

LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION : CONDITION ESSENTIELLE POUR LA REUSSITE DE L' OHADA

par Thorsten VOGL,
Rechtassessor, Vad Krozingen (Allemagne)

I. INTRODUCTION

La corruption est, avec l'insécurité politique, la raison principale pour les investisseurs de s'abstenir d'un engagement en Afrique. Ce n'est pas seulement le résultat de nombreux entretiens avec des investisseurs, mais aussi d'une conférence qu'organisait l'auteur de cet article et qui avait lieu le 29 février 2008 à l'université de Bâle et où étaient réunis des spécialistes de renom mondial. Car la corruption menace donc le succès de l'OHADA. Lors de cette conférence est née l'idée de monter un projet de lutte contre la corruption qui sera présenté dans la suite.

II. L'OHADA

L'OHADA réunit actuellement seize Etats africains : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo. L'adhésion de la République Démocratique du Congo est en cours. Sao Tomé et Principe a également manifesté son intérêt d'adhérer à l'OHADA.

L'objectif de l'OHADA est de créer un environnement positif pour l'économie, surtout en dotant les Etats membres d'un droit des affaires moderne, simple et adapté à la situation de leurs économies. Jusqu'à sa fondation étaient encore en vigueur les règles introduites par les anciens pouvoirs coloniaux vieilliss et pleins de lacunes qui ne satisfaisaient pas du tout les exigences du commerce moderne.

Les règles communes aux Etats membres découlent principalement des Actes uniformes pris avec la majorité absolue par le Conseil des ministres (composé par les ministres de Justice et des Finances des Etats membres). Ces Actes uniformes se basent sur des travaux préparatoires de juristes expérimentés (par exemple UNIDROIT à Rome). Ils sont directement applicables dans tous les Etats membres et repoussent les règles nationales. Sont déjà adoptés : le droit commercial général, le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, le droit des sûretés, des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, le droit de la faillite, le droit d'arbitrage, le droit de la comptabilité des entreprises et le

droit du transport de marchandises par route. L'harmonisation du droit du travail, du droit des contrats et celui du droit de la vente aux consommateurs sont des chantiers en cours.

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage à Abidjan (CCJA) garantit l'interprétation uniforme du droit commun dans tous les Etats membres, soit en donnant des avis, soit en statuant au dernier ressort à la place des juridictions nationales si le cas concerne le droit OHADA. Elle n'est pas compétente pour des litiges sur la base du droit non harmonisé national.

Une "Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature" (ERSUMA) ayant son siège à Porto Novo (Bénin) assure la formation des magistrats dans le nouveau droit.

Pour le soutien du travail du Conseil des ministres existe un Secrétariat permanent ayant son siège à Yaoundé (Cameroun).

Jusqu'ici, l'OHADA a eu un très grand succès. Beaucoup d'investisseurs, dans leur majorité d'origine francophone, profitent de ses avantages. Pour cette raison, surtout dans les Etats politiquement assez stables, on peut observer un certain essor économique. A cause de ce succès, les Etats en Caraïbes sont en train de copier le système OHADA sous le nom "OHA-DAC" (Projet d'harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe).

III. LE PROBLÈME DE LA CORRUPTION

Les Etats membres de l'OHADA appartiennent dans leur majorité aux états les plus corrompus du monde. La corruption menace le système OHADA. A quoi sert un meilleur droit si les magistrats et les juges ne le prennent pas en considération? A part l'instabilité politique dans beaucoup d'Etats de l'OHADA, les investisseurs craignent la corruption. Car suite à cette peur, ils s'abstiennent souvent d'investir, la corruption freine le développement positif de l'OHADA.

L'OHADA est très important pour la sécurité juridique. D'un côté, selon les observations de tous les praticiens concernés, la CCJA décide réellement indépendamment sans être corrompue et sur la base du droit.

Un autre remède est le droit d'arbitrage moderne qui ouvre la possibilité d'éviter les juridictions nationales (trop) souvent infiltrées par la corruption.

Pourtant, ces approches ne suffisent pas. Pour faire appel à la CCJA il faut tout d'abord parcourir les instances de la juridiction nationale. Il s'agit donc d'une procédure longue et coûteuse avant d'arriver à un juge non corrompu. L'arbitrage n'est pas approprié pour tout contrat commercial. Parce que pour l'exécution forcée d'une sentence arbitrale le requérant a besoin des autorités nationales, l'arbitrage ne garantit pas l'indépendance totale de l'Etat. En plus, la sécurité juridique est seulement un aspect entre d'autres. Pour attirer des investisseurs, les autres secteurs doivent aussi fonctionner d'une manière prévisible, surtout l'administration, ce qui est rarement le cas dans les Etats OHADA. Souvent, pour obtenir une autorisation officielle, il

faut corrompre de nombreux fonctionnaires. Ainsi, les frais d'un investissement deviennent imprévisibles. De plus, l'investisseur qui corrompt, risque la poursuite pénale dans son Etat d'origine. C'est évident que ces dangers effrayent beaucoup d'investisseurs. Il faut donc refréner la corruption pour que l'OHADA puisse arriver à son plein succès.

