

## **L'OHADA : vers un droit unifié des échanges dans la zone Océan Indien ?<sup>1</sup>**

**Dominique PONSOT**

*Magistrat. Chef de projet - Coopération franco-malgache*

Mesdames et messieurs,

Je ne vous dissimulerai pas que, au moment de prendre la parole devant une assemblée aussi nombreuse et éminente, j'éprouve une certaine appréhension. Une double appréhension, à dire vrai.

- celle « d'ouvrir le feu », alors qu'il aurait été plus confortable d'intervenir en un endroit moins visible : j'indique tout de suite que c'est un pur hasard qui me fait occuper cette place dans le déroulement de ce colloque, et nullement des considérations liées – par exemple – à ma qualité de partenaire financier, que vous avez bien voulu signaler, Monsieur le président.

- la seconde appréhension concerne plus spécifiquement nos invités venus de France métropolitaine, qui sont certainement très curieux de mesurer les effets de l'exposition prolongée d'un de leurs compatriotes au soleil de Madagascar. Mais comme vous aurez déjà pu le constater, Madagascar jouit d'un climat très clément – c'est en tout cas vrai à Tananarive – de sorte que je n'aurai même pas cette excuse.

Par chance, le sujet dont j'ai à vous entretenir est relativement simple. Comprenez par là qu'il n'est pas d'une grande technicité, et qu'il permettra à chacun d'entre vous d'entrer en douceur dans ce colloque très relevé, qui mobilisera sans doute davantage vos capacités d'écoute à mesure de son avancement.

Sujet relativement simple, certes, encore que son intitulé, « L'OHADA, vers un droit unifié dans la Zone Océan Indien ? », insinue un certain doute, en tout cas, un certain questionnement, annonciateur de réponses nuancées, où tout n'est pas, ni totalement blanc, ni totalement noir.

Ayant dit cela, je voudrais tout de suite circonscrire le sujet à ce que sont ses limites réelles : en l'absence de toute perspective de voir Maurice et les Seychelles adhérer à l'OHADA ou de s'en rapprocher, ces deux entités demeureront en dehors de notre propos.

En revanche, les Comores, membres de l'OHADA nous intéressent directement, de même que Madagascar qui, sans être membre de l'Organisation, a puisé dans les actes uniformes OHADA une grande part de son inspiration réformatrice.

---

(\*) Cette contribution est tirée de la participation de l'auteur au colloque organisé par l'Association Henri Capitant, les 13 et 14 mars 2008 à Tananarive (Madagascar) sur *Les échanges économiques dans la région Océan Indien*.

Quant aux îles indo-océaniques placées sous souveraineté française, La Réunion et Mayotte, on ne saurait, évidemment, y voir des candidats à l'OHADA ; néanmoins, il est intéressant d'apprécier à leur endroit, les rapports qu'entretiennent le droit français et le droit de l'OHADA.

De sorte que je vous propose tout d'abord de faire un certain nombre de rappels sur l'OHADA et d'aborder, à cette occasion, les liens qui sont ceux du droit unifié avec le droit français (I), avant de nous intéresser, de façon plus spécifique, à la manière dont l'OHADA s'est déployé aux Comores et à Madagascar et parvient – ou ne parvient pas – à une uniformisation du droit (II).

## **I – L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires**

Quelques rappels paraissent devoir être concernant l'Organisation, les institutions qu'elle regroupe, les domaines dans lesquels elle intervient (A), avant de s'intéresser davantage au contenu de ses actes uniformes et leurs rapports avec le droit français (B).

### **A) Quelques rappels sur l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires**

Que recouvre l'OHADA ?

Un traité, signé à Port Louis le 17 octobre 1993 réunissant au départ 15 Etats Africains, puis un seizième, en attendant l'adhésion d'un dix-septième membre, qui pourrait être la République démocratique du Congo, à moins que le Ghana ne se décide avant à devenir le premier Etat entièrement anglophone de l'Organisation.

Seize Etats, donc, que je ne citerai pas tous, mais dont il convient de signaler qu'ils regroupent une grande partie de l'Afrique francophone subsaharienne de l'Ouest et du Centre, et auxquels s'ajoutent, pour ce qui concerne la Zone Océan Indien, l'Union des Comores. A signaler toutefois un Etat hispanophone, la Guinée Equatoriale et un pays Lusophone, la Guinée Bissau : qui sait, du reste, si d'autres pays parlant le portugais ne pourraient pas rejoindre l'Organisation, qu'il s'agisse du Cap Vert, de l'Angola ou, plus près de nous, du Mozambique.

