exercer le commerce est un droit qui exige du commerçant la capacité de contracter (Cf. art. 6 de l'AUDCG et art. 23 du décret du 30 juillet 1888). En droit, l'abrogation vient modifier la situation juridique et ici ce serait la suppression du consentement du mari qui limitait la capacité de la femme mariée. Elle est en ce sens d'ordre public et devait, à défaut de le préciser, être expressément prévue dans le texte et ne se présume pas. Or ici, non seulement on ne trouve pas l'abrogation ou une expression similaire dans le texte, mais également, l'intention des Etats Parties, surtout à travers l'article 10 du Traité n'est pas d'abroger les dispositions nationales, contraires soient-elles.⁵³ Mais de privilégier à tout prix l'application des actes uniformes sans justifier le pourquoi. En outre, les actes uniformes étant des lois communautaires, pourquoi chercher

50 Voir notamment *José Muanda Nkole wa Yahve*, La capacité de la femme mariée en droit congolais: un acquis du fait de l'application des Actes uniformes, in <https://www.legavox.fr/blog/professeur-d-on-jose-muanda/capacite-femme-mariee-droit-congolais-9998.htm>, (consulté le 10.01.2023).

51 Cf., *Jean-Michel Kumbu ki Ngimbi* et *Yves-Junior Mananza Lumingu*, « L'adhésion de la République Démocratique du Congo à l'OHADA et son apport mitigé sur la capacité juridique de la femme mariée en matière professionnelle », *Recht in Afrika – Law in Africa – Droit en Afrique* 17 (2014), p.186.

52 Cf. CCJA- Avis n° 001/2001/EP du 30 Avril 2001 (sur demande la République du Côte d'Ivoire), CCJA-Arrêt n° 012/2002 du 18 Avril 2002 (Aff. Société Totale Finale c/ COTRACO); CCJA-Arrêt n° 021/2002 du 26 décembre 2002 (Aff. Société Mobil Oil CI c/ Soumahoro Mamadou)

53 Nous y reviendrons avec fortes détails dans un autre article sous presse portant sur « Les rapports du droit OHADA avec les normes des ordres juridiques nationaux des Etats membres. Du « prétendu » effet abrogatoire de l'article 10 du traité relatif à l'OHADA sous la jurisprudence de la CCJA ».

l'abrogation des dispositions nationales contraires dans le Traité alors qu'eux-mêmes en tant que lois supérieures renferment des dispositions permettant de les abroger?

Ensuite, la question de la capacité des personnes à exercer le commerce ne relève pas, du moins pour l'instant, du champ d'application de l'OHADA. Personne morale de droit public international, l'OHADA agit conformément au principe de spécialité de l'objet des personnes morales. Celui-ci postule, si besoin en était de le rappeler, que la capacité d'une personne morale à poser des actes est liée à son objet. Conséquence, les matières formant cet objet constituent à la fois son champ des compétences et la limite de son droit d'agir. L'exception admise étant celle des « pouvoirs implicites » qui d'ailleurs concourent à la réalisation de cet objet et l'OHADA n'en fait pas exception. À l'article 2 du Traité de l'OHADA où l'on trouve les matières devant faire l'objet d'harmonisation ou d'uniformisation, la capacité de personnes ne semble pas intéresser pour l'instant le droit uniforme. C'est une question du statut personnel⁵⁴ relevant encore du législateur national et fait d'ailleurs partie des matières qui, comme le soutien *Joseph Issa-Sayegh*, constituent à ce jour, l'une des contraintes techniques irréductibles à laquelle la volonté d'uniformiser fléchit.⁵⁵

