



HAL
open science

Pour une nouvelle orientation des recherches sur le droit OHADA

David Hiez, Séverine Menétrey

► **To cite this version:**

David Hiez, Séverine Menétrey. Pour une nouvelle orientation des recherches sur le droit OHADA. L'effectivité du droit économique dans l'espace OHADA, Nov 2014, Luxembourg, Luxembourg. hal-04553828

HAL Id: hal-04553828

<https://hal.science/hal-04553828v1>

Submitted on 21 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Pour une nouvelle orientation des recherches sur le droit OHADA

David Hiez et Séverine Menétrey, Université du Luxembourg

Après avoir hésité à intituler cette intervention « de l’anti-colloque OHADA », nous avons opté pour un titre moins provocateur et plus constructif « pour une nouvelle orientation des recherches sur le droit OHADA ».

Pourquoi cet appel à l’innovation ?

Pour le comprendre, il convient d’abord de faire un état des lieux (rapide) de la recherche en droit OHADA qui est le plus souvent limitée à une analyse positiviste des textes en vigueur (1). Par contraste, il nous semble important d’aller au-delà du droit formel et des poncifs exégétiques qui l’accompagnent pour s’interroger non pas seulement sur le droit OHADA, mais sur le droit dans l’espace OHADA (2) et sur son effectivité prise à la fois dans un sens juridique et plus sociologique (3). Sur cette base, ce colloque a pour ambition de montrer qu’une nouvelle orientation des recherches juridiques dans l’espace OHADA est possible (4).

1- Etat des lieux de la recherche en droit OHADA

Depuis sa création le 17 octobre 1993, l’Organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires a produit un nombre significatif d’actes uniformes modernisant et rendant accessible des textes de droit. Cette production normative uniforme débutée en 1997 s’est accompagnée rapidement d’une littérature abondante et enthousiaste. Au tournant des années 2000, les universitaires et praticiens, africains et européens, se sont livrés à des commentaires des nouveaux textes dans la plus pure tradition de la dogmatique juridique : description du fonctionnement des institutions et présentation des dispositions des actes uniformes.

A quelques exceptions près (notamment celles du laboratoire d’anthropologie juridique de Paris), le droit OHADA a suscité chez les juristes une adhésion de principe, les auteurs saluant la volonté de remédier à l’insécurité juridique et judiciaire des Etats parties à l’organisation. La « sécurité juridique » devient une sorte de formule magique parée de toutes les vertus que l’on retrouve comme axiome dans toutes les études.

A la fin de la décennie 2000-2010, des voix plus critiques se sont faites entendre. Ces critiques résident notamment dans l’aléa juridictionnel qui nuit à la prévisibilité du droit unifié et se focalisent sur certaines décisions. D’autres raisons *juridiques* sont avancées pour expliquer les faiblesses structurelles du droit OHADA, faiblesses qui conduisent à son ineffectivité : la structure juridictionnelle et notamment la résistance de certains juges nationaux des juridictions suprêmes, l’articulation difficile avec les droits nationaux, la cohabitation avec d’autres droits supra-nationaux sous-régionaux, la circulation et l’exécution des jugements¹, ... Ces critiques demeurent centrées sur des seuls aspects juridiques et s’appuient généralement sur droit européen (principalement le droit français). Le défaut d’application ou la mauvaise application du droit OHADA n’est plus occulté, mais sa critique demeure centrée sur l’aléa

¹ Pour une synthèse sur les problèmes de mise en œuvre voir R. BEAUCHARD & J.V. KODO, art. préc., p. 25.

judiciaire. Rares sont les études qui s'interrogent sur la pénétration du droit OHADA dans la société. Et lorsqu'elles s'y attèlent, elle se limitent à promouvoir une meilleure formation et information des acteurs juridiques et judiciaires. Les raisons sociales liées à *l'inadéquation des instruments formels de droit aux réalités sociales* ne sont pratiquement jamais évoquées. Tout s'opère comme si le droit formel était le seul modèle de régulation des rapports sociaux ou, à tout le moins, le seul modèle digne de l'attention des juristes.

Le discours sur le droit OHADA demeure à un haut degré d'abstraction, loin des réalités locales. Très peu de recherches sont menées sur les interactions entre le droit OHADA et le secteur informel². Et les études sur le droit dit coutumier ou informel ont quasiment disparu depuis les années 2000 de la littérature juridique africaine en langue française dans les matières économiques³. L'OHADA aurait saturé le discours juridique économique en Afrique. Il semble pourtant que les relations économiques dans l'espace OHADA ne se réduisent pas aux actes uniformes, d'où le choix pour l'intitulé du colloque de l'expression « droit économique dans l'espace OHADA ».