L'OHADA est dotée de trois institutions permanentes :

- le Secrétariat Permanent, qui est implanté à Yaoundé
- la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), qui a son siège à Abidjan
- l'Ecole régionale supérieure de la magistrature (ERSUMA) qui est installée à Porto Novo au Bénin : contrairement à son intitulé un peu réducteur, l'ERSUMA s'adresse également aux auxiliaires de justice des Etats parties (Art. 41 du traité).

Il faut ajouter à ces institutions permanentes un Conseil des ministres, qui se réunit au moins une fois par an et est présidé par rotation. C'est, en particulier, le Conseil des ministres qui adopte les Actes uniformes.

Quant au domaine d'intervention de l'OHADA, cette question est réglée par l'Art. 2 du traité : on y trouve toutes les matières traditionnelles du droit commercial, mais aussi le domaine des sûretés, du recouvrement des créances et des voies d'exécution, de l'arbitrage, du droit comptable et même du droit du travail. Par ailleurs, l'Organisation peut, à l'unanimité, décider d'y inclure de nouvelles matières.

Harmonisation ? Uniformisation. ? Voilà une première question qui surgit avant même d'aborder le fond de notre sujet : nous sommes censés mesurer l'effet *unificateur* de l'OHADA dans la Zone Océan Indien, alors que l'Organisation semble limiter ses ambitions à *harmoniser* le droit. Est-ce à dire que la question nous est mal posée ?

Je crois sur ce point qu'il convient de rendre un hommage particulier aux pères du Traité OHADA qui, avec beaucoup de diplomatie – pour ne pas dire d'habileté, se sont contentés d'afficher des ambitions d'harmonisation, alors qu'ils avaient clairement en vue d'inviter les Etats sollicités à se joindre à une entreprise d'unification.

Car le Traité est sans équivoque : certes, on ne parle que de droit harmonisé dans les considérants du Traité OHADA, mais dès l'article 1<sup>er</sup>, les choses sont mises au point : « Le présent traité a pour objet l'harmonisation du droit des Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes (...) ». Exit, donc, le simple rapprochement des législations : l'Organisation se fixe pour mission d'élaborer directement des règles communes, autrement dit, du droit unifié.

Et à ceux qui n'auraient pas bien compris le message, l'Art. 5 du Traité précise : « Les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier sur présent Traité sont qualifiés "Actes uniformes" ». A aucun endroit il n'est question d'actes de droit dérivé qui, comme les directives communautaires, se borneraient à fixer des objectifs, laissant aux législateurs nationaux le choix des moyens pour y parvenir.

L'OHADA est donc bien une entreprise d'unification du droit, et les concepteurs de ce colloque ne se sont pas trompés.

## **B) Le droit matériel de l'OHADA : les Actes Uniformes**

Il ne saurait être question, compte tenu du temps qui m'est imparti et de l'objet de ce colloque, d'entrer dans le détail de chacun des huit Actes uniformes adoptés par l'OHADA depuis sa création, et je me contenterai de les évoquer brièvement.

Plus intéressant est, en revanche, d'examiner quels sont leurs liens, quel est leur degré de proximité par rapport au droit français : en effet, selon la réponse qui sera apportée à ces interrogations, dépendra la réponse à la question plus générale que nous devons nous poser, celle de savoir si l'OHADA est un facteur de convergence – on ne peut évidemment pas parler ici d'uniformisation – avec le droit français qui est à l'œuvre dans la Zone Océan Indien.

## I/ Présentation sommaire des actes uniformes OHADA

Huit Actes uniformes ont, pour l'instant, été adoptés :

- AU du 17 avril 1997 relatif au droit commercial général. Ce premier acte fondateur fixe un certain nombre de règles de base : statut du commerçant, fonds de commerce, principaux contrats commerciaux (baux commerciaux, vente de marchandise, intermédiaires de commerce...)

- AU du 17 avril 1997, relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique

- AU du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés

- AU du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

- AU du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif

- AU du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage

- AU du 23 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises

- AU du 22 mars 2003 relatif aux contrats de marchandises par route.

Certains projets sont à l'œuvre : un projet d'Acte uniforme sur le droit de la consommation est assez avancé, même si son adoption rencontre actuellement des difficultés peut-être liées à son caractère prématuré ; il en va également de même du projet d'Acte uniforme sur le droit du travail. Quant au projet sur le droit des contrats, qui a fait couler beaucoup d'encre, l'association Henri Capitant est sans doute mieux placée que moi pour en parler.

## 2/ Similitudes et divergences avec le droit français

Sous cet intitulé prometteur se cache un véritable sujet de thèse, et, au risque de vous décevoir, je ne prendrai pas un risque plus important encore, celui de vous faire une présentation exhaustive de la question. J'en serais bien incapable.

Je me conteraï de procéder par petites touches.