Enfin, rien ne permet de considérer l'expression “conjoint du commerçant” usitée par l'article 7 de l'AUDCG comme visant exclusivement une femme, le contraire est envisageable. Et même dans l'hypothèse où l'on admettait que cet article traite de la capacité d'exercer le commerce par les femmes mariées, il faudra avouer alors qu'il s'agit de la capacité de conjoints des commerçants ce qui pourrait faire croire que le législateur exclut les conjoints non commerçant⁵⁶ ce qui serait une discrimination. Une preuve de plus que l'article 7 de l'AUDCG ne règle pas la question de la capacité des personnes à exercer le commerce, encore moins celle de la femme mariée. Mais plutôt, la qualité (entendu le *titre* mieux, le *pouvoir* de défendre le droit en cause).⁵⁷ De même, la séparation des activités pronée par l'article 7 de l'AUDCG permet, non pas d'affirmer cette capacité, mais de déterminer à quel titre le conjoint du commerçant intervient dans les activités de ce dernier : salarié, associé ou un commerçant à part entière.

En définitive, malgré le souci que nous nous faisons tous de supprimer des telles dispositions discriminatoires contre la femme mariée, le droit OHADA n'a pas encore inscrit la question de la capacité à l'ordre du jour, surtout pas l'article 7 de l'AUDCG. Par conséquent, la formule de l'article 10 du Traité OHADA seule ne saurait suffire pour

54 Cf. *Fils ANGELESI BAYENGA*, Abrégé de droit international privé congolais. Notes à l'intention des étudiants de deuxième licence en Droit, Kinshasa 2019, p. 69.

55 *Issa-Sayegh*, note 37, p.13 et ss.

56 Cf. *Kumbu ki Ngimbi et Mananza Lumingu*, note 51, p. 184.

57 Voir en ce sens *Anthony Bem*, Le droit, la qualité et l'intérêt à agir comme conditions de recevabilité des demandes justice,in <https://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/droit-interet-qualite-agir-comme-17296.htm>, lire aussi en ce sens, “Les conditions de l'action en justice”, in https://www.editions-ellipses.fr/index.php?controller=attachment&id_attachment=44781, (consulté le 10.12.2023).

faire de l'AUDCG le texte abrogatoire (encore qu'il le soit réellement) de l'article 4 du décret du 02 août 1913. Ce ne serait donc pas logique de parler de *l'effet abrogatoire* d'une disposition qui en elle-même ne l'est pas pour prétendre abroger une autre qui, sur tous les angles, n'est contraire ni au Traité OHADA (spécialité oblige), ni l'AUDCG encore moins à l'une de ses dispositions. Et même dans l'hypothèse où tout portait à croire que l'article 4 du décret du 02 août 1913 était contraire à l'AUDCG, l'article 10 du Traité n'envoie pas les actes uniformes abroger les dispositions nationales contraires. Mais de s'appliquer et ce, malgré – nonobstant – l'existence des dispositions nationales contraires sans l'abroger. C'est pour dire que l'article 4 du décret du 02 août 1913 continue encore à s'appliquer aisément en droit commercial.

Le droit civil soumettait également la capacité de la femme mariée expressément au régime d'autorisation maritale avant qu'en 2016 que les époux se voient astreint à l'obligation de *s'accorder* sur tous les actes pour lesquels ils s'obligent à une prestation qu'ils doivent effectuer en personne⁵⁸. Alors qu'on attendait la suppression pure et simple de l'autorisation maritale pour résoudre l'inégalité dont la femme se plaignait, quelle ne fut pas la surprise de la révision du Code de la Famille de 2016 qui, au lieu de supprimer cette inégalité a préféré renvoyer l'homme dans le trou où se trouvait déjà la femme. Et désormais, il n'y a pas que la femme, l'homme marié aussi ne peut s'obliger à une prestation sans l'accord de sa femme.⁵⁹ Qu'est-ce qu'est cet accord en effet, si ce n'est qu'une autorisation qui a juste changé de nom? Le problème demeure encore et il faut y remédier.

Par ailleurs, même si le législateur prévoit encore la possibilité pour le conjoint lésé de saisir le tribunal de paix pour obtenir cet accord⁶⁰, cette tendance à vouloir substituer le juge au conjoint en désaccord est pour le moins regrettable. Au même moment qu'il faut veiller à la stabilité du mariage, on devrait éviter qu'elle ne soit entamée par une sorte d'opposition.

