



HAL
open science

L'effectivité du droit économique dans l'espace OHADA

David Hiez, Séverine Menétrey

► **To cite this version:**

David Hiez, Séverine Menétrey. L'effectivité du droit économique dans l'espace OHADA. l'Effectivité du droit économique dans l'espace OHADA, l'harmattan, 2016. <hal-04556461>

HAL Id: hal-04556461

<https://hal.science/hal-04556461v1>

Submitted on 7 May 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.

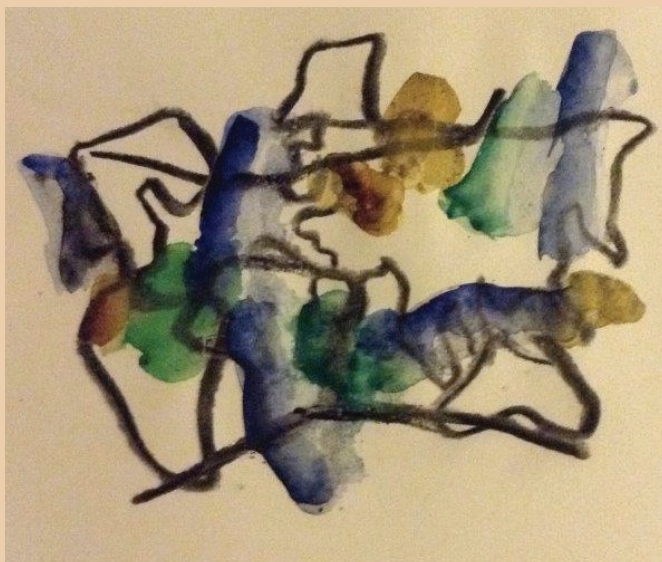
L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Sous la direction de
David HIEZ et Séverine MENÉTREY

L'EFFECTIVITÉ DU DROIT ÉCONOMIQUE DANS L'ESPACE OHADA



L'Harmattan

L'effectivité du droit économique dans l'espace OHADA

Sous la direction de
David Hiez et Séverine Menétrey

L'effectivité du droit économique dans l'espace OHADA

L'Harmattan

© L'Harmattan, 2016
5-7, rue de l'École-Polytechnique, 75005 Paris

<http://www.harmattan.fr>
diffusion.harmattan@wanadoo.fr

ISBN : 978-2-343-09528-8
EAN : 9782343095288

Sommaire

Introduction

Pour une nouvelle orientation des recherches sur le droit OHADA,
David Hiez et Séverine Menétrey 9

Chapitre 1

**La mise en place de recherches empiriques pour appréhender
l'effectivité du droit** 19

Section 1 : Du développement du droit au droit dans les processus du
développement : l'effectivité du droit coopératif dans l'espace OHADA,
Hagen Henry..... 21

Section 2 : Irrespect de la règle du droit ou construction d'un droit
vivant : les pratiques coopératives au Mali, *David Hiez*..... 33

Section 3 : Les enjeux de l'évaluation du droit dans la zone OHADA : le
cas du droit des contrats, *Julie Paquin*..... 51

Chapitre 2

L'effectivité du droit en question auprès des petits acteurs économiques67

Section 1 : La contribution des normes au passage des agents
économiques du secteur informel vers le formel : enquête sur l'effectivité du
statut de l'entrepreneur au Cameroun, *Pierre-Etienne Kenfack* 69

Section 2 : La comparaison des Jua Kali et de « l'entrepreneur OHADA »
dans le secteur informel : interrogations sur l'effectivité du droit dans le
secteur informel, *Faustin Ekollo*..... 81

Section 3 : La problématique du commerce des personnes physiques
mineures dans l'espace OHADA, *Denis Roger Soh-Fogno* 99

Section 4 : Les données relatives au Registre du commerce et du crédit
mobilier, *Michel Afana Bidounga*..... 125

Chapitre 3

L'effectivité du droit en question dans la diversité des mécanismes financiers 145

Section 1 : La prévention des impayés des établissements de microfinance, *Alain Kenmogne Simo*..... 147

Section 2 : Les systèmes financiers décentralisés sénégalais face au risque d'impayé : étude à l'aune du droit OHADA, *Patrice Samuel A. Badjil* 163

Section 3 : Le paradoxe et la face cachée des sûretés : regard sur leur pratique au Cameroun, *Marie Duvale Kodjo-Gnintedem* 181

Section 4 : Le recouvrement de la dette publique intérieure dans les Etats de l'OHADA, *Apollinaire De Saba* 201

Section 5 : Les réformes fiscales et du droit des affaires en Afrique subsaharienne : quel impact sur la mobilisation des recettes fiscales ?, *Luisito Bertinelli et Arnaud Bourgain* 219

Section 6 : Les imbrications entre les groupements tontinuiers du secteur informel et les banques et les établissements de microfinance du secteur formel, *Manuel Roland Tcheumalieu Fansi* 235

Chapitre 4

L'effectivité du droit en question dans sa dimension contentieuse 255

Section 1 : Analyse du contentieux OHADA à travers le code IDEF annoté, *Mahutodji Jimmy Vital Kodo* 257

Section 2 : Le droit des investissements à partir de quelques données jurisprudentielles, *Abdoulaye Sakho* 279

Section 3 : Le profil du contentieux du droit des affaires au Cameroun, *Hubert-Patrice Zouatcham* 311

Section 4 : La justice coutumière et la justice étatique dans la résolution des différends au Mali, *Mamadou Bakaye Dembele* 329

Section 5 : La multiplication des centres d'arbitrage dans l'espace OHADA, *Séverine Menétrey* 345

Conclusion générale..... 367

Bibliographie 371

Introduction :

Pour une nouvelle orientation des recherches sur le droit OHADA

David HIEZ et Séverine MENÉTREY,
Université du Luxembourg

Le titre de cet ouvrage mérite certainement quelques explications, et nous allons y consacrer cette introduction. En effet, si le terme OHADA est un élément qui participe à la définition du domaine de la recherche collective ici exposée, il n'en est ni le cœur ni l'âme. Notre objectif est tout différent, à la fois en dehors des controverses *pro sed contra* OHADA et en même temps d'une ambition ô combien plus démesurée. Nous avons hésité à intituler cette introduction de « l'anti-colloque OHADA ». Entendons-nous bien, ceci ne doit pas être confondu avec l'anti OHADA. En effet, sans prendre parti sur l'OHADA elle-même, qui révèle naturellement des aspects heureux et malheureux, les germes de cette recherche se trouvent dans une réaction de chercheur face à une littérature monotypée qui, par son uniformité, s'assèche et, pour tout dire, ennuie. Nous avons finalement 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. État 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 accessibles 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.

À 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 États-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.

À la fin de la décennie 2000-2010, des voix plus critiques se sont fait 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 supranationaux sous-régionaux, la circulation et l'exécution des jugements¹... Ces critiques demeurent centrées sur de seuls aspects juridiques et s'appuient généralement sur le 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 judiciaire. Rares sont les études qui s'interrogent sur la pénétration du droit OHADA dans la société. Et lorsqu'elles s'y attellent, elles se limitent à promouvoir une meilleure formation et information des acteurs juridiques et judiciaires. Les raisons sociales liées à

¹ Pour une synthèse sur les problèmes de mise en œuvre voir R. BEAUCHARD & J. V. KODO, "Can OHADA increase legal certainty in Africa", *World Bank*, 2011, p. 25, disponible en ligne <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDS/IB/2011/12/14/000356161_20111214002026/Rendered/PDF/659890WP00PUBL010Can0OHADA0Increase.pdf>.

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 serait 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.

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

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

Quoi qu'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 au-delà de ses frontières. Il peut s'agir d'une ouverture comparatiste, on peut aussi y voir la prise d'acte du caractère évolutif de cet espace, les États 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 appropriée⁴. Le terme a parfois visé la réglementation de l'activité économique de l'État, 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,

⁴ Nous nous situons ainsi dans la direction proposée par Gérard Farjat : G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004.

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 traditionnels, voire des regards interdisciplinaires.

3. *Quid de l'effectivité ?*

L'effectivité revêt différentes acceptions⁵ et son usage dans la pensée juridique est multiforme⁶. Définie de manière très générale comme « le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliqué réellement »⁷, ou encore comme « *le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »⁸, 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.

Pour cette raison, cette effectivité nous perturbe – nous juristes –. L'effectivité du droit est un fait mesurable par des statistiques liées à son application. 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 »⁹. 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 désintérêt à son égard »¹⁰.

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 droit¹¹. Nous devons faire l'effort – nous juristes – de ne pas nous laisser enfermer dans une approche strictement normative de l'effectivité.

⁵ 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.

⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Presses des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987.

⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 1987, « effectivité ».

⁸ P. LASCOUMES, « Effectivité », in J.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ et Story-scientia, 1988.

⁹ F. RANGEON, art. préc. p. 126.

¹⁰ F. RANGEON, art. préc. p. 126.

¹¹ Dans ce sens voy. F. RANGEON, art. préc. p. 127.

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 colonisateur¹². 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'États de l'Afrique de l'Ouest et centrale ne sont capables d'assumer.

Les États 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'État¹³. 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.