D'un point de vue formel, tout d'abord, il est indéniable que le droit français et le droit de l'OHADA présentent de notables différences.

Tout d'abord, et cela découle de l'intitulé même de l'Organisation, qui se réfère au « droit des affaires » et non au droit commercial, l'OHADA a pris quelques distances avec l'approche dualiste du droit commercial : ainsi, nous avons un acte uniforme sur les sûretés, qui concerne presque indistinctement les sûretés civiles et les sûretés commerciales, un acte uniforme sur les procédures de recouvrement simplifié et sur les voies d'exécution, qui intéresse tout autant le domaine non commercial.

Par ailleurs, les Actes uniformes, même s'ils sont regroupés dans un ouvrage de compilation que l'on désigne un peu abusivement sous le nom de "Code vert OHADA", constituent des normes indépendantes les unes des autres, ne se référant que très occasionnellement les unes aux autres : en ce sens, les Actes uniformes présentaient des similitudes avec les grandes lois françaises qui régissaient le droit commercial, jusqu'à la recodification effectuée en 2000.

Sur un autre plan, les Actes uniformes sont presque auto-suffisants, entendez par là qu'ils ne nécessitent pas – ou presque pas, nous y reviendrons à propos des Comores – de mesures d'application. On perçoit, à cet égard, toute la différence avec les lois françaises.

Si l'on s'intéresse de plus près à la rédaction, on retrouve, en revanche, une certaine "marque de fabrique" qui rapproche l'OHADA du droit français. La structure rédactionnelle demeure la même : le plan de certains actes uniformes reprend la même logique que celle des lois françaises correspondantes ; les divisions en Titres, chapitres, sections repose sur la même organisation. Pareillement, le législateur a su résister – à l'exception notable de l'AU sur les transports de marchandise par route – à la tendance observée ailleurs, celle de textes débutant par une avalanche de définitions. La langue juridique utilisée procède de la même inspiration et du même référentiel, les concepts utilisés ont le même sens qu'en droit français etc.

Que dire, cependant, de la concision ? Il est indéniable que le législateur OHADA est beaucoup moins "bavard" que son homologue français : cette qualité rend tout particulièrement agréable l'étude des AU OHADA. Mais – nous y reviendrons – la différence tient essentiellement au fait que le droit français envisage des situations beaucoup plus nombreuses que le droit de l'OHADA, ce qui en fait un droit beaucoup plus « sophistiqué ». Il reste que, sur des questions équivalentes, la même concision se retrouve dans les deux législations.

Quant au fond, nous nous trouvons incontestablement en présence de deux droits « de la même veine ». La philosophie générale du droit de l'OHADA est reprise du droit français ; les solutions sont très proches et semblent parfois l'œuvre d'une même « main ».

Ceci est vrai pour le meilleur comme pour – je n'irais pas jusqu'à dire le pire – le moins bon : en parlant du moins bon, je pense par exemple à la définition du commerçant et de l'acte de commerce où, sans nécessité véritable, l'OHADA a gardé du droit français l'approche mixte mêlant – avec les inconvénients que l'on sait – approche subjective et objective. Or, il aurait été grandement préférable – mais je n'exprime là qu'un point de vue personnel – d'évoluer vers un « droit professionnel », et donc ne retenir que l'approche subjective.

En conservant à l'esprit l'idée que, comme nous venons de le voir, le droit de l'OHADA est très proche du droit français, il est peut-être plus intéressant de s'attarder sur les éléments de démarcation.

Par certains côtés, le droit de l'OHADA a pu apparaître en avance sur le droit français, et, dans une certaine mesure, l'est resté. Les sociétés anonymes unipersonnelles, les sociétés anonymes sans conseil d'administration, mais dirigées et administrées par un administrateur général, n'existent toujours pas – qu'on le veuille ou non – en droit français. Il est vrai que, en droit français, la forme très plastique de la société par action simplifiée fait perdre à la question une partie de son intérêt : il reste qu'une SAS et une SA sont deux forme différentes, alors qu'une SA unipersonnelle ou dotée d'un administrateur général est une variante de SA, la variation pouvant résulter d'une simple modification des statuts, sans nécessiter une transformation.

Dans d'autres domaines également, le droit de l'OHADA apparaît à la fois plus moderne et paradoxalement aussi comme plus fidèle aux idéaux d'un droit légiféré : la théorie du fonds de commerce, l'abus de majorité, les garanties indépendantes sont, par exemple, autant de sujets qui, en France, résultent de constructions jurisprudentielles ou de la création de la pratique, tandis que l'OHADA y consacre des règles expresses.