Il est certes vrai que cette possibilité a été prévue pour contourner la mauvaise foi des époux, c'est au juge de faire preuve de prudence pour privilégier en tout état de cause, l'intérêt supérieur du ménage.

b) Quid de l'entrepreneur?

Le droit congolais ignorait complètement cette notion d'entrepreneur. Entendu comme une personne physique qui, *sur simple déclaration*, exerce une activité professionnelle civile,

58 Cf. Article 448 de la Loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille.

59 Cf. Eddy MWANZO Idin'AMINYE, Que dit le Code de la famille de la République démocratique du Congo? Commentaire article par article, Paris, p.180 et 295.

60 Cf. Art. 449 de la Loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille.

commerciale, artisanale ou agricole,⁶¹ le statut de l'entrepreneur a été envisagé dans le but de formaliser l'économie des Etats africains. Ce statut de l'entrepreneur est accordé à celles ou ceux ayant un chiffre d'affaires qui ne dépasse pas 30.000CFA. Afin de formaliser les économies africaines, il a été convenu des mesures incitatives notamment l'allègement fiscal.

Aussi louable qu'elle apparaisse, nous craignons que cette politique d'incitation rencontre des difficultés en RDC face aux politiques publiques des Entités territoriales décentralisées (ETD) qui pourraient être tentées de multiplier des droits et taxes en méconnaissance des avantages liés à ce statut.

L'entrepreneur établie, dans le cadre de son activité, au jour le jour, un livre mentionnant chronologiquement l'origine et le montant de ses ressources en distinguant les éléments en espèces des autres modes de règlement d'une part, la destination et le montant de ses emplois d'autre part. Ce livre est conservé pendant cinq ans au moins. En outre, l'entrepreneur qui exerce des activités de vente de marchandises, d'objets, de fournitures et denrées ou de fourniture de logement doit tenir un registre, récapitulé par année et conservent les pièces justificatives (art. 32 AUDCG).

La faible vulgarisation de ces dispositions semble ne pas permettre à l'AUDCG d'atteindre son objectif. La lutte contre le caractère informel de l'économie ne se fait pas sentir en RDC. Beaucoup sont ces entrepreneurs qui ne savent pas qu'ils doivent déclarer leurs activités au RCCM. Il faudra davantage accélérer le processus de vulgarisation pour faire connaître cette disposition à toute la population.

2. Le commerçant personne morale ou sociétés commerciales

Jusqu'en 2012, l'ancien droit congolais des sociétés était encore régi par un vieux décret du 27 février 1887 tel que complété en 1960 comportant 129 articles. Avec l'avènement du droit de l'OHADA, c'est l'Acte uniforme sur les droits des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) qui prévoit des règles communes à toutes les sociétés, mieux le droit commun des sociétés (a) et les règles spécificités propres à chacune d'elles ou le droit spécial des sociétés (b)

a) Du droit commun des sociétés

Régie par l'AUDSC GIE, la société commerciale est entendue comme celle créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.⁶²

61 Cf. Art. 30 AUDCG.

62 Cf. art. 4 al. 1^{er} AUDSCGIE.

Contrairement à l'ancien droit congolais qui ne faisait aucune différence entre société commerciale et société civile dans la définition de celle-ci, le législateur communautaire, précise ici un élément important de l'identification d'une société commerciale, à savoir la recherche active du bénéfice à se partager entre associés parce que la société est créée dans l'intérêt des associés.

Une autre innovation à mentionner est celle qui résulte des dispositions de l'article 5 de l'AUDSC GIE prévoyant que la société commerciale peut être également créée par une seule personne, dénommée « associé unique », par un acte écrit. Il s'agit d'une véritable métamorphose sur le plan de la définition de la société en droit congolais où il était pendant longtemps inconcevable qu'une seule personne puisse créer une société.