Ceci servira de même à la protection des intérêts de tous les investisseurs en Afrique qui pourront investir dans le continent sur un plan de compétition réelle et en connaissant exactement les implications financières de leurs investissements. Quant aux engagements récents de la Chine en Afrique, une lutte contre la corruption efficace ne pourra que rendre les investissements chinois plus intéressants sur le plan économique et de leur retour financier.

En même temps, en effrayant les investisseurs à cause de la corruption, l'Afrique perdra ses chances pour un développement durable. Il faut utiliser les richesses du sous-sol, p. ex. le pétrole et les matières premières, pour créer des secteurs secondaire (industries) et tertiaire (services) qui seulement peuvent assurer un bien-être économique de longue durée et pour longtemps après l'épuisement des richesses du sous-sol. L'engagement chinois n'est pas suffisant pour promouvoir l'industrialisation et les services, qui pourraient être garantis seulement avec un retour massif des investissements occidentaux. Malheureusement, beaucoup de gouvernements soutiennent l'approche qui, différemment aux institutions de l'Ouest (qui souvent sont excessivement éducateurs), n'exige – presque – rien et tolère la mauvaise gouvernance. Ainsi, les gains de l'exploitation des richesses naturelles disparaissent dans les poches de quelques politiciens et de fonctionnaires corrompus et, par conséquent, ils ne sont pas disponibles pour un développement durable et ainsi pour un meilleur futur de l'Afrique.

IV. PETIT APERÇU SUR LES INITIATIVES INTERNATIONALES AU CHAMP DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION EN AFRIQUE

1) African Union (AU)

L'Union Africaine a élaboré l' "AU Convention on Preventing and Combating Corruption" et entreprend de grands efforts pour que les Etats africains ratifient celle-ci. La convention est entrée en vigueur le 5 août 2006. Actuellement, la convention est valable pour les Etats membres suivants de l'OHADA : Burkina Faso, Cameroun, les Comores, le Congo, le Mali, le Niger et le Sénégal. Ont signé la convention le Bénin, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau et le Togo.

2) OEDC et African Development Bank

L'OEDC et l'African Development Bank développent ensemble une "Business Integrity Initiative for Africa", dont le programme pour l'année 2008 prévoit un inventaire des mesures contre la corruption déjà existantes dans des Etats choisis pour découvrir le besoin pour des réformes. Dans le cadre du présent projet, les résultats de ces recherches doivent être utilisés pour autant que les Etats, sur lesquels nous allons nous concentrer, soient concernés. Il faut encore conclure un accord avec les acteurs de l'OEDC et l'African Development Bank.

3) USAID

L'USAID, une organisation pour la coopération au développement des Etats-Unis, essaie de mobiliser la société civile en l'informant sur les questions de lutte contre la corruption.

4) Francophone Africa Capacity Building Programme (FACB)

Le FACB soutient des associations de la société civile qui ont pour but de lutter contre la corruption, par exemple la formation d'agences nationales de Transparency International.

V. L'UTILISATION DE L'OHADA POUR UN PROJET DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

1) Les raisons de l'échec d'autres initiatives de lutte contre la corruption

Les nombreuses initiatives nationales et internationales jusqu'à présent ont eu peu de succès. Surtout les Etats ouest-africains comptent parmi les régimes les plus corrompus du monde. Pour cet échec, il y a de nombreuses raisons. Souvent, toute la classe dirigeante est corrompue et bloque chaque initiative. De plus, des programmes entamés servent parfois comme prétexte pour se débarrasser d'adversaires politiques ou pour contenter les donateurs d'aide étrangers sans qu'on souhaite véritablement de succès. Mais aussi les gouvernements qui ont une volonté sérieuse à la lutte contre la corruption échouent, parce que des groupements influents sabotent leurs efforts. Un autre problème est que les institutions qui sont destinées à lutter contre la corruption, donc la police, les ministères publics et les juges, sont également infiltrées par la corruption. S'y ajoutent que souvent des normes réglant la poursuite des délits de corruption manquent ou possèdent de graves lacunes. De plus, parce que les procédures administratives (p. ex. pour obtenir une autorisation) sont trop compliquées, les investisseurs se voient obligés de contourner ces complications par le moyen de la corruption – ce qui implique en même temps de corrompre un très grand nombre de fonctionnaires car à cause de la complexité exagérée des procédures, il y a trop de décideurs participant à la promulgation des actes administratifs. Pour cette

raison, sans une simplification des procédures administratives, les initiatives de lutte contre la corruption ne peuvent qu'avoir très peu de succès.