À 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 droits¹⁴. Or ce rôle n'est pas pleinement assumé dans l'espace OHADA par les producteurs de droit formel (États 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 tontine¹⁵, aux formes de coopératives dans différents domaines notamment

¹² Le soupçon d'impérialisme qui pèse sur les États dans lesquels le droit OHADA puise son contenu n'est jamais très loin, surtout dans une organisation qui regroupe les États de la zone CFA toujours indexée 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.

¹³ La notion d'État 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'État-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>>.

¹⁴ Sur ce thème, voir PH. COPPENS, « Fonction du droit dans une économie globalisée », *RIDE*, 2012/3, p. 269.

¹⁵ Voir not. R. NKAKLEU, « Quand la tontine d'entreprise crée le capital social intra-

en matière de couverture médicale¹⁶, mais aussi à l'usage d'une autorité locale pour régler les conflits¹⁷. 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.

« À 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 »¹⁸. 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 pathologiques 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 OHADA¹⁹.

4. Pour un changement de paradigme

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.

organisationnel en Afrique : Une étude de cas », *Management & Avenir*, 2009/7.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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'État », *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.

¹⁸ F. RANGEON, art. préc., p. 127.

¹⁹ Voir not. C. KUYU-MWISSA, (dir.), *À la recherche du droit africain du XXI^e siècle*, Paris, Éditions Connaissances et Savoirs, 2005.

Le changement de paradigme doit se comprendre au travers de la terminologie de Thomas Kuhn²⁰ : 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'État ? 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.

²⁰ 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 commencer 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.

5. Plan de l'ouvrage

Cet ouvrage est le fruit d'un colloque qui s'est tenu à Luxembourg les 20 et 21 novembre 2014 et qui a rassemblé des chercheurs soucieux de rassembler des données concrètes sur l'application du droit OHADA.

Il se regroupe autour de quatre chapitres, qui tous se réclament de l'appréhension de l'application du droit, avec des méthodologies variées. Les auteurs y montrent ce que peut apporter un décentrage du regard juridique, y compris en invitant des non-juristes à la réflexion. Le premier chapitre insiste sur la nécessité de mettre en place des études empiriques en complément d'une approche théorique du droit dans l'espace OHADA. Les deux chapitres suivants proposent des études ciblées sur des thèmes spécifiques à savoir l'effectivité du droit auprès des petits acteurs économiques et l'examen de cette effectivité sous l'influence de la diversité des mécanismes financiers. Le quatrième chapitre porte sur l'effectivité du droit à travers l'analyse du contentieux résultant de la mise en œuvre du droit OHADA et plus largement du règlement des différends dans les États membres de l'organisation.

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 interdisciplinaires – économistes, sociologues, juristes –, ont vocation à mieux définir les besoins de régulation.

Chapitre 1

La mise en place de recherches empiriques pour appréhender l'effectivité du droit

Le juriste n'est pas très familier avec les recherches empiriques, surtout le juriste européen. Ce type de recherche est plus familier aux États-Unis, et ce n'est en France pratiquement que le CERCRIID de Saint-Étienne s'était lancé dans cette approche, surtout à travers une analyse systématique de certains contentieux. Faute d'habitude, et plus encore d'une maîtrise méthodologique en sciences sociales, le juriste travaille à tâtons, et il le fait en prenant une distance variable vis-à-vis de ses pratiques quotidiennes. C'est ce qu'atteste l'ensemble des textes constitutifs de cette première recherche, et ce premier chapitre consiste à fournir quelques bases pour ce travail collectif.

Tout d'abord, quand bien même ce travail nous semblerait novateur et original dans le paysage scientifique, il se situe dans des courants déjà existants, pas nécessairement les mieux représentés en France. Aux États-Unis, le courant Law and Development est un axe majeur de recherche. En Allemagne, de nombreux juristes comparatistes, fortement imprégnés d'un regard critique inspiré par la théorie du droit et les droits fondamentaux ont étudié les droits du Sud et continuent de le faire. Il était donc naturel de relier le travail en cours à ces traditions, et c'est ce que nous propose Hagen Henry (section 1).

Mais la contextualisation de la recherche est comme un préalable, elle ouvre sur la recherche empirique elle-même. Il est classique d'affirmer que, au sein de l'OHADA, le premier Acte uniforme qui se soit préoccupé des réalités spécifiquement africaines est l'acte sur les sociétés coopératives adopté en 2010. David Hiez y portera le regard, mais en s'écartant de l'analyse dogmatique (section 2). Que ce soit à travers des études de terrain ou de l'analyse du discours, l'étude d'objets apparemment extérieurs à la norme elle-même nous apprend beaucoup sur celle-ci et montre déjà toute la potentialité de cette orientation.

Par-delà le droit coopératif, les piliers du droit sont directement concernés, et certains travaux, quoique méconnus, existent déjà. Julie Paquin approfondit cette voie à propos du contrat. Et là, les questions les plus radicales sont posées, que ce soit à propos des conditions supposées pour sa force exécutoire, fondées traditionnellement sur le juge, ou l'appréhension des remèdes à l'inexécution, dès lors qu'on ne porte pas le même regard sur l'inexécution elle-même (section 3).

Section 1 : Du développement du droit au droit dans les processus du développement : l'effectivité du droit coopératif dans l'espace OHADA

Hagen HENRÏ, Université d'Helsinki,
Institut Ruralia

L'effectivité du droit fait partie du phénomène même du droit. Pour ce qui est de l'Afrique subsaharienne, la question de l'effectivité du droit est posée avec une régularité étonnante chaque fois qu'il y a adoption d'une loi ou sa réforme, comme si l'on s'attendait à son inapplication. Le cas de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)²¹, entré en vigueur en 2011, ne fait pas exception à cette règle²².

En effet, cet Acte uniforme pose un certain nombre de problèmes de forme et de contenu. Par exemple, il ne couvre qu'une petite partie du droit coopératif²³, les autres restent de la compétence des législateurs nationaux²⁴. Les gouvernements nationaux sont responsables pour la mise en œuvre de l'Acte uniforme. Cela laisse présager un haut degré de diversité dans la pratique. De plus, l'Acte embrasse la logique des autres actes uniformes OHADA quoiqu'il ne s'agisse pas dans le cas présent d'attirer des investisseurs.

Il est, certes, trop tôt pour juger de l'effectivité d'une loi qui n'a été en vigueur que depuis peu de temps. Mais comme l'Acte uniforme semble partager l'histoire des législations coopératives antérieures sur deux points entremêlés, à savoir un mimétisme de la part du législateur et une méconnaissance de la réalité juridique en Afrique subsaharienne, nous proposons de revoir ces deux points afin que l'Acte uniforme échappe – peut-être – au sort de ses prédécesseurs qui, à en croire les critiques, sont restés lettre morte. Notre cadre de réflexion est ce qu'on appelait « droit et développement » et qui resurgit actuellement²⁵.

²¹ <http://www.ohada.org/droit-des-sociétés-coopératives>

²² Voir Tadjdjé ; Gning et Larue.

²³ En ce qui concerne l'étendue de la notion de « *droit coopératif* », voir HENRÏ, *Guide de législation coopérative, op. cit.*, Encadré 2.

²⁴ Pour plus de détails, voir la publication des contributions au Colloque international « *Droit OHADA des sociétés coopératives* », organisé par les Universités de Luxembourg et de Yaoundé II les 18 et 19 juin 2013 (à paraître).

²⁵ Voir BRYDE, *Die Erfahrungen...* ; Kennedy.

Sans pouvoir entrer dans une distinction nécessaire entre validité, légitimité, application, applicabilité et effectivité, constatons tout simplement que les réformes successives du droit coopératif ont été inefficaces par rapport à l'objectif poursuivi, à savoir le développement. Depuis les premières législations coopératives en Afrique subsaharienne, nous sommes passés d'une connotation économique du développement au droit au développement et au développement durable. Le développement durable est reconnu par la Cour internationale de justice depuis 1997 comme concept de droit public international²⁶. Son caractère global a des implications radicales pour la notion du droit. C'est pourquoi il faut un véritable scandale²⁷ de penser le développement et le droit, si nous voulons mieux réussir dans nos efforts pour le développement au moyen du droit (coopératif)²⁸.

Sur ce fond cette contribution traite d'abord de l'histoire du droit coopératif en Afrique subsaharienne au service d'un développement mal conçu (Par. 1) avant de plaider dans un second temps pour une refonte du couple « droit et développement » à l'aide du droit comparé (Par. 2). La contribution conclut sur quelques idées autour des implications de la mondialisation sur le droit.

Par. 1 : Le droit coopératif au service d'un développement mal conçu

A. L'histoire du droit coopératif en Afrique subsaharienne

Le mot « *développement* » accompagne les législations coopératives en Afrique subsaharienne dès leur début. La notion sous-jacente à ce mot de « développement » se forge à partir du transfert de l'administration des colonies allemandes à d'autres pouvoirs coloniaux à la suite de la Première Guerre mondiale. Basé sur l'Article 19 du Traité de Versailles, l'Article 22 de la Convention de la Société des Nations oblige les pouvoirs mandatés à veiller « au bien-être et au développement des peuples indigènes. *A priori*, cet Article ne s'applique qu'aux territoires sous mandat. Mais il reflète un consensus quant aux obligations des pouvoirs coloniaux en général. Ceux-ci jugent cette question comme une affaire de politique intérieure. Par conséquent, ils s'en déchargent de cette obligation "tout naturellement" par

²⁶ Quant à l'histoire de ce concept juridique, voir HENRÏ, *Sustainable Development and Cooperative Law*...

