

Jeux de concurrence : quelle place pour le Code de commerce dans la Zone ?

Dominique PONSOT

Magistrat. Chef de projet Coopération franco-malgache

Il me revient de vous entretenir à présent de la place du Code de commerce dans les pays de tradition romano-germanique de la zone Océan Indien.

Bien entendu, mon propos n'inclura ni la Réunion, ni Mayotte – la situation de ces entités ayant, à l'instant, été brillamment évoquée par le Doyen Seube – et je me concentrerai sur Madagascar – où j'ai le plaisir d'être en poste depuis quelques années – et les Comores.

Jeux de concurrence, telle est la ligne directrice que les concepteurs de ce colloque ont souhaité que M. DONDERO – qui interviendra dans un instant pour présenter le cas particulier de Maurice – et moi-même nous suivions.

La concurrence dont il est question n'est évidemment pas le droit de la concurrence, thème qui sera examiné cet après-midi, mais la concurrence dont le Code de commerce a pu faire et fait peut-être encore l'objet dans les pays concernés, de la part d'autres systèmes juridiques ou d'autres groupes de normes.

Précisément, je crois qu'il est utile, dès l'abord de cette brève présentation, de lever tout de suite une hypothèque : la concurrence dont le Code de commerce a fait l'objet à Madagascar et aux Comores – chaque pays ayant, sur ce point, connu une évolution en partie commune et en partie propre – n'est pas celle d'autres systèmes juridiques, ou de façon très marginale. Pour parler clairement, ni Madagascar ni les Comores n'ont été le théâtre d'un affrontement entre le droit romano-germanique et la *Common law*, et celle-ci n'y a pas exercé d'influence directe.

En revanche, le Code de commerce a dû faire face, au sein de la famille romano-germanique, à la concurrence d'autres groupes de normes, qu'il s'agisse de lois qui, comme à Madagascar, sont venues progressivement dépouiller le Code de commerce d'une partie de son contenu, ou qu'il s'agisse d'un corpus de règles originales, les Actes Uniformes de l'OHADA, qui, aux Comores, se substituent désormais aux règles correspondantes du Code de commerce.

Cette précision étant apportée, je vous propose d'aborder la question qui nous occupe en envisageant successivement les facteurs de concurrence d'origine interne (I) et les facteurs de concurrence d'origine externe (II).

I – Facteurs de concurrence d'origine interne

Trois situations méritent d'être distinguées à cet égard.

Il faut, tout d'abord, s'interroger sur la concurrence qu'a pu rencontrer le Code de commerce fraîchement importé à Madagascar et aux Comores, de la part du droit préexistant.

Ensuite, il est utile de vérifier si la concurrence que le Code de commerce a subie, pendant la période coloniale, de la part du législateur français a également produit ses effets dans cette partie du Monde.

Enfin, après l'accession à l'indépendance, il est intéressant de se pencher sur les évolutions que le Code a connues à l'initiative des législateurs nationaux.

A. Concurrence entre le Code de commerce et le droit préexistant

Il est assez difficile, plus d'un siècle après, de se faire une idée précise de ce que pouvaient être, à Madagascar ou aux Comores, les règles régissant le droit commercial. Du reste, rien ne permet de penser que ces pays se soient ralliés à une conception dualiste du droit privé, où droit civil et droit commercial auraient formé des branches bien distinctes. Sous cette réserve, il faut admettre que la situation s'est présentée dans des termes assez différents, selon les cas.

Dans le cas de Madagascar, où la monarchie Merina s'était engagée sur la voie de l'élaboration d'une législation écrite avec l'adoption d'un certain nombre de codes – en particulier le fameux Code des 305 articles de 1881, il apparaît que ce mouvement a essentiellement concerné le droit foncier, le droit de la famille, ainsi que le droit pénal et le droit administratif, mais non le droit commercial au sens français du terme. De sorte que l'on peut considérer que l'application du Code de commerce à Madagascar n'a pas eu à affronter la concurrence d'un droit préexistant.

Dans le cas des Comores, la question est à envisager sur un plan plus général, celui des rapports entre la loi Islamique et le droit commercial. Je ne vous cache pas que cette question me dépasse assez largement et je me contenterai d'évoquer cette possible concurrence, sans me prononcer sur sa réalité ou son ampleur.

Il est vraisemblable, en revanche, que le commerce, à Madagascar ou aux Comores, ait été régi par un certain nombre d'usages locaux ou loco-régionaux : mais ceci n'était pas forcément de nature à contrarier l'application du Code de commerce dont on sait qu'il est, d'une façon générale, assez respectueux des usages commerciaux et s'y réfère volontiers.