2. Le droit économique dans l'espace OHADA

L'intitulé du colloque peut sembler énigmatique, il est à tout le moins inhabituel. Tout d'abord, la recherche ne porte pas sur le droit OHADA en tant que tel. En effet, le droit OHADA se caractérise par son mode d'élaboration, sur le modèle étatique, quand bien même sa dimension est régionale. Or cette caractéristique est en elle-même biaisée puisqu'elle se fonde sur une approche positiviste implicite, et la réflexion que nous proposons s'inscrit en faux contre ce prisme.

L'OHADA n'est donc pas pris ici pour la production normative qu'il instaure mais pour l'espace géographique qu'il délimite. Cet espace est pour partie artificiel, en ce sens qu'il résulte de choix politiques. Cependant, il résulte aussi d'une certaine unité juridique, marquée par l'influence du droit français, et plus largement du droit continental, par opposition à la common law. Certes, cette caractérisation est le produit de sources exogènes et n'a pas de connexion avec une identité juridique ou culturelle endogène. Cette délimitation est donc scientifiquement discutable, elle se situe même en contradiction avec les présupposés de cette recherche, puisqu'elle se fonde sur une réalité normative dont nous mettons précisément en doute la pertinence, ou du moins la suffisance.

Quoiqu'il en soit, par la force du droit, l'OHADA définit aujourd'hui une ère géographique d'intégration, qui lui confère une réalité constitutive d'un socle qui peut être la base d'un objet d'étude. En outre, cette construction, aussi discutable soit elle, n'est pas pour autant artificielle, tant il est clair que la colonisation a participé à la construction du droit africain d'aujourd'hui et de ses découpages.

Pour autant, nous ne considérons pas cet espace comme clos et nous ne nous interdisions pas des excursions en dehors de ses frontières. Il peut s'agir d'une

² Le plus souvent ces études se focalisent sur le statut de l'entrepreneur individuel dans la refonte de l'AU, ce qui semble plutôt réducteur de la réalité sociales.

³ Pour des exceptions : B. BEZAWIT, « La place de la coutume au XXI siècle en Afrique », *Jurifrica*, 21/11/2011 ; C. O. THONON, *Le droit pratique du commerce informel*, ANRT, 2010.

ouverture comparatiste, on peut aussi y voir la prise d'acte du caractère évolutif de cet espace, les Etats membres ne constituant pas une liste définitivement arrêtée.

Mais un second terme requiert des explications complémentaires, il s'agit du droit économique. Le choix de ce vocable peut sembler anachronique, alors que celui de droit des affaires est beaucoup plus courant, correspondant même à l'acronyme OHADA. Il nous a pourtant semblé que l'expression de « droit économique » était plus appropriée. Le terme a parfois visé la réglementation de l'activité économique de l'Etat, mais ce n'est pas dans ce sens strict qu'il est entendu ici.

Le droit économique vise la réglementation de l'activité économique au sens large. Il ne s'oppose donc pas au droit des affaires mais appréhende son objet de façon plus globale. Tout d'abord, ce sont toutes les activités économiques qui sont visées, et ceci concerne notamment celles qui se rattachent à ce qu'il est convenu d'appeler le « secteur informel ». On sait l'importance de ce domaine dans les pays d'Afrique subsaharienne, tout comme la difficulté que rencontre le droit étatique pour l'appréhender. Sans orienter la présente réflexion collective vers cette seule question, il nous paraît important de l'avoir toujours à l'esprit, tant les problèmes d'effectivité du droit y sont topiques et en raison de la lumière nouvelle que ceci jette sur la notion même de droit en Afrique.

La seconde extension du droit économique par rapport au droit des affaires concerne non plus l'objet proprement dit du droit mais les règles juridiques elles-mêmes. Tandis que le droit des affaires, par son rattachement exclusif au droit privé, se focalise sur les relations entre personnes privées, fût-ce à travers la réglementation de la concurrence, voire la régulation, le droit économique englobe la définition du cadre des activités économiques, par exemple les règles qui déterminent le champ d'intervention des différentes autorités compétentes, la définition des droits d'usage de l'espace public, les éventuelles autorisations, les incitations ou aides au développement de certains secteurs... Alors que ces questions sont évacuées du droit des affaires, il nous semble qu'elles jouent un rôle important, particulièrement dans les hypothèses où ces manifestations de la puissance publique doivent être coordonnées avec d'autres formes de normativité. C'est là un enjeu considérable et, par sa dimension restreinte, le droit des affaires est rebelle à cette réflexion. Celle-ci requiert le dépassement des découpages juridiques traditionnelles, voire des regards interdisciplinaires.