²⁷ Nous empruntons cette idée à AUSTRUY.

²⁸ Pour une délimitation des notions « développement » et « droit », voir HENRÏ *Co-operative Credit Societies Act, India*...

la transposition de leur droit coopératif respectif aux colonies et aux territoires sous mandat²⁹, tout en ignorant le rôle du droit coopératif dans le développement économique et social en Europe. Droit européen équivaut développement. Des copies du droit européen devaient, sinon effectuer le développement, au moins le favoriser »³⁰.

Devant l'ineffectivité de ce droit transféré, les administrations coloniales commencent à instrumentaliser le droit coopératif, non seulement pour créer les conditions sociologiques³¹ propices à l'émergence de coopératives, mais aussi pour utiliser les coopératives comme relais de leurs politiques économiques et sociales³². En parallèle, elles redoublent continuellement leurs efforts pour améliorer les conditions techniques de mise en œuvre du droit coopératif. Le résultat déçoit. Le droit coopératif ne s'applique que marginalement³³.

La quasi-ineffectivité du droit importé ne signifie pour autant pas qu'il perdrait sa validité – *in fine* les tribunaux étatiques l'appliquent - ou que cette ineffectivité resterait sans effet. L'effet consiste en un mélange de rejet, d'irritation³⁴ et de blocage de développement³⁵. Ce dernier devient toujours plus ferme dans la mesure où la mise en œuvre du droit coopératif importé se traduit par des interventions toujours plus directes de la part de l'État colonial dans les affaires des coopératives. Cela provoque la résistance des populations à un droit qu'elles jugent sans avantages en termes économiques et sociaux et qui n'est pas « leur » droit³⁶. Il n'est pas leur droit car tout y est différent : la notion de « droit », de « personne juridique »³⁷, de « responsabilité », de « lien social »³⁸, de « relation sociale », d'« économie », d'« espace », de « temps », ainsi que les concepts et les conceptualisations derrière ces notions. Le droit importé reste ineffectif parce qu'il ne peut pas s'appliquer parmi la majorité des populations. En même temps, un autre droit coopératif sur base de la réalité juridique vécue des populations concernées, et donc plus propice au développement, ne se conçoit pas.

²⁹ Voir, par exemple, Co-operative Law in East, Central and Southern African Countries..., Münkner, Practical... Quant à l'histoire récente du droit coopératif en Afrique de l'Est et du Sud, voir THERON.

³⁰ Kennedy, 28.

³¹ Voir GRANGER, Problèmes d'application..., 119 et passim.

³² Kennedy, 55/56.

³³ Münkner, Comparative Study..., 26-32.

³⁴ CHEN-WISHART, 29 ; Deipenbrock.

³⁵ Dans HENRY, *Boden(rechts)ordnungen...* nous avons démontré ce phénomène à l'exemple du droit foncier. L'argument vaut ici aussi.

³⁶ Guy-ADJETE KOUASSIGAN avait très tôt déjà posé la question du droit applicable dans les (ex)colonies. Voir Kouassigan.

³⁷ Voir HENRY, *Genossenschaften als juristische Personen...*

³⁸ Le Roy, 300.

Le blocage du développement s'accroît à partir des indépendances politiques des colonies. Les législateurs étatiques des pays africains indépendants continuent à importer de manière techniciste des lois européennes ou américaines sans les adapter aux circonstances de leurs pays. L'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés coopératives de 2010 n'en fera exception que dans la mesure où le législateur est une organisation supranationale, à savoir l'OHADA. L'obligation de veiller « *au bien-être et au développement des peuples indigènes* » a passé des pouvoirs coloniaux aux États indépendants. Les instruments internationaux qui vont constituer le Nouvel Ordre Économique International (NOEI) renforcent cette obligation. Mais, dans un premier temps, cette obligation manque de sujet. Avant de penser au développement, les États indépendants doivent d'abord se créer. Ils n'ont hérité de l'État colonial que l'appareil de contrainte et de contrôle sans transfert du « *corps politique de la nation* »³⁹. La création de l'État-nation en Afrique par la création d'institutions-relais⁴⁰ au sens juridique du terme, y inclus des coopératives, prime le but du développement⁴¹. Mais le développement reste la finalité affichée des réformes du droit coopératif. La contradiction est évidente. Les coopératives restent des instruments de la politique dont la finalité a changé. Cette finalité consiste désormais dans la recherche du statut d'État moderne, reconnu par la Communauté internationale. Cette recherche nourrit la foi des États indépendants en un raccourci au développement par l'importation de lois⁴², sans importation du droit derrière ces lois.

C'est le programme d'ajustement structurel des institutions de Bretton Woods, c'est-à-dire de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international principalement, à partir des années 1980, qui veut corriger cette faille. Il propose de transférer des systèmes entiers afin d'en finir avec les obstacles à la mise en œuvre des lois importées. Mais en réalité, il remplace l'intervention de la part des États par celle des organisations internationales financières et ceci au nom de l'autonomie des coopératives. Le résultat est connu⁴³. Les efforts du Bureau international du travail, de la FAO et d'autres organisations internationales et nationales, gouvernementales et non gouvernementales, qui appliquent des méthodes participatives d'élaboration de lois ou proposent des structures coopératives allégées, telles les pré-coopératives ou des structures coopératives simplifiées ou encore l'intégration dans la

³⁹ Voir ARENDT avec un grand nombre de références.

⁴⁰ Notion développée par Eugène SCHAEFFER dans ce contexte. Nous nous basons sur des notes prises lors de son cours en 1981/1982 à l'Institut des sciences juridiques du développement de l'Université de Paris V (René DESCARTES) sur le droit privé du développement.

⁴¹ Voir HENRY, *Afrikanisches Recht im Banne...*

⁴² EMONGO, De l'origine...; HENRY, *Political Order in Sub-Saharan Africa...*

⁴³ Pour une critique détaillée des transferts de lois, voir BRYDE, *Die Erfahrungen...*; HENRY, *Juristische Entwicklungshilfe...*; Idem, *Internationale Genossenschaftsstandards...*; *Meinecke*.

législation d'éléments culturels locaux n'y changent rien⁴⁴ à cette pratique de transferts de lois.

B. La méconnaissance du Droit au développement

Il est du moins remarquable que cette pratique législative du mimétisme a pu ignorer aussi bien la critique de la part des chercheurs que les efforts de la part de la Communauté internationale d'élaborer un instrument relatif au Droit au développement qui mettrait fin à cette pratique.

Dans un premier temps, la critique des chercheurs porte sur la question de savoir si le droit lui-même peut être développé⁴⁵. C'est la Law and Development School aux États-Unis d'Amérique qui forge les théories relatives au développement du droit. Dans une remarquable autocritique, les deux maîtres-penseurs de cette école, Trubek et Galanter, rejettent plus tard eux-mêmes leurs propres idées⁴⁶. À mentionner aussi qu'en 1972, déjà Seidman fait écho à Montesquieu⁴⁷ et formule la « Law on the non transferability of law »⁴⁸. Sachant que les lois importées se heurtent au droit local, Trubek et Galanter proposent que le droit comparé se charge de la problématique. Mais, ceci estimera pour longtemps encore que le droit africain n'est pas du droit⁴⁹. Par conséquent, il ne pourrait ni être développé, ni servir le développement. Mais l'autocritique de Trubek et Galanter va influencer considérablement la théorie de la « Law and Society » qui, à son tour, incorpore dans une large mesure les résultats des études toujours plus nombreuses sur le pluralisme juridique⁵⁰, et ouvre ainsi la porte vers d'autres droits que le droit étatique. Cette ouverture est un préalable à l'effectivité du droit en Afrique subsaharienne.

Peu connue, et encore moins citée, se développe en parallèle à la Law and Development School une autre école, celle du Droit du développement, surtout en France⁵¹. Utilisant les méthodes du droit comparé, cette école

⁴⁴ Pour ce qui est des méthodes participatives d'élaboration de lois, voir MUNKNER, *Participative Law-Making...* ; *Participatory Cooperative Policy Making*. Pour ce qui est des structures coopératives simplifiées, voir HENRY, *Guide de législation...*, Part II, 5.3.7. Quant aux spécificités culturelles et l'élaboration de lois coopératives, voir HENRY, *Cooperation in Co-operative Legislation...*, 225 ss.

⁴⁵ Kennedy, 39 s.

⁴⁶ TRUBEK & GALANTER.

⁴⁷ MONTESQUIEU, Première partie, Chapitre I, 3.

⁴⁸ Seidman, Chapter II.

⁴⁹ Pour une critique, voir HENRY, *Afrikanisches Recht in der neueren...*

⁵⁰ *Le Journal of Legal Pluralism* devenait le porte-parole de ce pluralisme juridique.