Par ailleurs, les parties demeurent toutefois libres de donner un objet autre que la recherche du bénéfice à se partager à leur société auquel cas ce ne serait pas une société commerciale. Cette liberté est limitée lorsque la décision de constituer une société s'accompagne du choix de l'une des formes des sociétés reprises par l'article 6 de l'AUDSC GIE.⁶³

La qualité d'associé est reconnue à tous, sauf interdiction légale ou réglementaire.⁶⁴ Mais les mineurs et les autres incapables ne sauraient être associés dans une société où la responsabilité des associés dépasse la sphère de leurs apports.⁶⁵ De même que les époux ne sauraient être associés dans une société où ils seraient tenus indéfiniment et solidairement de dettes sociales.⁶⁶

En plus des apports, la constitution d'une société commerciale exige son immatriculation au RCCM qui fait présumer d'ailleurs son existence juridique.⁶⁷ Pour ce faire, la demande doit être accompagnée de la déclaration de régularité et de conformité dûment signée par ses auteurs, à défaut, les personnes qu'ils auront mandatées.⁶⁸ Plusieurs matières font l'objet d'une réglementation minutieuse dans cet AUDSCGIE.⁶⁹

b) Du droit spécial des sociétés

L'AUDSC GIE ne se limite pas seulement à énumérer les différentes formes des sociétés qui sont commerciales. Il les soumet également à un droit spécial des sociétés dont les

63 Aux termes de cet article 6 de l'AUDSC GIE le caractère d'une société commerciale est déterminé par sa forme ou son objet. Sont commerciales en raison de leur forme et quel que soit leur objet: les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes et les sociétés par action.

64 Cf. art. 7 AUDSCGIE.

65 Cf. Art. 8 AUDSCGIE.

66 Cf. Art. 9 AUDSCGIE.

67 Cf. Art. 98 AUDSCGIE.

68 Cf. Art. 73 AUDSCGIE.

69 *François Anoukaha, Abdoullah Cisse, Ndiaw Diouf et al. Sociétés commerciales et GIE*, Bruxelles 2002.

règles et principes diffèrent selon qu'elles font partie des sociétés à risques illimités ou à risques limités.

Les premières sont dites des personnes c'est-à-dire celles dans lesquelles soit tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales⁷⁰ (SNC), soit coexistent un ou plusieurs associés indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales dénommés « associés commandités », avec un ou plusieurs associés responsables des dettes sociales dans la limite de leurs apports dénommés « associés commanditaires » ou « associés en commandite », et dont le capital est divisé en parts sociales (SCS).⁷¹ Le dénominateur commun entre les deux est la qualité de commerçant que doivent disposer les associés et la responsabilité indéfinie et solidaire de tous les associés pour la première et des associés commandités pour la seconde.

Il sied d'indiquer que ces formes de sociétés sont rares en pratique à cause notamment de l'influence de l'*intuitu personae* et surtout du caractère solidaire et illimité des risques sociaux. En dehors de ces spécificités propres, l'AUDSC GIE reconnaît la qualité de l'associé à une personne morale dans une SNC, ce qui n'était pas possible sous l'empire de l'ancien droit congolais des sociétés. Toutefois, les règles de composition, d'organisation et de fonctionnement, de la responsabilité au passif social, voire le principe de l'unanimité dans le processus de décision (sauf stipulation statutaire contraire, notamment pour la nomination des dirigeants sociaux), restent les mêmes.