2) Les chances qu'offre l'OHADA

Pour l'instant, au niveau du droit pénal, l'OHADA a seulement une compétence annexe : s'il faut pour l'imposition des obligations contenues dans les Actes uniformes des règles pénales, l'OHADA est compétente pour les décréter, mais bien qu'elle puisse introduire des faits matériels pénaux, la détermination des sanctions reste dans les compétences des Etats membres (v. art. 5 du Traité OHADA). Pour cette raison, sur la base de la situation actuelle, il est douteux que la compétence de l'OHADA, pour la création d'un Acte uniforme ayant une substance pénale, puisse être justifiée sur le plan de la stricte liaison entre la nécessité de développer les économies africaines prévue dans le Traité OHADA et une lutte contre la corruption efficace (v. le point VI.2.d). Quand même, d'ores et déjà, l'OHADA offre une base magnifique pour beaucoup de mesures. L'OHADA est une association très serrée dont les membres se sont réciproquement obligés à créer un environnement avantageux pour l'économie. Comme nous avons vu, un des plus grands obstacles pour les investisseurs est la corruption abondante. Pour cette raison il y a une obligation réciproque pour les chefs d'Etat des Etats membres d'aborder ce problème, s'ils ne veulent pas mettre en danger le succès de l'OHADA. Les Etats doivent donc se contrôler mutuellement. Imaginables seraient en outre les rapports réguliers sur le succès des mesures d'anti-corruption dans le cadre du Conseil des ministres où on devrait aussi exposer comment on lutte contre ce problème. En outre, avec des dépenses relativement petites, on pourrait créer un forum central où les victimes de la corruption pourraient décrire leurs cas. L'Etat concerné devrait ensuite rapporter lors de la prochaine réunion du Conseil des ministres comment il a remédié à la plainte. Grâce à ce contrôle mutuel on peut créer la pression nécessaire pour que les Etats OHADA adoptent les mesures nécessaires pour une lutte contre la corruption efficace.

VI. LE PROJET

1) Le but du projet

Le but du projet est de tirer profit des liens et des obligations réciproques des Etats OHADA pour avancer dans une lutte contre la corruption mutuelle et interétatique (v. point V.2). L'objectif à long terme est d'arriver à un Acte uniforme relatif à la corruption. Pour atteindre ce but, il faut d'ores et déjà créer un droit anti-corruption le plus homogène possible, moderne et efficace dans les Etats membres. On peut atteindre cet objectif en créant une loi modèle à adopter par les Etats.

Le projet s'étendra sur plusieurs années et se divisera en plusieurs tranches. Il est prévu de lancer le projet seulement dans une petite sélection des Etats membres de l'OHADA, vu qu'il faut analyser la situation concrète dans

chaque pays et que la dépense pour le faire dans les seize Etats sera trop grande. De plus, pendant que quelques Etats montrent de grands efforts pour affronter le problème de la corruption, les autres ne font rien. Parce que le premier groupement devra prendre le rôle du précurseur pour forcer les autres gouvernements à les suivre dans leur engagement, il faut commencer. Nous envisageons donc d'entamer le projet au Bénin, au Burkina Faso, au Cameroun, au Sénégal et peut-être au Mali.

2) Le déroulement du projet

a) 1^{re} tranche : les recherches de base

Tout d'abord, on doit rechercher où il faut agir. On commencera par rechercher où la corruption est la plus violente, quelles sont ses formes et où elle cause les plus grands dommages ? Pour ce faire, il faut coopérer avec les institutions déjà existantes (APNAC, FONAC, TI, institutions nationales) et organiser des conversations "round table" où les groupements concernés et intéressés (surtout des investisseurs, mais aussi des politiciens, des hauts fonctionnaires et des praticiens et toute autre personne concernée) seraient réunis pour y rapporter leurs problèmes. On pourrait également créer un forum (de préférence par internet) pour y déposer des plaintes.