On peut également noter que l'OHADA a réalisé – nous aurons l'occasion d'y revenir – une certaine dépenalisation du droit des sociétés, sujet sur lequel la France a toujours du mal à se débarrasser de ses vieux démons. Mais peut-être les choses vont-elles changer en France, si l'on en juge par les travaux de la commission de réflexion récemment mise en place à cet effet.

Il faut enfin signaler que le droit de l'OHADA se nourrit à d'autres sources que le droit français : il en va, par exemple, ainsi du droit de la vente de marchandises, qui est assez proche de la convention de Vienne (CIVM), ou de l'acte uniforme sur le transport de marchandises par route, qui s'inspire étroitement de la convention de Genève (CMR) : dans ces deux domaines et particulièrement le dernier, la comparaison avec le droit français est nettement à l'avantage de l'OHADA.

Malgré tout, il serait exagéré de ne mettre qu'en avant les qualités qu'offre le droit de l'OHADA, par rapport au droit français.

Tout d'abord, l'OHADA a, dans certains domaines, cristallisé le droit qui était applicable en France voici plusieurs décennies : c'est vrai, par exemple, du droit des procédures collectives d'apurement du passif, qui est plus proche de la loi de 1967 que de la loi de 1985 (et je ne parle pas, naturellement, des évolutions les plus récentes) ; de même, les voies d'exécution de l'OHADA, si elles reprennent la terminologie française actuelle (saisie vente, saisie attribution...) ignorent totalement le juge de l'exécution.

De fait, et malgré tous les reproches dont il fait l'objet, le droit français présente parfois plus de souplesse que ce que l'on veut bien dire. Deux petits exemples, tirés au hasard du droit des sociétés : les acomptes sur dividende sont possibles en France, alors que cette possibilité n'est pas prévue dans le droit de l'OHADA ; les modifications statutaires dans les SARL peuvent être décidées à une majorité inférieure au  $\frac{3}{4}$ , si les statuts le prévoient, alors que le seuil des  $\frac{3}{4}$  est intangible au regard de l'OHADA.

En outre et à mesure que le temps passe, on constate quelques évolutions du droit français, qui l'éloignent un peu du classicisme auquel, dans une certaine mesure, les actes uniformes OHADA demeurent attachés.

Deux autres exemples, tirés également du droit des sociétés : depuis une loi du 2 août 2005, les SARL française ne sont plus tenues de constituer un capital social minimum (à titre personnel, j'aurais tendance à dire que ceci est un peu de la poudre aux yeux, mais il paraît que *Doing Business* apprécie ce genre de mesures libératrices !) ; de même, depuis la loi du 26 juillet 2005, dite loi LSE – loi sur la sauvegarde des entreprises, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société en nom collectif n'entraîne plus automatiquement l'ouverture de redressement ou de liquidation judiciaires à l'encontre des associés.

A ces différences qui viennent d'être signalées à propos de solutions applicables à des situations comparables, il faut évidemment ajouter d'innombrables règles qui, en droit français, se surajoutent aux règles de base : depuis une trentaine d'années environ, sous l'influence notamment de disciplines nouvelles ou qui se sont fortement développées comme le droit boursier, celui de la concurrence ou encore de la consommation, le droit commercial français

s'est enrichi de très nombreuses dispositions qui n'ont pas ou pas encore d'équivalent dans le droit de l'OHADA.

Quelles leçons tirer de ces rapports complexes du droit de l'OHADA et du droit français ? La première est que l'un comme l'autre, l'un avec l'autre et, parfois, l'un contre l'autre, contribuent à disséminer dans l'Océan Indien, une certaine vision du droit, celle d'un droit légiféré, envisageant a priori un certain nombre de situations susceptibles de se présenter et auxquelles il offre, selon les cas, des solutions obligatoires ou seulement supplétives.

La seconde est que les éléments de convergence ne doivent pas masquer les différences : ces différences portent sans doute moins sur le fond, sur la philosophie, mais plutôt sur le degré de sophistication du droit français qui sur une base incontestablement commune, a pris des distances par rapport à ce droit concis, économe de moyens qu'est le droit de l'OHADA.

En d'autres termes, si le droit de l'OHADA est assez proche du droit français, la réciproque n'est pas vraie. Ce qui autorise la conclusion provisoire que l'OHADA offre, davantage que le droit français, un potentiel d'uniformisation du droit dans la Zone Océan Indien.

## **II – La réception de l'OHADA dans la Zone Océan Indien**

Deux pays, sont, comme on l'a dit, concernés par la question : les Comores et Madagascar. Toutefois le positionnement très différent de chacune de ces entités vis-à-vis de l'Organisation nécessite que nous les examinions successivement.

### **A) Le cas des Comores**

La situation des Comores est *a priori* facile à cerner : les Comores ont adhéré à l'OHADA dès sa création, et elles se trouvent donc placées à tous égards sous le bénéfice de l'OHADA.