La deuxième catégorie est constituée des sociétés dites des capitaux ou à risque limité. Il s'agit de la SA et la SARL. Comme nous l'avons rappelé, la société unipersonnelle avec un associé ou actionnaire unique, variante de la SARL⁷² et de la SA⁷³, constitue une innovation par rapport au droit congolais comme au droit antérieur de bon nombre d'États parties au Traité OHADA.⁷⁴

Contrairement aux premiers, les seconds se distinguent par la circulation de l'argent et la personne des associés n'a qu'une influence minime sur son fonctionnement d'une part et d'autre part, leur responsabilité aux dettes sociales n'est limitée qu'aux apports que chacun aura amenés. L'AUDSC GIE fixe le montant minimum du capital social de 1.000.000 CFA pour la SARL et 10.000.000 CFA pour la SA (100.000.000 CFA en cas d'appel public à l'épargne) que l'ancien droit congolais des sociétés ignorait. Autre innovation et avantage

70 Cf. art. 270 AUDSCGIE.

71 Cf. Art. 293 AUSCGIE.

72 Aux termes de l'article 309 de l'AUDSC GIE, la SARL est celle dans laquelle les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits sont représentés par des parts sociales. Elle peut être constituée par une personne physique ou morale, ou entre deux ou plusieurs personnes physiques ou morales.

73 Aux termes de l'article 385 de l'AUDSC GIE, la SA est celle dans laquelle les actionnaires ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits des actionnaires sont représentés par des actions. La société anonyme peut ne comprendre qu'un seul actionnaire.

74 *Masamba Makela*, note 23, p. 34.

du point de vue de la transparence c'est la procédure d'évaluation des apports en nature et des avantages particuliers par un commissaire aux apports.

Présenté dans l'ancien droit congolais des sociétés comme « le parent pauvre », la SA a bénéficié d'une amélioration appui considérable avec l'adhésion de la RDC à l'OHADA. L'AUDSC GIE fait d'elle la forme idéale pour les sociétés d'assurances, des banques et de télécommunication, elle se retrouve aujourd'hui être la mieux réglementée des toutes en droit OHADA.⁷⁵

Par ailleurs, outre ces sociétés réglementées, l'OHADA formalise des mécanismes jadis connus, mais qui ne faisaient l'objet d'aucune réglementation en droit congolais. Il s'agit des sociétés non immatriculées désormais soumises à une réglementation, soit de la société en participation (pas d'existence légale, ni de personnalité juridique), la société créée de fait (de personne se comportant comme des associés) et la société de fait (société créée en omettant des formalités légales).

Concept inconnu du législateur congolais, le groupement d'intérêt économique (GIE) est aussi une innovation de taille que le droit OHADA apporte en droit congolais des affaires. Défini comme celui qui a pour but exclusif de mettre en œuvre, pour une durée déterminée, tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, son activité se rattache essentiellement à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci.⁷⁶ Il peut ainsi être constitué avec ou sans capital social. Contrairement aux sociétés commerciales dont l'objet principal est la recherche du bénéfice à se partager, les membres d'un GIE n'ont pas vocation au bénéfice, mais de profiter de l'économie qui en résulte.

II. La métamorphose du droit processuel des affaires

Comme pour le statut de commerçant personne physique et morale, l'apport du droit de l'OHADA concernant aussi bien les entreprises en difficulté, les procédures de recouvrement de créance (1) et le règlement des différends (2) est considérable.

1. Du droit des procédures collectives d'apurement du passif et les procédures de recouvrement des créances

Le droit congolais des procédures collectives d'apurement du passif n'a pas échappé à des critiques formulées de vétusté de la législation sur les affaires. Cet archaïsme a empêché au droit congolais de suivre l'évolution de la philosophie moderne du droit de la faillite qui privilégie désormais le sauvetage de l'entreprise et la sauvegarde des droits des créanciers.⁷⁷

75 Ibid. note 24, p.34.

76 Cf. Article 869 AUSCGIE.

77 Masamba Makela, note 23, p. 49.

Le droit congolais de la faillite a été modernisé par le droit des entreprises en difficulté de l'OHADA à travers l'adoption de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 relatif aux procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP) modifié en date du 10 septembre 2015.⁷⁸ Ce dernier s'applique aux personnes physiques ou morales commerçantes, aux personnes morales de droit privé non commerçantes et aux entreprises publiques ayant la forme d'une personne morale de droit privé. L'AUPCAP supprime toute incertitude sur le concept de cessation de paiement, règle le sort des contrats en cours, la continuation de l'exploitation, la cessibilité d'activité, l'organisation de la masse des créanciers, la distinction entre créanciers « de » ou « dans » la masse.