⁵¹ Voir, par exemple, Schaeffer, *Aliénation...* Cette école se distingue pourtant d'une autre tendance antérieure et représentée, par exemple, par GRANGER, *Pour un Droit du développement...*, et idem, *Problèmes d'application...* L'approche du Droit du développement, forgée par des chercheurs français, se différencie de la "Law and Development School", forgée et influencée surtout par des chercheurs aux États-Unis (voir Burg ; Gardner ;

cherche à trouver un droit qui encadrerait les processus de développement dans leurs situations sociologiques, culturelles, politiques et économiques spécifiques, tout en s'appuyant sur un droit public international⁵² qui évolue d'un droit de coexistence et de coordination vers un droit de la coopération⁵³ et qu'il influence à son tour.

Plus tard, les idées de l'école du Droit du développement et sur la coopération confluent pour former le Droit (de l'homme) au développement. Ce Droit au développement marque l'évolution des notions de développement et de droits de la personne vers un Droit de la personne (et des peuples) au développement. Il se prépare dès la fin des années 1950⁵⁴. La Déclaration de l'Organisation des Nations unies (ONU) sur le Droit au développement de 1986 le consacre⁵⁵. Il est réaffirmé par consensus lors de la Conférence sur les droits de l'homme de Vienne en 1993⁵⁶. Comme la Déclaration sur le Droit au développement se base sur des textes juridiques contraignants, surtout la Charte de l'ONU et les Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits civils et politiques, d'une part, et aux droits économiques, sociaux et culturels, d'autre part, dont elle clarifie le caractère complémentaire, la question de sa nature juridique ne se pose pas⁵⁷. En ce qui est de l'Afrique, la Charte africaine

TRUBEK & GALANTER). Elle rejette l'idée qu'on puisse développer le droit en tant que tel et insiste sur le lien nécessaire entre le droit national et le droit international du développement. Comme l'explique Schaeffer (Aliénation..., 11, et Idem, Du droit économique...), le point de départ est le même pour les deux écoles : le développement n'est pas économique seulement, mais surtout humain, c'est-à-dire le développement inclut la dimension juridique. La "Law and Development School" avait comme objet le développement du droit, c'est-à-dire le développement du droit même, et elle considérait le droit occidental comme un instrument par lequel les objectifs du développement seraient à atteindre (voir Yang qui se réfère à TRUBEK, Toward a Social...) et elle ne prenait pas en compte le caractère systémique du droit. « *L'école française* », par contre, cherchait à comprendre la capacité des sociétés à recevoir de manière effective des instruments juridiques d'un réservoir de solutions mis à la disposition par le droit comparé. Schaeffer (Aliénation..., 4) décrit l'évolution de la pensée de la manière suivante : « *C'est par la constatation de la non-réception du droit étranger qu'on passe de la théorie du développement du droit à celle du droit du développement.* » Cette pensée voulait mettre fin au "one law for all". Encore une fois Schaeffer (Essai sur..., 9) : « *du droit, levier du développement, on passe au droit du développement spécifique à chaque peuple.* »

Voir aussi MUNKNER, *Law and Development...*

⁵² La discussion sur le lien entre droit et développement ne se dissocie pas de l'émergence à partir de la première décennie du développement des Nations unies d'un droit international du développement. Voir les rapports PREBISCH qui menaient à la création de la CNUCED, la discussion sur le Nouvel Ordre Économique International (NOEI), etc. Voir Pellet ; MARON.

⁵³ Voir Stoll.

⁵⁴ Pour l'histoire du Droit au développement voir KERDOUN ; ÖZDEN.

⁵⁵ Rés. [des Nations unies] 41/128 du 4 décembre 1986. Doc. NU A/47/53/ (1986).

⁵⁶ KERDOUN ; ÖZDEN.

⁵⁷ Dans ce même sens ÖZDEN, 25.

des droits de l'homme et des peuples consacre dans son Article 22 le Droit au développement, renforçant ainsi la valeur juridique de ce dernier⁵⁸.

La Déclaration sur le Droit au développement définit pour la première fois au niveau international⁵⁹ le développement et ceci comme réalisation des droits de l'homme et des droits inscrits dans les deux Pactes internationaux mentionnés⁶⁰. S'estompe ainsi la connotation exclusivement économique que la notion de développement avait véhiculée des décennies durant. Dans son Article 10, la Déclaration stipule que « [des] mesures doivent être prises pour assurer l'exercice intégral et un renforcement progressif du Droit au développement y compris [...] des mesures législatives [...] sur le plan national et international. » L'aune de l'effectivité des lois est désormais leur contribution à la réalisation des Droits de l'homme et des peuples. À cause d'une affinité certaine entre coopératives et droits de l'homme⁶¹, le législateur devrait être amené à porter une attention particulière au droit coopératif.

Par. 2 : Vers l'effectivité du droit coopératif dans l'espace OHADA

Comme nous l'avons mentionné, l'ineffectivité du droit coopératif importé n'est pas restée sans effets, surtout effets négatifs en termes de blocage de développement et de pluralisme juridique mal géré. L'image de juridictions parallèles⁶² exprime bien ce que nous voulons dire par là. Il faut débloquer la situation, avant tout par une articulation des éléments constitutifs du pluralisme juridique bien spécifique en Afrique⁶³. Pour ce faire, les législateurs et tous ceux chargés de la mise en œuvre du droit doivent respecter la Déclaration sur le Droit au développement. Le Droit au développement se donne les moyens de sa mise en œuvre par le Droit au développement. La méthode consiste à inverser les questions. Au lieu de demander comment « *le* » droit peut être utilisé dans les processus de développement, il faut d'abord demander quel est le renseignement que peut nous fournir le droit d'une société donnée sur les conditions du développement de la société concernée⁶⁴. Cela implique la nécessité d'une ouverture de

⁵⁸ Voir OUGUERGOUZ, 189 ss.

⁵⁹ Antérieurement déjà BRYDE, *Die Rolle des Rechts...*, 10. Voir aussi les principes du Global Compact.

⁶⁰ Malgré sa base juridique, il s'agit d'une définition de travail. Elle réclame un travail continu pour améliorer le concept, avant tout afin de le rendre plus universel et plus opérationnel. Voir Severino.

⁶¹ HENRY, *Human Rights Concretely...*

⁶² Le ROY, 299.

⁶³ Pour plus de détails et références, voir HENRY, *Rechtspluralismus in Afrika...*

⁶⁴ Voir BARNES.

la notion de droit comme droit étatique vers d'autres droits⁶⁵. La mondialisation rend cette nécessité évidente par deux raisons principalement. Premièrement, les aspects économiques de la mondialisation ne nous permettent plus d'ignorer des droits qui ne sont pas des droits étatiques. L'unité des espaces économiques et politiques éclate partout ; en Afrique subsaharienne, cette unité n'a existé que dans de rares cas. Dans la mesure où un nombre grandissant d'acteurs est capable d'agir sans égard des conditions de temps et d'espace, le droit étatique, et par conséquent le droit régional et international, perd la capacité de définir l'espace territorial étatique. L'impact de cette évolution est particulièrement important en Afrique subsaharienne où le secteur informel recouvre une grande partie de l'économie et de la société et que ce secteur se définit aussi en termes de non-application du droit étatique⁶⁶. Deuxièmement, l'évidence de l'indivisibilité de la biosphère ne nous permet plus d'ignorer d'autres droits que le droit américano-européen. Le concept juridique de développement durable reflète une double dépendance, une dépendance de la nature, d'une part, et des dépendances réciproques des cultures, de l'autre⁶⁷. En d'autres termes, la vitale biosphère exige le respect de sa double source, à savoir la diversité biologique et la diversité du noos. Cette dernière, habituellement oubliée dans les débats sur la biodiversité, appelle à la reconnaissance d'autres droits et de coopérer au niveau global. La reconnaissance d'autres droits présuppose leur connaissance⁶⁸. Le droit comparé doit nous fournir cette connaissance. Il existe un lien entre droits comparés, Droit du développement et Droits de l'homme qu'il est temps de faire fructifier.

Et pour ne pas conclure : idées sur la production du droit à l'heure de la mondialisation

L'effectivité du droit coopératif dans l'espace OHADA passera par une diversité des droits coopératifs à laquelle l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives ne fait pas nécessairement obstacle. Cette diversité s'exprimera non seulement dans les mises en œuvre officielles et nationales, mais également par une utilisation plus intelligente et extensive de la marge d'interprétation que laisse l'Acte uniforme et à exprimer à travers les statuts des coopératives et que les membres des coopératives eux-mêmes doivent respecter.

⁶⁵ Il est à noter que cette ouverture n'est pas le résultat de travaux de comparatistes en droit, elle est plutôt le fruit de travaux de sociologues et anthropologues du droit, tels que EHRlich, GRIFFITH, GURVITCH, SANTO ROMANO, de SOUSA SANTOS, TAMANAHA et autres. Pour une compréhension non stato-centrée du droit, voir MERCIER.

⁶⁶ Voir pour une définition du secteur informel HENRY, *Enabling Transition to Formality...*

⁶⁷ En ce qui concerne cette double dépendance, voir Henry, *Vom Entwicklungsrecht...* ; Özden, 21.