Du point de vue institutionnel, les Comores s'interdisent donc désormais de légiférer dans les domaines couverts par le traité OHADA – c'est l'Art. 10 du Traité qui le dit ; par ailleurs, elles participent au conseil des ministres de l'Organisation, s'agissant, en particulier, de l'adoption de règles de droit dérivé, ces fameux Actes Uniforme : il faut rappeler que les Actes uniformes OHADA doivent être adoptés à l'unanimité des Etats votants ou représentés, avec un quorum des deux tiers. Cela étant indiqué, j'ai eu la curiosité de consulter attentivement le Journal officiel de l'OHADA, et j'ai constaté que les Comores n'étaient signataires d'aucun des Actes uniformes adoptés à ce jour.

Les Comores sont également soumises à la Cour commune de justice et d'arbitrage, qui agit comme une sorte de cour de cassation supra nationale, s'agissant de l'application du droit de l'OHADA. Enfin, les Comores bénéficient de la formation dispensée par l'Ecole Régionale Supérieur de la Magistrature (ERSUMA), située à Porto Novo au Bénin.

Au plan du droit matériel, les Comores et plus précisément les juridictions comoriennes doivent désormais appliquer les actes uniformes OHADA aux lieu et place des dispositions antérieures, c'est-à-dire, pour simplifier, ce qui restait du droit français applicable aux Comores au jour de l'indépendance.

Naturellement, les choses ne sont pas aussi simples et, aussi complets soient-ils, les actes uniformes de l'OHADA n'absorbent pas l'ensemble des domaines qu'ils couvrent : un certain principe de subsidiarité s'applique, laissant un espace d'initiatives aux Etats parties.

Or, de ce point de vue, force est de constater que les Comores n'ont pas – ou pas encore – pris certaines mesures de réception dans l'ordre juridique interne.

Il en va particulièrement ainsi du dispositif pénal devant accompagner certains actes uniformes, où des incriminations sont posées par l'OHADA, mais où le soin est laissé aux législateurs nationaux pour déterminer les sanctions encourues (Art. 5 du Traité) : on pense évidemment à l'AU sur les sociétés commerciales et à celui sur les procédures collectives d'apurement du passif, mais il y a aussi celui sur le droit commercial général, concernant le contentieux des inscriptions au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM).

Sur ce point précis, il faut reconnaître que la situation actuelle des Comores est pour le moins ambiguë (j'indique tout de suite que la situation des Comores n'est – malheureusement – pas isolée parmi les Etats parties de l'Organisation) : c'est ainsi que l'on peut se demander si, en l'absence de mesures prises au plan interne, les anciennes infractions, d'abus de biens sociaux, de distribution de dividendes fictifs, de banqueroute, de présentation de faux bilan, de non révélation des faits délictueux par les commissaires aux comptes etc., telles qu'elles pouvaient résulter du droit antérieur, sont toujours applicables dans les termes où elles étaient libellées.

La question vaut, *a fortiori*, concernant certaines infractions qui n'ont pas été reprises par l'OHADA, tel l'obstacle mis à la participation d'un actionnaire à une assemblée générale : ces infractions sont-elles toujours applicables, ou ont-elles été implicitement abrogées, compte tenu de la volonté explicitement affichée par l'AU OHADA de dépenaliser en partie le droit des sociétés ? Je me limiterai à poser la question.

Sur un autre plan, les actes uniformes sont tributaires de l'existence de professions juridiques, telle la profession notariale qui est nécessaire pour établir les statuts de sociétés ou, en tout cas, recevoir au rang des minutes les statuts établis sous seing privé, ou qui est également concernée par l'AU sur les voies d'exécution : la question qui vient alors à l'esprit est celle de savoir ce qu'il en est de la profession notariale aux Comores.

Dans un registre voisin, les questions de barème des émoluments dus au greffier tenant le registre du commerce ou au syndic de faillite ne sont pas réglées par l'OHADA, mais sont laissées à l'appréciation des Etat. Et on sait qu'en ce domaine – je pense tout particulièrement au barème des syndics de faillite – la manière dont le barème est conçu est déterminante de la viabilité des procédures.

Signalons, enfin, à titre de dernière illustration, que la détermination des journaux habilités à publier des annonces légales, qui est renvoyée aux Etats partie, semble toujours en suspens aux Comores.



Tout ceci pour dire que, même si l'applicabilité des AU OHADA aux Comores ne fait – par définition – pas de doute, l'effectivité de cette application dépend encore d'un certain nombre de mesures qui, pour autant que l'on puisse en juger, restent à adopter au sein de l'Archipel.