Ceci étant indiqué, je crois qu'il est utile d'avoir à l'esprit que l'application du Code de commerce à Madagascar ou aux Comores n'a pas donné lieu à des dispositions d'adaptation particulières : le Code de commerce s'est trouvé applicable dans le cadre de ce que l'on pourrait appeler un « package juridique colonial » tel celui du décret du 28 décembre 1895 où l'on s'est contenté d'affirmer « qu'en toutes matières, les Tribunaux français appliquent les lois françaises. Ces lois sont et demeurent promulguées à Madagascar ». La place laissée aux traditions juridiques antérieures, face à un tel rouleau compresseur, était des plus étroites.

En vérité, ce n'est qu'au plan de l'organisation judiciaire que de notables aménagements ont été apportés au système métropolitain : pour le reste, le Code de commerce s'est trouvé applicable dans toute son étendue, y compris là où il était en déphasage manifeste avec les réalités locales (Ainsi le Titre V du Livre Premier, relatif aux bourses de commerce et aux agents de change). On mesure, à cet égard, toute la différence avec le droit civil où, s'agissant du droit de la famille ou du droit foncier, le Code civil a fait l'objet d'une application très sélective.

B. Concurrence avec le droit métropolitain

Il s'agit d'évoquer ici l'entreprise de décodification et de construction d'un droit commercial extérieur au Code qu'a réalisée le législateur métropolitain : ce sujet recoupe – bien sûr – ce que chacun sait de l'évolution du Code de commerce en France.

Toutefois, cette question est à considérer au regard des règles du droit ultramarin – en particulier du principe de spécialité législative, qui veut qu'une loi métropolitaine ne soit applicable sur un territoire d'outre-mer donné que si elle le prévoit expressément ou qu'une disposition d'extension intervient ultérieurement.

Complexité du sujet

Il est commode, plusieurs décennies après les indépendances, de considérer Madagascar et les Comores comme formant un tout, au regard de leurs relations avec leur ancienne puissance coloniale. En réalité, la situation est beaucoup plus complexe.

Un protectorat a d'abord été successivement exercé sur Mayotte (en 1841), puis sur Anjouan (1866), avant que l'ensemble de l'archipel devienne une colonie française (1892), ce qui n'a pas empêché, par la suite, que la Grande Comore, Mohéli et Anjouan fassent l'objet d'un régime différent, par exemple en matière d'organisation judiciaire.

Madagascar, de son côté a été rattachée par la France en 1895, mais il importe d'avoir à l'esprit que certaines de ses dépendances (Diego Suarez, Nosy Bé et Sainte Marie) étaient déjà sous souveraineté française : le cas de Sainte Marie est assez remarquable, puisqu'elle a d'abord été rattachée à la Réunion en 1876 avant de l'être à Diego Suarez en 1888, puis à Madagascar en 1896.

C'est alors qu'est intervenu le rattachement des Comores à Madagascar (1912), avant que les Comores ne regagnent leur autonomie par rapport à la Grande Île en 1946 : cette autonomie s'est traduite par un retour au principe de spécialité législative.

De tout ceci il résulte que, le droit métropolitain n'ayant pas été rendu applicable aux mêmes dates sur chacune des différentes entités de la Zone, cette application a pu se faire à géométrie variable. Il est vrai que, entre 1895 et 1912, le Code de commerce, pour ce qui le concerne, a été relativement peu modifié.

Mais prenons tout de même l'exemple de la loi Rabier de 1905 qui a complété l'Art. 103 du Code de commerce : cette loi est intervenue à un moment où les Comores et Madagascar formaient des entités distinctes. Elle n'a pas été étendue à Madagascar – je peux l'affirmer, alors qu'elle l'a été en Indochine et en Nouvelle Calédonie, respectivement en 1905 et en 1906. L'a-t-elle été à ce qui constituait alors « Mayotte et ses dépendances » ? Il semble que non, mais en supposant que ç'ait été le cas, se poserait alors la question de savoir si, après le rattachement des Comores à Madagascar, le Code de commerce applicable aux Comores s'est calé sur celui applicable à Madagascar, ou s'il a continué de bénéficier des modifications dont il avait pu faire l'objet antérieurement.

La question se pose également – mais sous une autre forme – après 1946, lorsque les Comores ont recouvré leur autonomie par rapport à Madagascar : le décret du 20 mai 1955, qui a abrogé la quasi-totalité du Livre Troisième du Code de commerce et a réglementé en dehors du Code le droit des faillites, n'a pas été étendu à Madagascar, où le vieux Code de 1807, avec tous les archaïsmes que vous imaginez, a continué à s'appliquer quelque temps. Aux Comores, il semble que cette réforme n'ait pas non plus été étendue, mais je vous avoue que je ne me suis pas livré à une lecture exhaustive du JO entre 1946 et 1975 pour en être certain.