Les informations ainsi acquises servent à découvrir les lacunes à régler. En même temps, les Etats concernés peuvent d'ores et déjà essayer de remédier au problème, sous la pression de devoir en rapporter au Conseil des ministres (v. point V.2).

b) 2^e tranche : la création d'un environnement légal efficace

Par le besoin de lutter contre la corruption à un niveau interétatique et sur la base d'une approche commune et parce qu'à long terme, il faut un droit anti-corruption uniforme dans toute l'OHADA, on doit élaborer une approche commune. Un bon chemin pour atteindre ce but est la création d'une loi modèle d'après l'exemple des "Restatements of Law" aux Etats-Unis. Les Etats OHADA peuvent ensuite la transposer dans leur droit national.

Pour créer une telle loi modèle il faut d'amples travaux préparatoires. Tout d'abord, il faut savoir dans quelle mesure il faut compléter les règles existantes. Un instrument pour atteindre ce but est la « Gap Analysis », une procédure que la GTZ a déjà utilisée dans plusieurs Etats, par exemple le Kenya ou, en coopération avec M. le professeur Pieth, conseiller du présent projet, et le « Basel Institute on Governance » en Indonésie. On y compare un règlement avec un texte modèle et trouve ainsi les lacunes à compléter.

Un tel texte modèle peut être la "Convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption et les infractions assimilées" car en Afrique les gens vont accepter plutôt une législation qui résulte de leur propre travail que de règles étrangères. Cependant, il faut voir que cette convention de l'Union Africaine contient des lacunes. Il est donc indispensable de la compléter en faisant une comparaison avec la "UN Convention

Against Corruption" (UNCAC) et la convention de l'OEDC. Cette dernière est notamment d'intérêt car elle pourrait fournir des règles qui permettent la poursuite transfrontalière de délits de corruption – un but qu'il faut absolument atteindre dans l'OHADA. Autant qu'existent des normes nationales qui sont mieux adaptés à la situation locale que les conventions internationales, on doit les incorporer également dans la loi modèle. Pour la recherche de telles normes, on peut peut-être utiliser les recherches de la "Anti-Bribery and Business Integrity Initiative for Africa" (v. point IV.2).

Ensuite, vu que les conventions se concentrent sur le côté pénal, il faut ajouter à la loi modèle des normes du droit civil, statuant par exemple la nullité des contrats qui ont été conclus par l'aide de la corruption. Une telle règle qui s'oriente vers plusieurs décisions arbitrales récentes pourrait avoir un effet préventif.

De plus, il faut renforcer la situation des services qui luttent contre la corruption. On doit garantir à leurs employés une large indépendance et une exclusion de tout déplacement forcé. Reste bien sûr le problème de la mauvaise rémunération qui est souvent la raison pour accepter des pots-de-vin. Un remède pourrait être de faire profiter ces administrations directement des amendes promulguées suite à des délits de corruption. Egalement peuvent servir pour financer leur travail les pots-de-vin à rembourser.

Un dernier point important est la sécurité des informateurs. Pour ceux-ci, les "Whistleblower", il faut introduire des programmes de protection de témoin. De plus, il faut prévoir pour eux une impunité ou une atténuation pénale. Ces mesures doivent assurer qu'on recevra les informations nécessaires pour la découverte et la poursuite de délits de corruption.

c) 3^e tranche : Mise en œuvre de la loi modèle et des mesures complémentaires dans les Etats OHADA

Après la fin des travaux préparatoires et la loi modèle formulée, il faut implanter la loi et des mesures complémentaires dans les Etats OHADA.

Pour atteindre ce but, il faut des efforts des gouvernements, du secteur privé et de la société civile.

En ce qui concerne les gouvernements, ils doivent mettre en œuvre la loi et les mesures complémentaires comme la création d'autorités puissantes pour la poursuite des cas de corruption. De plus, ils doivent former les magistrats. Cette formation peut être assurée par l'ERSUMA (Ecole régionale supérieure de la magistrature), un centre d'études central qui est destiné à familiariser les magistrats avec le droit OHADA. Pour arriver à ce but, dans le cadre du présent projet, il faut également organiser des enseignements.

Comme décrit plus haut, il est envisagé d'installer la loi modèle et les mesures complémentaires tout d'abord dans les Etats précurseurs qui doivent inciter les autres à les suivre. De plus, il faut que les organes de l'OHADA (Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, Secrétariat permanent, ERSUMA) visent eux aussi à ce que les Etats adoptent la loi et les mesures complémentaires.