De sorte que, même en ce qui les Comores, Etat partie à l'Organisation, nous sommes toujours dans la dynamique de notre sujet, c'est-à-dire, en marche – mais en marche seulement – vers l'uniformisation.

Qu'en est-il de Madagascar ?

## **B) Le cas de Madagascar**

Au tournant des années 1990, Madagascar s'est engagé dans un processus de libéralisation et d'ouverture de son économie, et, assez rapidement, est apparue la nécessité de moderniser son cadre juridique. Un rapport établi en 1994 par MM. les professeurs Alisaona RAHARINARIVONIRINA et Philippe DELEBECQUE – ici présents et que j'ai plaisir à saluer – a précisé le diagnostic et a proposé un plan d'action pour moderniser le droit des affaires.

A la suite de ce rapport, diverses options ont été considérées, y compris celle de se tourner vers un droit d'inspiration anglo-américaine – M. le Professeur RAMAROLANTO me corrigera si je m'égare.

L'option la plus sérieuse était de rejoindre l'OHADA, organisation de création récente. Mais finalement, Madagascar décidera de ne pas adhérer.

Je ne sais pas au juste ce qui a amené Madagascar à préférer se tenir – au moins provisoirement – à l'écart de l'Organisation : des considérations géopolitiques, Madagascar étant plus tournée vers l'Asie, vers l'Europe ou vers des pays qui, comme Maurice ou l'Afrique du Sud ne sont pas membres de l'OHADA ? La crainte que pouvait susciter à l'époque cette organisation encore jeune, ayant à faire ses preuves ? Des questions de distance géographique et donc de coût (comment participer de façon assidue aux différentes instances de l'Organisation ?) ? Des questions de souveraineté, et, en particulier, la crainte suscitée par la CCJA, juridiction supranationale ? Le fait que Madagascar était sorti de la Zone Franc, alors que la quasi totalité des Etats parties de l'OHADA en est membre ?

Il y a sans doute un peu de tout cela.

Pour autant, Madagascar n'est pas resté insensible à la question de l'OHADA, et dès l'adoption des premiers actes uniformes, Madagascar s'y est intéressé et a progressivement pris le parti de s'en inspirer pour ce qui est de la modernisation de son propre droit. On m'a, du reste, rapporté qu'un échange de lettre entre le Gouvernement malgache et l'Organisation avait eu lieu, à l'époque, pour autoriser officiellement Madagascar à se référer aux AU OHADA.

Madagascar s'est donc, dès les lois adoptées en 1999, placé dans le sillage de l'Organisation, sans la rejoindre formellement.

Ce choix a naturellement pour conséquence que Madagascar ne participe pas aux instances de l'OHADA : on peut, du reste, regretter que le traité OHADA ne prévoie pas formellement un statut d'observateur. Je signalerai toutefois l'existence de certains liens : tout d'abord, deux juristes malgaches de très haut niveau sont inscrits sur la liste des arbitres de la CCJA ; par ailleurs, en novembre 2006, une convention de jumelage a été signée entre

l'ERSUMA et l'Ecole nationale de la magistrature et des greffes (ENMG), ouvrant la voie à une coopération entre ces deux institutions.

Ce rappel étant fait, quelle est actuellement la situation ?

Globalement, il ne faut pas hésiter à affirmer que le droit malgache est très proche, voire parfois identique au droit de l'OHADA.

Une première similitude concerne la forme : en effet, Madagascar a légiféré par étapes, et dans le cadre de grandes lois pour l'essentiel non codifiées. Je dis « pour l'essentiel », car les deux premières lois adoptées en 1999 (la loi du 2 août sur le statut du commerçant et la loi du 19 août sur la transparence des entreprises) sont venues s'intégrer dans le vieux Code de commerce français de 1807, dont elles constituent désormais l'essentiel du Livre Premier.

Mais en dehors de ces deux textes, l'ensemble des autres lois adoptées sur le modèle des AU OHADA l'a été dans le cadre de grandes lois qui ressemblent à s'y méprendre aux AU correspondants.

Toutefois, il faut noter que l'AU sur le droit commercial général a été repris en trois étapes au moins par le législateur malgache : en plus des deux lois de 1999 qui ont été citées, la partie relative au fonds de commerce a donné lieu à une loi du 3 septembre 2004, que le législateur malgache n'a pas intégré au sein du Code de commerce, ce que l'on pourra regretter. Plus près de nous, le 31 août 2006, une loi sur les intermédiaires de commerce, très étroitement inspirée de l'AU OHADA sur le droit commercial général, a été adoptée. Par ailleurs, la législation sur les baux commerciaux pourrait évoluer dans un avenir proche, et là encore, le processus interviendra séparément ; la même remarque peut être faite à propos du droit de la vente commerciale qui pourrait également être réformé.