3- *Quid de l'effectivité ?*

L'effectivité revêt différentes acceptions⁴. Définie de manière très générale comme « le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement »⁵, ou encore comme « le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »⁶, l'effectivité est une notion utilisée par les juristes et par les sociologues du droit. Cependant, l'effectivité n'est pas une notion juridique *stricto sensu* au sens où elle n'est pas un attribut de la règle de droit.

⁴ Voy. F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 126 dont ces réflexions sont largement inspirées.

⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 1987, "effectivité".

⁶ P. LASCOUMES, « Effectivité », in J.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J. et Story-scientia, 1988.

Pour cette raison cette effectivité nous perturbe –nous juristes-. L’effectivité du droit est un fait mesurable par des statistiques liées à son application par un tiers neutre et impartial. Mais l’effectivité recouvre une réalité plus vaste et plus difficilement mesurable qui réside « dans les effets réels de la règle sur les comportements sociaux »⁷.

L’effectivité revêt ces deux facettes : l’une plus juridique, qui réside dans l’application de la règle du juge, et l’autre plus sociologique, qui « résulte essentiellement de l’acceptation de la règle de droit par ses destinataires, par opposition à l’ineffectivité qui exprime un refus de la règle ou un désintéret à son égard »⁸.

Les deux approches sont complémentaires. Il paraît utile sur le plan pratique de déceler les cas d’inapplication et d’en comprendre les causes. Mais il est indispensable également, sur le plan théorique, de comprendre pourquoi le citoyen se conforme ou non à la règle de droit⁹. Nous devons faire l’effort –nous juristes- de ne pas nous laisser enfermer dans une approche strictement normative de l’effectivité.

Il est certes des causes techniques de non-application du droit OHADA, mais il est aussi des causes plus profondément ancrées dans les réalités sociales. Structurellement le droit OHADA est un droit imposé ou à tout le moins calqué sur le modèle de l’ancien colon¹⁰. Sans entrer dans un quelconque procès en impérialisme réel ou supposé, il n’en demeure pas moins que le droit OHADA n’est pas un droit qui repose sur une synthèse des intérêts en présence. Cet argument se conjugue avec un argument économique selon lequel la promotion d’un tel modèle de droit formel emporte des coûts sociaux que personne et en tout cas peu d’Etats de l’Afrique de l’ouest et centrale sont capables d’assumer.

Les Etats pas plus que les nombreuses organisations régionales qui les chapeautent n’assument le rôle de redistribution des droits qui leur incombent selon le modèle westphalien de la production normative par l’Etat¹¹. La formalisation de l’économie transitant par la soumission aux obligations légales n’a de sens que si le sujet reçoit une contrepartie : la sécurisation de son patrimoine, une couverture sociale, l’accès à une justice neutre et impartiale, l’obtention de crédit,... L’adhésion à la règle de droit réside certes dans sa force contraignante, mais aussi dans la légitimité du système qui la produit.

⁷ F. RANGEON, art. préc. p. 126.

⁸ F. RANGEON, art. préc. p. 126.

⁹ Dans ce sens voy. F. RANGEON, art. préc. p. 127.

¹⁰ Le soupçon d’impérialisme qui pèse sur les Etats dans lesquels le droit OHADA puise son contenu n’est jamais très loin, surtout dans une organisation qui regroupe les Etats de la zone CFA toujours indexé sur la monnaie de l’ancien colon. L’OHADA a repris la démarche coloniale destinée à promouvoir une conception « moderne » du droit sans associer les destinataires de la règle et à détruire la conception indigène de la gestion des liens sociaux, voy. E. LE ROY, art. préc., *Droit et société*, 2002, 51/52, p. 298.

¹¹ La notion d’Etat en Afrique est largement débattue. Voir not. P. SKALNIK, « On the Inadequacy of the Concept of the Traditional State. Illustrated with Ethnographic Material on Nanun, Ghana », *Journal of Legal Pluralism*, 1987, n°25, p. 301 ; L. EMONGO, « De l’origine de l’Etat-Nation en Afrique contemporaine », disponible en ligne sur <<http://afrikibouge.com/droit/science-politique/164-professeur-emongo-lomomba--de-lorigine-de-letat-nation-en-afrique-contemporaine>>.