Très importante est la coopération du secteur privé, c'est-à-dire des entreprises. Elles doivent mettre en place des mesures qui empêchent que leurs employés donnent des pots-de-vin, ce qui pourra être fait en introduisant un "Code of Conduct" pour tout le personnel ainsi qu'un contrôle efficace de son respect. La participation du « Basel Institute on Governance » assure la disponibilité d'un personnel hautement qualifié pour conseiller les entreprises. De plus, des entreprises peuvent former des réseaux contre la corruption qui s'engagent mutuellement à respecter les normes et des standards d'anti-corruption. Un bel exemple pour ceci est le "Forum des entreprises éthiques du Cameroun" qui réunit 30 entreprises. De telles associations peuvent exercer leur influence sur leurs gouvernements pour les faire réaliser des mesures anti-corruption efficaces ou obtenir que des cas soient déférés devant les tribunaux.

La disponibilité pour des telles mesures sera fortement augmentée si les dirigeants des entreprises sont personnellement responsables pour les délits de corruption commis par leurs employés. La Loi modèle contiendra donc une telle règle.

Un facteur d'importance éminente est la société civile qui a la fonction de surveiller les politiciens et d'exercer toute sa puissance (par exemple aux élections) pour obtenir que la loi modèle et les mesures complémentaires soient adoptées. De plus, par sa surveillance, le peuple peut découvrir des délits de corruption et entamer leur poursuite en les dénonçant. On pourrait augmenter considérablement l'efficacité de la société civile en formant des associations de lutte contre la corruption, par exemple par la fondation de bureaux locaux de Transparency International qui pourraient également être actifs dans la formation, coopérer avec les acteurs politiques et, s'ils disposent d'une certaine influence, réaliser de nouvelles mesures.

La vigilance par la société civile a aussi un aspect préventif : plus est grand le danger d'une découverte, plus les acteurs s'abstiennent de corrompre.

Pour former les acteurs – gouvernements, secteur privé et société civile – il faut un atelier d'une durée de six mois. De plus, il faut prévoir un accompagnement des différents acteurs pour la mise en œuvre efficace des mesures nécessaires.

Dans l'atelier, on présentera aux gouvernements intéressés la loi modèle et on leur donnera des avis pour son adoption. En cas de besoin, les spécialistes les aideront pendant cette adoption.

Aux entrepreneurs, on montrera les possibilités pour se défendre contre la corruption, on les aidera en formulant un "Code of Conduct" et on les soutiendra pour former des réseaux.

La société civile sera formée pour connaître des délits de corruption et pour les dénoncer. Pour cela, il faut enseigner dans le nouveau droit ces droits et les possibilités de protection pour les "Whistleblower". Elle doit être informée sur les possibilités comment agir le plus efficacement possible, ce qui implique de la soutenir à former des associations.

Outre cet atelier, il faut d'autres mesures. Il faut premièrement assurer la formation permanente des différents acteurs. Pour cela on pourrait organiser des cours d'étude en profitant de l'ERSUMA. Cependant, il faut décentraliser cette offre pour que cette formation soit disponible dans tous les Etats. De plus, il faut assurer que les services d'anti-corruption disposent des moyens financiers nécessaires. Ceci implique qu'on les dote d'une organisation la plus efficace possible, mais exige aussi que les acteurs du projet recherchent le soutien international.

d) 4^e tranche : *transformation de la loi modèle en Acte uniforme*

La 4^e tranche peut se dérouler en même temps que la 3^e tranche du projet. Elle consiste à convaincre les autorités de la nécessité de transformer la loi modèle en Acte uniforme aussi vite que possible. Pour cela, il est indispensable que les Etats créent la compétence de l'OHADA même pour la lutte contre la corruption.

Ce pas est inévitable car à long terme, l'OHADA ne peut fonctionner que si les Etats arrivent à éliminer les facteurs qui menacent son succès et dont la corruption est parmi les plus importants.

VII. PERSPECTIVES

Le projet dessiné ne peut avoir de succès que si les gouvernements des Etats précurseurs sont prêts à le soutenir au moins moralement. L'initiative doit être celle des Etats OHADA et pas celle d'un groupement privé, comme le dit également la Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement sous le mot-clé "appropriation". Cet article s'adresse donc à tous les décideurs afin qu'ils défrichent le chemin vers la réalisation des mesures esquissées.

Il s'adresse également aux juristes dans les Etats OHADA qui sont invités à y contribuer avec leur savoir-faire et leur connaissance profonde des particularités locales. Très importante est, en outre, la participation d'organisations comme la FONAC (National Front of Organizations Against Corruption), l'APNAC (African Parliamentarians Network Against Corruption) et les implantations nationales de Transparency International.

Pour la formation d'un réseau mais aussi pour obtenir des renseignements sur le projet, toutes les personnes intéressés sont priées de contacter l'auteur de cet article par courriel à l'adresse : Thorsten_Vogl@mail2world.com.

A espérer que le projet verra le jour et aidera l'Afrique à avoir un futur meilleur !