Pour le reste, nous avons à Madagascar une loi sur les sociétés commerciales (adoptée le 30 janvier 2004), une loi sur les sûretés et une autre sur les procédures collectives d'apurement du passif (adoptées l'une et l'autre le 3 septembre 2004). Ces trois lois recourent très largement les trois actes uniformes correspondants.

Quant au fond, les similitudes sont parfois assez saisissantes, témoignant ainsi de l'hommage rendu par le législateur malgache à la qualité intrinsèque des AU OHADA. L'exposé des motifs de plusieurs lois malgaches se réfère du reste explicitement à l'OHADA.

Quelques différences – dont on se contentera de signaler les plus significatives – doivent néanmoins être relevées.

En ce qui concerne la loi sur les sociétés commerciales, les différences portent principalement sur les points suivants :

le statut, la mission et les obligations du commissaire aux comptes sont régis dans les dispositions générales – applicables à toutes les formes – de la loi ;

le législateur malgache a été beaucoup plus créatif, en ce qui concerne les valeurs mobilières (valeurs mobilières composées, démembrements d'actions...); il a prévu la possibilité de sociétés à capital variable, de même qu'il a maintenu la commandite par action, que l'OHADA a pris le parti de passer aux oubliettes ; il a également été plus avant-gardiste en introduisant le courrier électronique parmi les modalités de convocation des membres et dirigeants de la personne morale.

s'agissant des petites sociétés, on peut signaler que les SARL ont l'obligation de déposer leurs comptes au RCS, alors que seules les SA y sont tenues au regard de l'AU OHADA.

enfin, la loi malgache est complétée d'un décret qui règle en détail tout un ensemble de questions : c'est du reste dans le décret qu'est fixé – à des niveaux plus bas que dans l'OHADA – le capital minimum des SA et des SARL.

Dans le domaine des procédures collectives d'apurement du passif, la phase de règlement amiable est beaucoup plus simple et plus légère que dans le système OHADA (elle est très proche du règlement amiable français) ; par ailleurs, une possibilité de plan de cession a été introduite en droit malgache, alors que cette modalité est inconnue de l'OHADA. En sens inverse, la loi malgache ne traite pas des procédures collectives internationales.

En matière de droit des sûretés, le législateur malgache a intégré dans la loi une sûreté locale, le contrat de *fehivava*, qui présente certaines similitudes avec l'antichrèse. Mais surtout, il a introduit la *cession fiduciaire*, mécanisme de mobilisation de créance inspiré du "*bordereau Dailly*" français, mais que l'OHADA ignore.

S'agissant du droit commercial général, on peut noter quelques différences : la définition commerçant est complétée du critère de l'accomplissement à *titre lucratif* d'actes de commerce ; par ailleurs, le droit malgache fixe le délai de prescription en matière commerciale, alors que cette question est passée sous silence dans l'OHADA ; enfin, les dispositions relatives aux obligations et principes comptables sont beaucoup plus développés (il est vrai que dans l'OHADA, cette question fait l'objet d'un AU distinct).

D'une façon générale, il importe d'avoir à l'esprit que sur beaucoup de points de détails, les lois malgaches se distinguent des Actes Uniformes OHADA : parfois, il s'agit de différences de fond, mais parfois aussi, le but est de remédier à des imperfections des Actes Uniformes eux-mêmes (la loi sur les intermédiaires de commerce en fournit plusieurs exemples).

Il faut ajouter que tous les Actes Uniformes n'ont pas été acclimatés à Madagascar : celui sur l'arbitrage ne l'a pas été (une réforme de l'arbitrage interne et international a cependant été adoptée en 1998 et insérée dans le Code de procédure civile : cette réforme s'est inspirée, d'une part, du droit français de l'arbitrage interne, d'autre part, de la loi modèle de la CNUDCI). De même, Madagascar n'a pas – ou pas encore – réformé ses voies d'exécution, son droit des transports de marchandises par route, ou encore son droit de la vente commerciale. Quant au système comptable, il a été réformé en 2005 sans référence explicite à l'Acte Uniforme correspondant.

Toutes ces différences, petites ou grandes, ont pour résultat que le droit malgache ne peut être considéré *a priori* comme identique au droit de l'OHADA, si proche qu'il puisse en être par ailleurs. Au départ, le pari fait par l'Etat malgache – rester à l'écart de l'Organisation, tout en s'inspirant des Actes uniforme – apparaît plutôt comme un pari gagnant, puisqu'il a permis, sans perte de souveraineté, à Madagascar de se doter d'un droit moderne, élaboré par les meilleurs spécialistes mondiaux et bénéficiant d'une bonne reconnaissance internationale.