⁶⁸ HENRY, *Probleme der Gesetzgebungsberatung...*

En outre, la question n'est plus « africaine/indigène » ou « européen/exogène ». Nous vivons l'interculturel. Emongo⁶⁹ clarifie : « ... le fait interculturel n'a rien à voir avec la seule cohabitation plus ou moins harmonieuse, la coexistence pacifique sans plus. L'interculture ne s'épuise ni dans la recherche d'un consensus universel, ni dans un modus vivendi universel, qu'il soit éthique, social, du droit international, etc. Le fait interculturel est la toile d'araignée dans sa totalité, c'est le donné par excellence par lequel est concerné chaque fibre, chaque chose, tout ce qui est, le divin, le cosmique, l'humain. »

Cet interculturel entraîne des internormativités⁷⁰ au pluriel là où le droit étatique était pour gérer l'internormativité au singulier sur un territoire qu'il délimitait. Nous sommes en train de passer d'un monde international, structuré par l'universalisme, réel ou présumé, à un monde global dont nous devons chercher à assurer la diversité, y incluses une pluralité et une diversité de normes juridiques⁷¹, si nécessaires au moyen d'harmonisations, ce qui n'est une contradiction qu'en apparence.

Depuis les années 1960, c'est-à-dire depuis l'origine du débat sur le développement et le droit, de profonds changements sociopolitiques, socio-économiques et socio-psychologiques, conséquences et causes de ce qu'on appelle mondialisation, ont bouleversé aussi bien la perception et la conception du droit que la conception du développement. À l'époque, il n'y avait pas de doute quant au lien inextricable entre développement et droit et donc quant à la fonction importante du droit dans les processus de développement. Il suffit ici de renvoyer le lecteur à une abondante littérature au sujet du lien entre droit et développement⁷² et d'évoquer à titre indicatif seulement quelques arguments épistémologiques. Ce qui nous permet d'aborder le lien entre développement et droit est le fait que, de par nos conceptions des deux notions, nous les avons déjà liées. Car s'il est vrai que sans paix il ne peut y avoir de développement⁷³, que sans justice il ne peut y avoir de paix⁷⁴ et que la fonction principale du droit, indépendamment de son espace culturel et du temps, est de rendre la justice⁷⁵, alors il s'ensuit qu'il y a un lien épistémologique entre développement et droit, même si nous ignorons par ailleurs ce qu'est le droit⁷⁶. Quoi qu'il en soit de la définition du droit,

⁶⁹ EMONGO, *L'interculturalisme...*, 10. Voir aussi OBIORA.

⁷⁰ Notion développée surtout par Carbonnier. Voir CARBONNIER.

⁷¹ Dans ce sens Cebada ROMERO ; HOLZ.

⁷² Voir HENRY, *Co-operative Credit Societies Act, India...*

⁷³ Voir, par exemple, Constitution de l'OIT. et Charte des Nations unies.

⁷⁴ Voir, par exemple, KAUFMANN.

⁷⁵ SUPIOT (p. 24) : « L'œuvre juridique répond au besoin, vital pour toute société, de partager un même devoir-être qui la prémunisse de la guerre civile ».

⁷⁶ Nul juriste n'ignore le résumé que donne HART (p. 1) de la définition du droit: "Few questions concerning human society have been asked with such persistence and answered by

constatons un nombre de ses fonctions : parmi la gamme de phénomènes qui dirigent notre comportement, on trouve le droit, partout ou presque partout⁷⁷ dans l'espace et dans le temps. Le droit est un instrument par excellence de mise en œuvre des politiques économiques publiques⁷⁸. C'est par leur structuration juridique que les institutions économiques déploient un grand, sinon leur plus grand potentiel, un fait peu explicité⁷⁹. Pour éradiquer les conséquences négatives de l'informel⁸⁰, l'on ne peut se passer du droit, car ne sont admises comme sujets de droit et, de plus en plus, comme participants au marché que les personnes physiques ou morales.

Mais la fonction du droit dans le développement ne s'épuise pas dans la structuration juridique des institutions dans le but de leur octroyer la personnalité juridique ou le statut de participant au marché. Sans être lui-même le réel, le droit est « une façon sans cesse renouvelée d'imaginer le réel, [...] Intermédiaire entre le monde des faits sensibles et le monde idéal »⁸¹. En même temps qu'il met à la disposition les mécanismes de rééquilibrage continu des différentes forces qui habitent une société, le droit représente l'équilibre entre ces imaginations. Cela constitue la fonctionnalité du droit par rapport au développement.

Cet équilibre n'est jamais acquis une fois pour toutes. Il dépendra, en outre, de la conception et de la perception du droit que les membres du groupe se forgent au long de ces processus. La mondialisation bouleverse ces conceptions et perceptions. Les innovations technologiques de ces dernières décennies agissent avant tout sur les effets que produisent les conditions de temps et d'espace sur notre vie. Elles impliquent une réorientation à l'intérieur de nouveaux cadres temporels et une réorganisation spatiale de la vie sociale. Le temps-période et l'espace-distance se laissent réduire à zéro⁸². Les innovations technologiques permettront, tour à tour et de plus en plus, non seulement la déperiodisation, mais aussi la détemporalisation, non

serious thinkers in so many diverse, strange and even paradoxical ways as the question What is law.” Et TAMANAHA (p. 313) ajoute : “*There is no 'law is' [...] it has no essence.*”

⁷⁷ Doutes exprimés par SINHA.

⁷⁸ ASSIER-ANDRIEU, 39 s. ; BARNES, 574 ; KEMMERER ; WASSERMANN, 258.

⁷⁹ À notre connaissance, le lien entre développement économique et personnalisation des entités économiques n'a pas encore fait l'objet d'études systématiques. Seul FIKENTSCHER (p. 183, 219, 258 ss., 359, 372, 379, 387, 470 s. et passim) s'y réfère fréquemment. Voir aussi WENKE. La recherche devrait porter en particulier sur le transfert du risque et de la responsabilité financière civile et pénale, ainsi que sur la reconnaissance des organisations économiques par les participants au marché. Voir aussi les écrits de Mary DOUGLAS. Par une approche interdisciplinaire, l'analyse économique du droit, dont Posner fut un des pionniers, doit enfin être complétée par une analyse juridique de l'économique. Voir dans ce sens aussi JAVILLIER, 54 ss. Autour de la note en bas de page 128.

⁸⁰ Voir à ce sujet récemment encore, ILO GB, 3/2007, *Committee on Economic and Social Policy*, constatant que « *informality is gaining ground and remains a great challenge* ».

⁸¹ ASSIER-ANDRIEU, *op. cit.*, 38, se référant à GURVITCH.

⁸² Voir à ce sujet surtout les écrits de Paul VIRILIO.

seulement la déterritorialisation, mais aussi la déspatialisation de la vie. C'est cela qui produit l'interculture avec ses internormativités. Par internormativité, nous entendons deux phénomènes concomitants, à savoir l'interconnexion des différentes « règles »⁸³ de comportement ainsi que les processus de juridicisation⁸⁴ et de déjuridicisation de ces « règles », c'est-à-dire leurs passages du droit au non-droit et vice versa. L'interconnexion des différentes « règles » de comportement ne se joue plus au niveau national seulement. Tandis que les conditions de temps et d'espace avaient donné lieu dans le passé à une multitude de systèmes juridiques étalés sur le globe comme une mosaïque, nous vivons maintenant l'interculture. C'est-à-dire la multitude des internormativités du monde se reproduit sur des espaces toujours plus restreints. Sur l'espace d'un État, ordre politique dominant, nous sommes en présence de plusieurs internormativités divergentes, sur fond de postulats culturels fort différents l'un de l'autre. Les États sont devenus des entités trop petites pour les acteurs globaux et trop grandes pour la gérance de l'interculturel que nous vivons⁸⁵. Le mode de juridicisation est actuellement celui de l'harmonisation des droits qui, poussée à l'extrême, constitue aussi la forme la plus complète de déjuridicisation. Ce mode s'explique avant tout par deux aspects de la mondialisation, un aspect de politique juridique et un aspect économique. Quant à l'aspect de politique juridique, la réorganisation spatiale de la vie sociale détermine la tendance des processus de législation : du niveau national au niveau régional, international et supranational et du public à la production de standards par des entités privées⁸⁶. Le droit étatique a perdu son rôle exclusif dans les systèmes juridiques⁸⁷. La distinction entre droit national et international n'est plus opérationnelle. La transnationalisation du droit matériel, qui s'annonçait d'ailleurs dès les années 1950⁸⁸, plutôt que celle des mécanismes de production du droit, est devenue réalité. Quant à l'aspect économique, nous assistons à une transformation profonde du système de production : de la production de biens et de services à la production de savoirs et de l'internationalisation du commerce à la production et la distribution globale/virtuelle du savoir. Il n'est pas sûr que seul un marché de capital global peut alimenter cette production hautement intensive en capital et que les marchés doivent se soumettre aux conditions que leur dicte le marché financier mondial. Dans la mesure où le savoir devient également un moyen de production, le poids relatif du capital par rapport à celui du travail et la

⁸³ Entre « guillemets » car il y a du juridique en dehors des « règles ».

⁸⁴ Falk MOORE: "Processes of regularization give social reality permanent form (organization), order and predictability." Voir aussi DIAMOND.

⁸⁵ Voir KOIZUMI.

⁸⁶ Pour plus de détails concernant ces développements, voir HENRY, *Quo Vadis...*, note en bas de page 102.