L'AUPCAP organise quatre régimes applicables aux entreprises en difficulté : conciliation et règlement préventif (avant cessation de paiement) et redressement judiciaire et liquidation de biens (après cessation de paiement). Le premier groupe est organisé de manière à éviter qu'un commerçant qui connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise n'arrive à une cessation des paiements ou d'activité,⁷⁹ le second, concerne plutôt le commerçant en état de cessation de paiement ou d'activité et dont la situation s'avère irrémédiablement compromise. Le premier groupe vise à préserver et à redresser rapidement les entreprises encore viables et alors que le second à liquider celles non viables dans des conditions propres à maximiser la valeur des actifs des débiteurs pour augmenter les montants recouvrés par les créanciers et d'établir un ordre précis de paiement des créances garanties ou non garanties.⁸⁰ Ces procédures se réalisent sous l'autorité du juge de commerce, à défaut celui de droit commun là où le tribunal du commerce n'est pas installé⁸¹ avec l'intervention d'un juge commissaire qui suit la procédure et fait rapport au tribunal, d'un syndic qui représente les créanciers et assiste le débiteur, des créanciers, du débiteur.

Outre le droit de faillite, le droit OHADA organise également les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution. En ce qui est des procédures de recouvrement des créances, deux procédures sont organisées, l'injonction de payer et celle de délivrer ou de restituer des marchandises. La première, concernant essentiellement les créances de nature contractuelle ou cambiaire certaines, liquides et exigibles permet au créancier de solliciter du juge un titre exécutoire alors que la seconde permet au créancier d'obtenir du juge un titre exécutoire contre son débiteur et d'exiger de ce dernier la livraison ou la restitution d'un bien meuble corporel.

Quant aux voies d'exécution, l'AUPSRVE organise les règles de saisie applicables même aux entreprises publiques et pose des règles classiques en matière d'exécution des

78 Cf. <https://www.ohada.org/procedures-collectives-dapurement-du-passif/>, (consulté le 30.12.2023).

79 Cf. Article 2.1 al. 2 AUPCAP.

80 Cf. Article 1, al.1 AUPCAP.

81 Cf. Lecture combinée des dispositions des articles 3 et 3.1 de l'AUPCAP et article 44 de la Loi n° 002/2001 du 03 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce en RDC.

décisions et titres exécutoires. Il distingue la saisie des biens meubles et des valeurs mobilières de la saisie immobilière. Le principe posé est que l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sauraient être opposables contre les personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, bénéficiaires d'une immunité d'exécution. Leurs dettes certaines, liquides et exigibles 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.⁸²

Cette façon de voir les choses du législateur OHADA a fait croire à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) que les immunités d'exécution bénéficient également aux entreprises publiques⁸³ avant de changer d'avis plus tard.⁸⁴ Dans le premier comme dans le second cas, la CCJA a commencé par se fonder sur la forme des sociétés choisies par ces entreprises publiques – laquelle appelle et justifie l'application l'AUDSC GIE. Heureusement qu'elle s'est rattrapée en incluant aussi la mission desdites entreprises publiques.⁸⁵ Désormais, ce n'est plus une question tranchée par la CCJA. Le législateur a, à travers l'adoption du nouveau AUPSRVE le 17 octobre 2023, récupéré la question en précisant de manière non équivoque les personnes morales de droit public devant bénéficier de ces immunités d'exécution. L'entreprise publique n'y figure pas.⁸⁶

2. Du règlement des différends

Le règlement des litiges en droit OHADA est organisé en deux modes laissés au libre choix des parties. Il s'agit du règlement judiciaire et du règlement extrajudiciaire.