Mais l'absence d'identité parfaite entre les deux droits rend, à l'expérience, ce pari risqué. Ne serait-ce qu'à cause des différences de numérotation (sauf exception, les dispositions correspondantes du droit malgache et de l'OHADA ne comportent pas le même numéro d'article), il est malaisé pour un juriste malgache de tirer pleinement profit de la floraison d'ouvrages, de commentaires, de jurisprudence... suscités par l'OHADA. En outre, la présence

de différences de fond appelle une grande vigilance, car le risque de commettre des erreurs est réel.

Tant est si bien qu'un juriste extérieur à Madagascar, connaisseur de l'OHADA, s'il peut éprouver un certain sentiment de familiarité en prenant connaissance du droit malgache, parviendra difficilement à se départir d'une inquiétude plus sourde, celle de passer à côté d'une particularité du droit applicable sur la Grande Île.

\*\*\*

Au terme de ce survol nécessairement rapide et schématique, que peut-on en retenir au regard de la question qui nous était posée et que je vous rappelle : « L'OHADA, vers un droit unifié des échanges dans la Zone Océan Indien ? ».

La première chose sera de confirmer les intuitions des concepteurs de ce colloque : l'unification du droit demeure une direction, un objectif que l'on peut se fixer – et je ne suis pas sûr que toutes les parties concernées se le soient fixé – mais nous sommes encore assez loin du compte.

Seul pays membre de l'Organisation, les Comores doivent elles-mêmes prendre encore un certain nombre d'initiatives pour donner sa pleine mesure au processus d'uniformisation que l'OHADA a fixés à ses propres membres

Madagascar a fait le choix de se placer dans le sillage de l'OHADA, mais les réformes qui ont été adoptées récemment, si proches soient-elles des AU OHADA correspondants ont pour effet de maintenir la Grande Île dans une certaine singularité, et nous savons que, si ces singularités font les délices des comparatistes, les opérateurs ne les goûtent guère et préfèrent des situations plus nettes.

La Réunion et Mayotte – abstraction faite des nuances qui peuvent les distinguer au plan du droit applicable – sont régies par un droit qui présente un incontestable air de famille avec le droit de l'OHADA, si, du moins, on regarde les choses d'un peu loin. Car dès lors que l'on entre dans les détails on constate des différences et, surtout, une plus grande complexité du droit français.

L'autre aspect à retenir est que, s'ils sont tous cousins, le droit de l'OHADA, le droit malgache et le droit français ne marchent pas au même rythme : œuvre d'un processus intergouvernemental, le droit de l'OHADA conquiert progressivement de nouveaux domaines, mais, pour le reste, se caractérise par une remarquable stabilité : aucun des actes uniformes adoptés n'a à ce jour été modifié. Le droit malgache des affaires, en revanche, œuvre d'un législateur national et donc plus réactif, a saisi au vol certaines solutions plus récentes du droit français que l'OHADA avait boudées et a, par ailleurs, déjà fait l'objet de certaines petites retouches. Quant au droit français, il est à peine besoin de dire qu'il est en perpétuel mouvement : l'écart avec ses cousins africains se creuse donc inexorablement. Il devient de plus en plus difficile de faire une photo de famille.

Ayant dit cela, je crois qu'il faut tout de même ne pas perdre de vue l'essentiel. Et l'essentiel est que l'OHADA, soit directement – cas des Comores – soit en tant que source d'inspiration – cas de Madagascar – a permis une refondation du droit des affaires applicable de part et d'autre, refondation qui a rendu possible un saut qualitatif auquel il aurait été difficile de parvenir si chaque pays avait agi individuellement. En à peine une décennie, l'OHADA a offert à

ces pays le moyen de hisser leur droit des affaires au niveau des standards internationaux, ce qui est tout de même très remarquable.

Ce mouvement a permis de replacer les pays concernés dans une situation proche du droit français contemporain, et si ce dernier paraît se détacher de cet héritage commun, c'est moins par retranchement que par adjonction : en d'autres termes, un socle de règles communes se retrouve aussi bien dans le droit de l'OHADA, dans le droit malgache que dans le droit français. Si on laisse de côté le domaine des procédures collectives, ce socle commun intéresse – pour simplifier – le droit applicable aux petites et moyennes entreprises ; ce n'est véritablement que pour le droit applicable aux grandes entreprises, notamment dès lors qu'elles sont cotées en bourse, ou que pour des opérations d'une certaine complexité que le droit français apporte des solutions et des raffinements encore inconnus de l'OHADA.

Dès lors, droit de l'OHADA, droit malgache et droit français ne se distinguent que par ce qui distingue fondamentalement les pays concernés : des niveaux de développement différents. L'uniformisation du droit des affaires dans la Zone Océan Indien est donc en marche, mais elle ne peut devancer le développement des économies.