⁸⁷ Voir Cebada ROMERO.

⁸⁸ Voir JESSUP ; SCHNORR.

somme des poids du capital et du travail par rapport à celui du savoir diminuent. Cela présente des avantages pour des entreprises non capitalistiques, telles que les coopératives. Mais, en même temps, le noyau des coopératives est touché par des changements socio-psychologiques profonds. Le processus d'individualisation des personnes que l'urbanisation avec ses phénomènes de massification et de distanciation sociale provoque, trouve sa suite dans la multiplication exponentielle des possibilités de contacts avec des personnes avec lesquelles on ne sera en contact qu'une seule fois. Dans de telles situations, la formation d'institutions autour de la solidarité devient difficile. La facilité de contact offerte par les nouvelles formes de communication rend la (re)négociation continue des règles entre individus et entités juridiques possibles. Cela donne lieu à une empirisation du droit. Faute de volonté pour établir des relations durables, cela mène à la longue à des désinstitutionnalisations et, enfin, à une déconceptualisation du droit.

Section 2 : Irrespect de la règle du droit ou construction d'un droit vivant : les pratiques coopératives au Mali

David HIEZ,
Université du Luxembourg

La question de l'effectivité du droit est une question classique, aux côtés de sa légalité et de sa légitimité⁸⁹. À grands traits, on peut dire que le juriste se préoccupe surtout de la légalité, tandis que la légitimité relève du philosophe et l'effectivité du sociologue. Ce découpage est toutefois le fruit de la spécialisation scientifique et le juriste, qu'il soit chargé de l'édiction, de l'application ou de l'étude des lois, ne peut se désintéresser de la légitimité ni de l'effectivité. Les travaux de légistique en fournissent d'ailleurs l'exemple⁹⁰.

Le droit africain offre une image particulière sous cet angle. Il est en effet souvent qualifié de droit d'importation, ou tiraillé entre son versant étatique, écrit, moderne, et son versant non étatique, oral, traditionnel⁹¹. Il y a de très nombreuses implications théoriques à ce problème, nous n'y insisterons pas ici. En partant de son ineffectivité, disons simplement qu'il y a des raisons de douter purement et simplement de la juridicité du droit étatique africain coupé des formes vivantes de juridicité⁹².

Plus modestement, nous voudrions nous intéresser sous cet angle particulier à une règle précise, à titre d'exemple, l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives, adopté par l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires⁹³

⁸⁹ F. OST et M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis (F.U.S.L.), 2002, p. 351 s.

⁹⁰ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, ps. 269 s. PORTALIS, Discours préliminaire au Code civil.

⁹¹ Le droit des affaires serait toutefois considéré comme ignoré du droit coutumier et donc plus ouvert au droit étatique : R. ADIDO, *Essai sur l'application du droit en Afrique : le cas de l'OHADA Aspects sociologiques et juridiques au vu du passé et du présent*, thèse Perpignan, 2000, n^{os} 14 bis s.

⁹² E. LE ROY, *Le jeu des lois*, LGDJ, 1999.

⁹³ Pour une présentation générale de cet Acte uniforme : D. HIEZ et W. TADJUDJE, "The particularities of the OHADA cooperative Regulation", in *Cracogna*, Ficy, HENRY (dir.), *International handbook of cooperative law*, Springer, 2013, ps. 89-114; D. HIEZ et A. KENMOGNE (dir.), *Le droit OHADA des sociétés coopératives*, à paraître, PUAM, 2015 ; A-B. THIAM, « Aspects conceptuels et évaluation de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif aux sociétés coopératives », *Rev. Ersuma*, numéro spécial nov.-déc 2011, p. 99 ; B. MARTOR,

Cet Acte uniforme est intéressant, car il constitue un effort pour adapter le droit aux besoins africains, ou du moins une attention juridique aux activités africaines, notamment dans leur versant rural⁹⁴. Adopté le 15 décembre 2010, cet Acte uniforme est entré en vigueur le 15 mai 2011 et la fin de la période transitoire d'adaptation des coopératives préexistantes s'est achevée au 15 mai 2013.

Les difficultés d'application de ce texte sont nombreuses, et les raisons en sont multiples, partiellement communes à l'ensemble du droit africain⁹⁵. Ce phénomène a déjà été étudié et nous voudrions donc porter notre regard sur un autre aspect : la relation que l'Acte uniforme entretient avec ses destinataires, ou plus largement les personnes qu'il implique. Il s'agit d'abord, naturellement, des coopérateurs eux-mêmes, en ce compris les coopératives. Mais cela vise aussi nécessairement les pouvoirs publics, dans la mesure où ceux-ci, nationaux, se distinguent de l'auteur de la règle, quand bien même leur statut serait ambigu puisqu'ils remplissent une fonction officielle dans la mise en application de cette règle.

La saisie de ces relations est délicate et nous l'avons tentée avec une grande modestie de moyens, ce qui fragilise certainement la valeur scientifique de nos conclusions.

Pour appréhender les relations entre l'Acte uniforme et les coopérateurs auxquels il est destiné, nous avons cherché à approfondir notre connaissance du fonctionnement réel des coopératives. Si les statuts constituent une première étape, elle s'avère très vite décevante puisqu'ils consistent pour l'essentiel dans la transcription des règles étatiques. Il est donc nécessaire d'opérer des enquêtes de terrain, ce qui requiert beaucoup plus de moyens. Nous avons donc mené des enquêtes auprès de six coopératives maliennes⁹⁶. Les six coopératives opèrent dans le secteur agricole ; elles ne sont donc pas représentatives de toutes les coopératives. En revanche, elles peuvent arguer d'une diversité de situation : une union de coopérative pour cinq coopératives primaires, deux coopératives dans la circonscription de Bamako pour une, située à Fana et les trois autres autour de Niono, deux coopératives de femmes pour quatre traditionnelles, une coopérative de coton pour trois

Jurisclasseur droit comparé OHADA fasc. 2 « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). – Droit des sociétés, comptabilité et contrat de transport », n^{os} 338 s. ; J. GATSI, *Le droit OHADA des sociétés coopératives*, L'Harmattan, 2011.

⁹⁴ La réalité économique pourrait bien rappeler son poids et mettre au premier plan les coopératives d'épargne et de crédit en raison de leur importance économique mais le souhait premier des initiateurs de l'Acte uniforme se portait sur les coopératives les plus nombreuses, les coopératives paysannes.

⁹⁵ D. HIEZ, « Le long processus d'élaboration du droit africain à travers l'exemple de l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives », *Revue de la fondation Raponda Walker*, Palabres africaines, Libreville, 2014, ps. 249-275.

⁹⁶ Les fiches tirées de ces enquêtes peuvent être demandées à l'auteur.

de riz et une de poisson et la dernière de polyculture traditionnelle. Les enquêtes ont consisté dans une discussion libre autour de l'activité de la coopérative et son organisation et fonctionnement concrets. Œuvre d'un juriste, ces enquêtes ne s'appuient pas sur une méthodologie sociologique canonique mais sur le simple souci de la rigueur⁹⁷. Chaque étude de cas a donné lieu à un compte rendu qui fournit une image juridique des coopératives étudiées.

Parallèlement, afin de saisir les relations qui se nouent autour de l'Acte uniforme avec les partenaires impliquées dans sa mise en œuvre, nous avons recouru aux règles édictées au niveau national, mais elles ont été complétées par des prises de position publiques, des projets de texte ou des plans de développement. Des prises de position officielles des ONG ainsi que des organisations coopératives sont également utilisées.

L'ensemble peut sembler disparate mais il fournit un faisceau cohérent qui fait apparaître des concordances. En effet, il ressort de cette étude deux dysfonctionnements dans la mise en œuvre de l'Acte uniforme : tantôt la recherche fait apparaître une surcharge de l'AU, un surinvestissement, ce que nous proposons d'appeler une sureffectivité. D'un autre côté, l'application s'avère aussi défectueuse, donc inefficace. Ce sont ces deux aspects que nous allons approfondir.

Par. 1 : La sureffectivité de l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives

La sureffectivité n'est pas une notion connue de la théorie juridique. Nous visons par cette expression l'appréhension ou l'application d'une règle au-delà de sa lettre. La sureffectivité prend la forme, du côté des destinataires de la règle, d'une surcharge juridique, un surcroît de contenu, accordée au texte lui-même. Du côté des autorités chargées de leur mise en œuvre, elles se manifestent par des ajouts à la lettre du texte, l'utilisation d'une liberté, réelle ou non, de bonne foi ou de mauvaise foi, pour accroître les obligations à la charge des destinataires. En ce sens, elle s'apparente à une instrumentalisation de la règle pour lui faire produire des effets souhaités par les seules autorités publiques nationales.