Concernant le règlement judiciaire, les tribunaux de droit commun, les tribunaux de commerce et les Cours d'appel des Etats parties résolvent au premier et deuxième degré les litiges portant sur les droits des affaires et appliquent le droit uniforme. Cependant, en matière de cassation, la CCJA reste compétente.⁸⁷ Cette compétence de cassation reconnue à la CCJA a été évoquée comme l'une des raisons qui avaient retardé l'adhésion de la RDC à l'OHADA. On estimait que c'était une façon de déposséder la Cour de Cassation (à l'époque section judiciaire de la Cour suprême de Justice) ses compétences en matière de cassation. Bien que ce ne soit pas le cas, il s'avère qu'en RDC ou ailleurs les hautes

⁸² Cf. Article 30 al. 1 et 2 UPSERVE du 10 avril 1998.

⁸³ Cf. *Jules Masuku Ayikaba*, « La jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) sur l'immunité d'exécution au profit des entreprises publiques – Quo vadis? », in *Recht in Afrika – Law in Africa* 25 (2022), pp. 226 et ss.

⁸⁴ Cf. CCJA : arrêt n° 190/2020 du 28 mai 2020, SOTRA c/ SONAREST Etat de Côte d'Ivoire et CCJA, arrêt n° 053/2022 du 03 mars 2022, ESTAGRI Sarl c/ SNEL SA, dit aussi arrêt SNEL.

⁸⁵ Cf. *Masuku Ayikaba*, note 82.

⁸⁶ L'article 30 alinéa 1 de l'AUPSRVE du 17 octobre 2023 quoique faisant une énumération non exhaustive, cite l'État, les Collectivités territoriales et les Établissements publics. Voir Journal Officiel OHADA, n° spécial, novembre 2023.

⁸⁷ Cf. art. 14 du Traité OHADA.

cours tentent de méconnaître les dispositions de l'article 14 du Traité en examinant en cassation les affaires qui relèvent du droit uniforme. Ce qui serait un recul regrettable dans l'application du droit OHADA et qui remettrait en cause les efforts consentis jusque-là pour améliorer le climat des affaires. La compétence de ratifier des traités ne revenant pas aux Cours de cassation nationales, celles-ci devaient servir plutôt de modèle dans le respect des instruments ratifiés et s'interdire de violer les dispositions d'un traité régulièrement ratifié par l'autorité attitrée. Cette dépossession de compétence, si elle en est une, doit être observée, sinon acceptée comme la conséquence d'une partie de la souveraineté cédée par les États membres pour l'intérêt de l'uniformisation du droit et la sécurité juridique et judiciaire des affaires en Afrique. Dès lors, il n'y a d'alternatives que le strict respect du droit uniforme l'OHADA.⁸⁸

Quant à l'arbitrage, les concepteurs de l'OHADA l'ont visiblement privilégié⁸⁹ pour le règlement des différends. L'arbitrage dans l'espace OHADA est régi par l'Acte Uniforme portant sur l'arbitrage (AUA) du 23 novembre 2017. L'AUA prévoit que l'arbitrage est soit institutionnel, soit *ad hoc*. Le premier est opéré par la CCJA, qui joue à la fois le rôle de juridiction judiciaire et d'arbitrage. Deux conditions sont exigées pour qu'un litige soit arbitrable. D'abord, il doit être d'ordre contractuel, ensuite, il faut, soit que l'une des parties au moins ait son domicile ou sa résidence dans l'un des États parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie dans un ou plusieurs pays membres.⁹⁰

Ainsi, tout litige portant sur une matière arbitrable peut être soumis et tranché par un ou trois arbitres (art. 5 al. 2 AUA). L'instance arbitrale donne lieu à une sentence qui, dès qu'elle est rendue, à l'autorité de la chose jugée (art. 23 AUA). Elle ne donne lieu à l'exécution forcée que si elle a fait l'objet de *l'executatur* du juge (art. 30 AUA).