A ce titre la justice distributive est une source de la force contraignante du droit. La légitimité d'un ordre juridique réside dans une répartition mais aussi une redistribution des droits¹². Or ce rôle n'est pas pleinement assumé dans l'espace OHADA par les producteurs de droit formel (Etats et organisations supranationales). On sait que la protection sociale, l'accès à la justice ou encore la protection des avoirs ne sont pas les plus étendus et les mieux garantis dans les pays de l'Afrique de l'Ouest et centrale. Cependant, il existe des moyens autres que le droit formel et ses institutions pour assurer un fonctionnement même imparfait.

Parmi les moyens informels de justice redistributive, on pense à la tontine¹³, aux formes de coopératives dans différents domaines notamment en matière de couverture médicale¹⁴, mais aussi à l'usage d'une autorité locale pour régler les conflits¹⁵.

Il ne s'agit pas de faire une recension ou une description de ces mécanismes non étatiques mais d'attirer l'attention sur la nécessité de s'intéresser au droit hors les codes en s'intéressant aux pratiques et à leur interaction avec le droit formel.

« A côté du droit des juristes coexiste un droit 'effectif', c'est-à-dire non pas correctement appliqué, mais [divers et] diversement appliqué en fonction des besoins et des intérêts multiples de ses destinataires »¹⁶. S'attarder à commenter le droit OHADA et à en critiquer le contenu voire l'effectivité n'est plus suffisant et conduit à un positivisme coupable. Il n'y a pas de raison de considérer l'économie et le droit informels comme pathologique mais de s'intéresser à ces phénomènes qui ne sont pas isolés cliniquement du droit formel.

La recherche sur le droit vivant au-delà du droit positif est d'autant plus importante sur le continent Africain qu'une nouvelle doctrine critique et lucide se met en place qui ne se limite pas au droit OHADA mais s'interroge sur la place du droit dans l'espace OHADA¹⁷.

4- Pour un changement de paradigme

¹² Sur ce thème, voir Ph. COPPENS, « Fonction du droit dans une économie globalisée », *RIDE*, 2012/3, p. 269.

¹³ Voir not. R. NKAKLEU, « De Quand la tontine d'entreprise crée le capital social intra-organisationnel en Afrique : Une étude de cas », *Management & Avenir*, 2009/7.

¹⁴ Ainsi, au Mali, la mutuelle des artisans du Mali (MUTAM) offre des soins médicaux à ses membres à des coûts largement inférieurs à ceux pratiqués par les services publics et encore plus par les cliniques privées. Voir C. MALDONADO *et al.*, « Méthodes et instruments d'appui au secteur informel en Afrique francophone », Genève, Bureau international du Travail, 2004, disponible en ligne <http://staging2.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---ifp_seed/documents/publication/wcms_117713.pdf>, p. 124. Voir plus largement not. G. SARR, « Les enjeux de la société coopérative : évolution et perspectives », *Revue de l'ERSUMA*, n°2, mars 2013, p. 3 et 4.

¹⁵ Voir not. B. BAKER, « Where Formal Justice and Informal Justice Meet : Ethiopia's Justice Pluralism », *African Journal of International and Comparative Law*, 2013, p. 202 ; C.A. ONDINKALU, « Pluralism and the Fulfillment of Justice Needs in Africa », *Open Society Justice Initiative*, 2001 ; P. NKOU MVONDO, « La justice parallèle au Cameroun : la réponse des populations camerounaises à la crise de la justice de l'Etat », *Droit et société*, 2002, 51/52, p. 369 ; E. GRANDE, « Alternative Dispute Resolution. Africa and the Structure of Law and Power », *Journal of African Law*, 1999, p. 63.

¹⁶ F. RANGEON, art. préc., p. 127.

¹⁷ Voir not. C. KUYU-MWISSA, (dir.), *A la recherche du droit africain du XXI^e siècle*, Paris, Editions Connaissances et Savoirs, 2005.

De tout ce qui précède, il ressort qu'un changement de paradigme est nécessaire si on veut, d'abord comprendre les mécanismes juridiques à l'œuvre en Afrique, ensuite participer à l'élaboration d'un droit africain plus effectif.