A. La surcharge juridique

Tous les contacts que nous avons eus avec les acteurs de l'espace OHADA, qu'il s'agisse des coopératives, des partenaires qui les

⁹⁷ Nul doute que cette lacune devra être comblée pour de futures enquêtes de terrain.

accompagnent (notamment les ONG), voire les fonctionnaires chargés de l'application des textes OHADA (à l'exception des responsables les plus informés), procurent une même impression : l'importance et la nouveauté de l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives sont surestimées. L'affirmation doit être précisée, car nous ne voulons pas minimiser cet Acte uniforme. La grandiloquence et l'outrance qui entourent son appréhension sont toutefois suffisamment orientées pour retenir l'attention. Cette surestimation est certainement une des raisons de l'important investissement des milieux coopératifs africains dans la vulgarisation de l'Acte uniforme, qu'il s'agisse d'ateliers de formation⁹⁸, de sollicitations des pouvoirs publics pour des concertations⁹⁹ ou des demandes de réglementation¹⁰⁰.

Certes, l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives introduit des changements importants dans certains pays, notamment dans les pays dont la législation n'avait pas subi les contrecoups de la libéralisation généralisée des années 1990¹⁰¹, mais s'il y a un bouleversement, c'est essentiellement à propos du contrôle que l'État opérait sur les coopératives. Or l'impression de bouleversement est surtout exprimée à propos de la gouvernance coopérative (que ce soit dans la bouche des coopérateurs ou des représentants des pouvoirs publics), en insistant sur certaines dispositions particulièrement sensibles comme celles relatives au non-cumul des fonctions de dirigeants¹⁰². Pourtant, les innovations en la matière sont beaucoup moins radicales qu'en apparence. Ainsi, la question du non-cumul est vraisemblablement le fruit d'un malentendu¹⁰³. Il conviendrait à l'inverse d'insister et approfondir les mutations dans le rôle des pouvoirs publics, désormais bien plus accompagnateur des coopératives que leur gendarme.

⁹⁸ « Mali Défi sud ? » https://www.sosfaim.org/be/wp-content/uploads/sites/3/2014/09/defis_sud_107_annee_internationale_cooperatives.pdf (p. 19)

⁹⁹ Niger <http://www.ohada.com/actualite/2256/ohada-niger-compte-rendu-du-seminaire-national-sur-l-acte-uniforme-relatif-au-droit-des-societes-cooperatives-auscoop-de-l-ohada-les-17-et-18-juillet-2014-a-kollo.html>

¹⁰⁰ Sénégal 19 juillet 2013 « Droit des sociétés coopératives : les coopérateurs sénégalais attendent le décret d'application de l'acte de l'OHADA » [www.lesoleil. → http://fr.allafrica.com/stories/201307191158.html](http://fr.allafrica.com/stories/201307191158.html)

¹⁰¹ F. LARUE et T. GNING, « Le nouveau modèle coopératif dans l'espace OHADA : un nouvel outil pour la professionnalisation des organisations coopératives ? », *Fondation Farm*, 2014, ps. 26 s. http://www.fondation-farm.org/zoe/doc/farm_etude_ohada_complet.pdf

¹⁰² L'article 300 de l'AU scoop interdit tout cumul de fonctions de direction au sein de plusieurs coopératives, comme en droit des sociétés. La difficulté provient de ce que les coopératives sont organisées en système fédéral, et que les représentants des coopératives de base dans les faïtières sont traditionnellement leurs dirigeants. Un amalgame est souvent fait entre ce cumul, peut-être discutable mais commun dans tous les pays, et une certaine tendance à l'inamovibilité présidentielle. Pour plus de détails, D. HIEZ, « Les affaires de la gouvernance coopérative : de l'édiction de règles à leur mise en application », à paraître in D. HIEZ et A. KENMOGNE (dir.), *Droit des sociétés coopératives OHADA*, PUAM, 2016.

¹⁰³ C'est du moins ce qui résulte de conversations informelles avec des rédacteurs de l'Acte uniforme.

Prenons un exemple concret d'affirmation erronée ou de nature à induire en erreur, issu d'un document technique : « Coopératives d'ananas Bénin et Togo »¹⁰⁴, élaboré en 2013 par le centre du commerce international (international trade center, ITC¹⁰⁵). Ce document est significatif car il émane d'une organisation indépendante (sans naïveté quant aux précautions à prendre pour cette qualification). Or cette note technique relève : « L'Acte uniforme de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) est arrivé pour lever l'équivoque : les organisations paysannes ou encore les organisations professionnelles agricoles ou les groupements pré-coopératifs ou encore les groupements à vocation coopératifs n'ont aucune existence juridique ».

Au pied de la lettre, ceci signifie que les organisations paysannes n'existent plus, affirmation extrêmement insécurisante pour les centaines ou les milliers d'organisations paysannes africaines. Il pourrait ne s'agir que d'une maladresse rédactionnelle puisque la note précise : « Ces organisations sont soit des coopératives et sont donc régies par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives de l'OHADA ou des entreprises ordinaires et régies par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et les Groupements d'intérêt économique ». Les organisations paysannes n'ont donc pas disparu, nous sommes rassurés, la réalité est seulement qu'elles doivent revêtir des formes juridiques distinctes. Mais deux erreurs demeurent qui attestent du surinvestissement de l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives. D'une part, l'affirmation n'est pas nouvelle ; elle a toujours été exacte, alors que la « note technique » affirme qu'il existait une confusion que l'Acte uniforme est heureusement venu clarifier. D'autre part, à côté des formes juridiques régies par l'OHADA que relève ladite « note technique », les organisations paysannes peuvent encore consister dans d'autres organisations, à commencer par les associations¹⁰⁶. L'image transmise, dans un document qui se présente comme un guide de conseil et de vulgarisation¹⁰⁷, est clairement celle d'un acte juridique bouleversant, qui fait disparaître une situation antérieure pathologique par un remède radical.

Les propos d'un consultant lors d'un atelier à Vavoua en Côte d'Ivoire sont plus explicites encore : il s'agit « de mettre de l'ordre dans le milieu des coopératives, et de les soumettre au traité de l'OHADA et aux régimes

¹⁰⁴ <http://www.intracen.org/Gestion-des-cooperatives-dananas---Benin-et-Togo/>

¹⁰⁵ Il s'agit de l'organisme de coopération technique conjoint des Nations unies (représenté par la CNUCED), chargé de coordonner la coopération technique avec les pays en développement et les économies en transition dans le domaine de la promotion du commerce et du développement des exportations.

¹⁰⁶ Ce que relève d'ailleurs explicitement au Sénégal : Défi sud → https://www.sosfaim.org/be/wp-content/uploads/sites/3/2014/09/defis_sud_107_annee_internationale_cooperatives.pdf p. 21

¹⁰⁷ « Ce guide s'adresse aux administrateurs des coopératives à vocation commerciale et constitue un outil de base pour une bonne gestion pratique de leurs structures »... → <http://www.intracen.org/Gestion-des-cooperatives-dananas---Benin-et-Togo/>

fiscaux »¹⁰⁸. L'image en elle-même est culpabilisante et castratrice, mais elle est en plus inexacte. Cette connotation de l'AU scoop n'a rien d'isolé et correspond au contraire à tous les propos informels qui nous ont été rapportés.

Le plus significatif est certainement la question de la gouvernance. Il est classique d'affirmer que les coopératives africaines souffrent d'un déficit de gouvernance. (Nous verrons plus loin que cette affirmation mérite d'être approfondie.) Dans ce contexte, la réaffirmation par l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives des principes coopératifs est systématiquement mise en avant, et le message sous-jacent que ceci est porteur d'améliorations pour toutes les coopératives. Mais l'insinuation se comprend très mal. En effet, les dispositions en matière de gouvernance ne sont pas innovantes dans leur substance par rapport aux dispositions nationales antérieures¹⁰⁹. Les problèmes de gouvernance qui existent au sein des coopératives procèderaient de l'irrespect des textes, autrement dit de leur ineffectivité. Le plus souvent, les statuts des coopératives reproduisent ou s'inspirent des lois applicables, ce qui n'empêche pas une application sélective des statuts eux-mêmes dans les pratiques. Sous cet angle, l'apport de l'Acte uniforme est difficile à percevoir. En effet, à moins d'une évolution radicale des politiques publiques, que le manque chronique de moyens rend invraisemblables, les décalages qui pouvaient exister à l'égard des textes nationaux se retrouveront par rapport à l'Acte uniforme : les statuts s'y conformeront, ce qui ne préjuge pas des pratiques réelles.

Dans tous nos rapports avec les coopérateurs, nous avons dû ramener l'Acte uniforme à de justes proportions, et les obligations nouvelles des coopératives à la seule conformation de leurs statuts aux nouvelles dispositions. Il n'est naturellement pas question d'inciter les destinataires de la règle à s'en écarter et à ne privilégier qu'un respect de façade ; mais il n'est pas plus opportun de présenter l'Acte uniforme comme un acte purement contraignant. Et le discours de certains fonctionnaires n'est pas empreint de cette information éclairante : « C'est dire qu'à partir du 17 mai 2013, aucun des groupements agréés actuellement n'a plus d'existence légale, s'il ne se conforme pas aux dispositions de la loi »¹¹⁰. Cette affirmation est en totale contradiction avec l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives, qui ne prévoit comme sanction à l'absence de modification des statuts que le caractère réputé non écrit des clauses statutaires contraires (art. 395 de l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives).

¹⁰⁸ Abidjan.net → <http://news.abidjan.net/h/469682.html>

¹⁰⁹ Elles sont même parfois au contraire plus libérales.