Il importe de rappeler que, depuis 2012, le droit de l'OHADA est entré en vigueur. Il ressort de l'article 10 du Traité que les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-Parties, nonobstant toutes dispositions contraires de droit interne, antérieur ou postérieur. Et comme on pourrait l'observer, si les règles du droit de l'OHADA s'appliquent déjà sur toute l'étendue du territoire national, l'objectif d'attirer les investisseurs n'est pas encore atteint de manière à instaurer un climat des affaires qui influencerait l'économie congolaise. Ce qui fait qu'on ne saurait logiquement apprécier l'ampleur du droit uniforme sur un tel climat des affaires.

Dès lors, le droit de l'OHADA a-t-il finalement rejoints les lois inappliquées? En tout cas, même s'il faut avouer que la vulgarisation des actes uniformes devait s'intensifier davantage pour qu'ils soient connus des congolais qui en sont les premiers destinataires, il faut aussi admettre qu'il y a un facteur qui ne pourrait faciliter les choses. Il s'agit du

88 Pierre Meyer, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace Ohada », in Revue Penant, n° 855/2006, pp. 151–175.

89 Lire utilement Pierre Meyer, Droit de l'arbitrage, Bruxelles 2002, pp. 6 et ss; Paul Gérard Pougoté, Jean-Marie Tchakoua, Alain Fénéon, Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada, Yaoundé 2000, pp. 10 et ss.

90 Règlement d'arbitrage, article 21, alinéa 1.

climat d'insécurité très tendu qui règne au pays depuis plus de vingt ans maintenant et qui commence à prendre une allure inquiétante.

L'argent n'aime pas le bruit, les investisseurs aussi. Cette situation dépasse largement les compétences de l'OHADA qui n'a pour mission que de produire les règles applicables dans les affaires. La sécurité des personnes et de leurs biens revenant à l'État, la RDC est ici appelée à fournir davantage d'efforts pour restaurer la paix sur toute l'étendue du territoire national. Il en va non seulement de la survie, mais également et de l'efficacité même du droit OHADA en RDC. Car, un climat de paix très précaire est à mesure de priver la RDC des opportunités qu'offre cette organisation. L'État congolais, membre de l'OHADA, est donc invité à accélérer le mécanisme de vulgarisation et de travailler davantage pour une paix durable et définitive, gage du développement.

Conclusion

Depuis onze ans, le droit de l'OHADA est en vigueur en RDC. Son objectif principal était d'harmoniser les règles de droit sur les affaires autrefois décriées ce qui fut fait. Mais, au moment où l'ancien droit congolais des affaires était critiqué pour son archaïsme et son adaptabilité incompatible à l'évolution socio-économique, le grand défi à relever était de moderniser le cadre juridique des affaires où la primauté de la sécurité juridique et judiciaire des investissements devait jouer le premier rôle. Il fallait en outre profiter de la primauté de la sécurité juridique et judiciaire pour restaurer la confiance des investisseurs.

Plus d'une décennie plus tard, l'objectif d'harmoniser le droit congolais des affaires a été atteint parce que les actes uniformes sont appliqués par le juge national et l'administration. Cependant, cette primauté de la sécurité juridique et judiciaire n'a pas encore réussi à attirer les investisseurs et cela est perceptible. Les raisons ne sont peut-être pas juridiques et directement liées à la mise en œuvre du droit OHADA en RDC, même s'il faut déplorer sa faible vulgarisation. Elles sont davantage d'ordre politique et relèvent de la souveraineté de la RDC. Il s'agit concrètement de l'insécurité qui règne au pays, surtout dans les zones abritant des richesses naturelles, et des problèmes de gouvernance. Ainsi, cette situation empêche non seulement de profiter réellement des richesses naturelles, mais également d'évaluer l'efficacité des normes communautaires à contribuer considérablement au développement de la RDC. Une situation à laquelle les pouvoirs publics devraient remédier.