Le changement de paradigme doit se comprendre au travers de la terminologie de Thomas Kuhn¹⁸ : toute théorie scientifique se construit sur la base de prémisses indémontrables (matrice disciplinaire), et les changements majeurs de théorie résultent en dernier lieu de l'adoption de nouvelles matrices. Or il nous semble que toute la recherche en droit repose bien sur une prémisse à la fois indémontrable et qui informe l'ensemble des travaux de recherche. Et cette prémisse consiste tout simplement dans la définition du droit.

Les débats ne sont pas nouveaux au sein des comparatistes ou des théoriciens du droit, nourris par les recherches en anthropologie ou en sociologie juridique. Au fond, la question est simple: le droit est-il autre chose que le droit écrit, produit par l'Etat? La diversité et la complexité des réponses interdisent d'en esquisser un quelconque résumé. On peut tout au plus noter qu'un nombre croissant d'auteurs s'écarte, plus ou moins, du strict positivisme juridique et, au contraire, se teinte de pluralisme juridique.

Mais les débats théoriques sont encore sans effet sur les juristes techniciens, sur la dogmatique juridique. Ceux-ci s'adonnent toujours exclusivement à l'étude des lois, avec au mieux quelques incartades dans des sources parallèles auxquelles le droit étatique conférerait explicitement une place, laissant ces autres normes pour l'essentiel aux bons soins des sociologues et des anthropologues. Ce que nous proposons, la tâche qu'il nous semble urgent d'entreprendre, c'est de prendre au sérieux les théories pluralistes afin de construire une nouvelle dogmatique juridique.

L'intérêt d'une telle entreprise, qui peut sembler démesurée, n'est pas purement esthétique. Il s'agit de donner corps au droit, particulièrement au droit africain, dont l'abstraction et l'ineffectivité endémique le privent de son aptitude à réguler efficacement la société, fonction que tous s'accordent pourtant à lui attribuer. Bref, les juristes doivent saisir à bras le corps ces autres normes, mais pas pour se transformer en anthropologues; au contraire, ils doivent le faire avec leurs propres outils, avec la technique juridique, afin d'établir des liens et des ponts entre toutes les normes, formelles et informelles.

Et cette nouvelle tâche entraîne aussi un regard différent sur le droit étatique. Il n'est plus envisagé dans son abstraction mais dans sa confrontation au réel qu'il est destiné à régir. Dès lors, son effectivité n'est plus un élément extérieur, elle est à la fois un étalon de sa validité et la mesure de sa pertinence. Cette dernière considération n'est pas si neuve, si on veut bien se reporter au memento de légistique que constitue le célèbre discours préliminaire de Portalis. Pour autant, c'est une rupture par rapport au positivisme juridique qui a phagocyté la doctrine depuis un siècle, tout particulièrement la doctrine africaine.

¹⁸ Th. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 2008.

Mais pour être fidèle à cette ambition, il convient de ne pas se payer de mots et de mettre la main à la pâte. L'une des raisons de la persistance du dogmatisme juridique réside dans la spécialisation des juristes dans le commentaire des textes, et conséquemment leur manque d'outillage pour s'aventurer dans l'appréhension des faits. Sortir de cette routine constitue au sens propre une aventure et nul besoin de se cacher qu'on est pris d'un certain vertige au moment du premier pas. Il convient donc de débiter la mutation et de sortir des bureaux. C'est ce que nous souhaitons déjà faire dans cette recherche, afin d'esquisser les premières tentatives d'appréciation de détail du droit économique dans l'espace OHADA. Pour échapper aux prises de position générales et abstraites, aussi justes soient-elles, il est nécessaire de procéder à l'analyse de questions précises, de points de détail, afin d'obtenir des conclusions elles-mêmes restreintes dans leur objet mais concrètes et précises. C'est la tâche stimulante qui nous attend.

>> Déroulement de nos journées :

Le premier panel que nous inaugurons a pour but de poser les bases théoriques de notre réflexion en se focalisant sur le contexte d'application du droit OHADA. Le deuxième panel se focalisera pour sa part sur des recherches empiriques permettant ainsi d'établir un lien entre réflexion théorique et réalités pratiques. Les panels 3 4 et 5 vont décliner ces réflexions respectivement quant à la réalité des petits acteurs économiques, les mécanismes financiers et le règlement des différends. Le dernier panel se focalisera sur les données statistiques et institutionnelles.

De telles études peuvent sembler bien dérisoires dès lors que l'espace OHADA est un fabuleux marché du droit et d'aucuns préféreront l'action à la réflexion. Pourtant, le recul et la comparaison, tout comme la mise en place de recherches interdisciplinaire –économistes, sociologues, juristes-, a vocation à mieux définir les besoins de régulation.