¹¹⁰ M. LAWANI, directeur régional de l'agriculture, de l'élevage et de la pêche-plateaux, lors d'un atelier du 4 au 8 juin 2013 à Atakpamé (Togo) → http://www.ctoptogo.org/articles/Suite.php?id_art=68&id_type=2

B. L'instrumentalisation étatique

La principale caractéristique de l'OHADA consiste dans sa dimension régionale, c'est-à-dire une dimension qui échappe à l'État. Tandis que les textes nationaux sur les coopératives ont toujours impliqué les services compétents en la matière, la machinerie OHADA est soumise à d'autres habitus. Les seuls ministères impliqués sont les ministères de l'Économie et de la Justice, deux ministères qui n'ont en général aucune expérience en matière coopérative. Du côté de l'OHADA, on insiste sur le caractère plus participatif de l'élaboration de l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives par rapport aux actes uniformes antérieurs¹¹¹ ; de fait, trois conférences ont eu lieu avant son adoption, il n'y a d'ailleurs eu pas moins de trois versions de l'Acte uniforme, et tout ceci a même failli faire capoter le processus. Pourtant, les sentiments à l'échelon national sont tout autres, simplement parce que les personnes institutionnellement compétentes ont été exclues.

Or ceci n'est pas sans incidence au regard de la mise en œuvre de l'Acte uniforme. Les fonctionnaires en charge de cette application lui sont étrangers, ce qui induit des erreurs juridiques parfois grossières. Mais il est permis de se demander si, par-delà ces scories, les fonctionnaires un temps dépossédés du dossier ne souhaitent pas réaffirmer leur autorité. C'est en tout cas ce qu'exprime explicitement Mamadou Coulibaly, représentant du ministre burkinabé de l'Agriculture lors d'un atelier national de réflexion des organisations coopératives les 3 et 4 octobre 2013¹¹² à propos des dispositions réglementaires nationales à adopter : celles-ci doivent garantir « à l'État l'exercice adéquat et efficient de son rôle régalien envers les organisations à caractère coopératif ».

Dans cette perspective, l'Acte uniforme constitue un instrument parfait : il dispose d'une aura particulière derrière laquelle il est possible de s'abriter, quitte à forcer un peu son utilisation pour faire aboutir ses propres objectifs. Prenons quelques exemples pour illustrer ces phénomènes.

Le premier exemple peut être pris dans le droit du pays qu'on peut considérer comme le meilleur élève normatif en la matière : le Gabon. À notre connaissance, il est le seul pays à avoir à ce jour adopté un texte d'application de l'Acte uniforme, et il l'a fait dès 2011¹¹³. En dehors des dispositions de ce décret, le ministère de l'Agriculture gabonais, désigné comme en charge des coopératives et de leur registre, a instauré des règles relatives au capital des coopératives. Les coopératives simplifiées doivent réunir un capital minimum de trente mille francs, et les coopératives à

¹¹¹ M. TSAGUÉ, « La genèse de l'AUScoop », in D. HIEZ et A. KENMOGNE (dir.), *op. cit.*

¹¹² Le quotidien A|waga.com, 4 oct. 2013. → http://news.aouaga.com/h/15184.html?fb_comment_id=340275879450804_1926335#f3e853dc96fb7a4

¹¹³ Décret n° 01295/PR/MAEPDR, du 6 décembre 2011, portant désignation de l'autorité chargée de la tenue du registre des sociétés coopératives en République gabonaise.

conseil d'administration de cent cinquante mille francs¹¹⁴. Or l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives ne détermine aucun capital minimum et renvoie dans de nombreux articles cette détermination aux statuts. L'article le plus significatif est l'article 53 : le capital social initial est indiqué dans les statuts qui déterminent son montant.

Il est vrai que l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique est encore plus clair, puisque son article 65 dispose : « Le montant du capital social est librement déterminé par les associés », ce qui n'a pourtant pas empêché les discussions sur une détermination d'un capital minimum par les États¹¹⁵. La conformité de la solution gabonaise à l'OHADA peut être discutée, le silence de l'Acte uniforme ne s'interprétant pas nécessairement comme une licence laissée aux États, la référence aux statuts pouvant s'entendre comme la consécration d'une liberté statutaire, ce que confirmerait la tendance généralisée à la disparition des règles relatives au capital minimum. Dans le cas gabonais, les montants exigés ne paraissent toutefois pas disproportionnés et peuvent se réclamer de la volonté de garantir un minimum d'engagement des coopérateurs. C'est en tout cas la marque de la volonté étatique de continuer d'intervenir dans la gestion du secteur.

Le second exemple est tiré du Togo, où le ministère avait établi en 2012 un guide de vulgarisation¹¹⁶. Celui-ci fait apparaître des erreurs manifestes, notamment concernant le nombre d'associés : du nombre minimum de quinze associés fixé par l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives pour les coopératives à conseil d'administration (art. 267), le guide considère quatorze comme le nombre maximum pour les coopératives simplifiées. Quant au capital social, un montant minimum est fixé comme au Gabon, mais à une hauteur beaucoup plus problématique : un million pour les Scoops, cinq millions pour les Scoopca. Sous la pression des organisations paysannes et des ONG, il semblerait que le ministère soit toutefois revenu sur ses intentions, mais la nouvelle direction n'est pas encore claire.

Le troisième exemple concerne une question juridiquement plus délicate et pratiquement importante : les modalités d'application de l'Acte uniforme aux diverses coopératives en fonction de leurs activités, et particulièrement aux coopératives d'épargne et de crédit. L'Acte uniforme sur les sociétés coopératives esquisse les contours de la coordination des textes applicables en réservant explicitement l'application d'autres textes à l'exercice des activités bancaires (art. 2 al. 2). Claire dans son principe, la mise en œuvre

¹¹⁴ Il ne nous a pas été possible de retrouver l'arrêté ministériel qui pose ces règles, en dépit d'une consultation directe sur place, avec promesse d'envoi de photocopie.

¹¹⁵ R. ADIDO, *Essai sur l'application du droit en Afrique: le cas de l'OHADA, Aspects juridiques et sociologiques au vu du passé et du présent*, thèse Perpignan, 2000, nos 368-369.

¹¹⁶ Ministère de l'Agriculture, de l'Élevage et de la Pêche. Guide de vulgarisation des canevas de nouveaux textes et dispositions sur les Sociétés coopératives agricoles au Togo.

pratique de cette coordination s'avère délicate et les premières études qui y sont consacrées¹¹⁷ n'ont pas aplani toutes les zones d'ombre. Mais ces difficultés juridiques n'éclairent pas spécialement notre propos.

Plus intéressante est la compréhension que plusieurs organismes ont mise en avant. C'est d'abord le cas du ministère sénégalais de l'Économie et des Finances (direction de la réglementation et de la supervision des systèmes financiers décentralisés), dans une note sur l'agrément des sociétés coopératives de l'OHADA¹¹⁸. Cette note tire argument du renvoi explicite de l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives à d'autres règles pour reproduire une solution nationale antérieure qui consistait à soumettre les coopératives œuvrant dans le domaine financier à un régime autonome. Ceci conduit les rédacteurs de la note à refuser aux coopératives OHADA la possibilité de fournir ces services, sauf à bénéficier d'une autorisation exceptionnelle, prévue par la loi sénégalaise. La soumission à des conditions particulières supplémentaires est parfaitement conforme à l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives, y compris l'exigence d'un agrément supplémentaire. En revanche, disqualifier les coopératives OHADA est totalement contraire à l'Acte uniforme, tout comme l'interprétation qui laisse perdurer des coopératives réglementées par la seule loi bancaire sénégalaise. Une telle solution revient à faire échapper au champ d'application de l'Acte uniforme, sans fondement, un grand nombre de coopératives, qui plus est financièrement puissantes, et renvoie en conséquence les coopératives à leur misère.

La combinaison des niveaux régional, national et sous-régional soulève d'importantes questions mais elles ne se résoudront pas par l'évacuation du droit OHADA. Cette prise de position n'est pourtant pas isolée et se retrouve à l'identique en République démocratique du Congo. La commission nationale OHADA affirme ainsi dans un guide de vulgarisation¹¹⁹ : « Coopératives d'épargne et de crédit. Elles échappent à l'empire de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 relatif au droit des sociétés coopératives et restent donc régies par les lois nationales ».

Le dernier exemple est plus caractéristique de la sureffectivité construite par les États-parties à l'OHADA. Il s'agit des groupements souvent qualifiés de pré-coopératifs tels qu'on les retrouve au Burkina Faso, au Bénin, au Cameroun... Jusqu'à présent, seul le Cameroun semble avoir officiellement appréhendé leur sort au regard de l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives, et son positionnement est très discutable. Dans un premier temps, le ministre a exigé la transformation de tous les groupements d'intérêt communautaire en coopératives au nom de l'OHADA : « Il faut que les GIC

¹¹⁷ H. Zouatcham, *Le cadre juridique de la société coopérative d'épargne et de crédit dans l'espace OHADA*, thèse, Toulouse, 2014.

¹¹⁸ http://drs-sfd.gouv.sn/sitedrs/documents/Publications/note_sur_lagrements_des_societe_cooperative_OHADA_et_IMCEC.pdf

¹¹⁹ http://biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=959