En sens inverse, l'article 189 bis, relatif à la prescription en matière commerciale, introduit par la loi du 18 août 1948, a été étendu à Madagascar ainsi qu'au Comores.

Illustrations

Ceci étant indiqué, et pour en revenir plus directement à l'objet de cette présentation, la question que l'on doit à présent se poser est celle de savoir si la concurrence qu'a exercée le droit métropolitain sur le Code de commerce a été aussi féroce à Madagascar et aux Comores, qu'en France métropolitaine.

La réponse à cette question est globalement positive, même si, en définitive, l'érosion subie par le Code s'avère plus limitée dans l'Océan Indien – en tout cas à Madagascar – qu'en Métropole.

Signalons déjà que, dès l'origine, des « excroissances » telles que la loi de 1867 sur les sociétés commerciales se sont trouvées applicables dans l'Océan Indien en tant qu'elles faisaient partie de ce « package juridique colonial » que j'évoquais à l'instant.

Par la suite, une grande partie de la législation commerciale qui s'est développée à l'extérieur du Code a été rendue applicable : mais pas toujours ou pas immédiatement.

Certes, la loi de 1925 instituant la SARL sera étendue dès 1928, mais la loi de 1909 sur le fonds de commerce ne sera étendue qu'en 1927 ; de même, la loi de 1919 instituant le registre du commerce ne sera étendue à Madagascar qu'en 1948 et une année plus tard aux Comores.

Quant aux modifications dont ces lois ont elles-mêmes fait l'objet, elles n'ont pas toujours été étendues à leur tour, ce qui illustre la difficulté de savoir quel était l'état du droit applicable.

En ce qui concerne la réglementation des baux commerciaux, si les lois de 1926, 1927 et 1933 seront effectivement étendues, en revanche, la grande réforme résultant du décret du 30 septembre 1953 ne sera pas étendue à Madagascar pendant la colonisation, pas plus – semble-t-il – qu'aux Comores.

Pour ce qui est du Code lui-même, les embellissements dont il va bénéficier pendant la période coloniale profiteront généralement à Madagascar et aux Comores, mais pas systématiquement.

On a vu que la loi Rabier n'avait pas été étendue à Madagascar – ce qui est d'autant plus étrange que la modification apportée à l'Art. 106 du Code par une loi de 1927 sera, elle, étendue.

En revanche, l'importante réforme du droit des effets de commerce, issue des conventions de Genève de 1930 et 1931, et que le décret loi de 1935 introduira au sein des Art. 110 à 189 du Code, sera étendue à Madagascar et aux Comores presque au lendemain de son adoption. Il faut noter les modifications ultérieures à cette partie du Code seront généralement étendues, à l'exception de la modification apportée aux deux derniers alinéas de l'Art. 148 B par le décret-loi du 29 juillet 1939. En ce qui concerne le décret-loi de 1935 sur les chèques, il bénéficiera certes d'une extension, mais pas plus dans l'Océan Indien qu'en France métropolitaine, il n'intégrera le Code de ce commerce.

Plus près de nous, si la création d'un Art. 189 bis sera, comme on l'a vu étendu à Madagascar ainsi qu'aux Comores, en revanche, la refonte de ce que l'on appelait encore le droit des faillites – je veux parler du décret du 20 mai 1955 – ne sera pas étendue à Madagascar ni – semble-t-il – aux Comores, où continuera donc de s'appliquer le Livre Troisième du Code de commerce, dans sa version de 1807 modifiée en 1838 et 1889.

A ce sujet, signalons une incertitude sur la question de savoir si la loi de 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens a été étendue aux Comores.

En sens inverse, la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, adoptée après l'indépendance de Madagascar mais avant celles des Comores, a été étendue à ces dernières, de sorte que dès cette date, le Code de commerce applicable aux Comores ne comportait plus de dispositions sur les sociétés commerciales. Sensiblement dans le même temps, les lois françaises intervenues en droit maritime seront étendues aux Comores, supprimant du même coup le Livre Deuxième » du Commerce maritime ».

En résumé, le sentiment qui se dégage est que, aux premières heures de la colonisation, la situation du Code de commerce à Madagascar et aux Comores a suivi d'assez près la situation qui avait cours en Métropole. Par la suite, on peut constater une période où certaines réformes importantes engagées au détriment du Code ne seront pas étendues, ce qui nous amène au constat que le Code de commerce a été davantage épargné à Madagascar qu'en Métropole : ceci est également vrai – quoique dans une moindre mesure – pour les Comores, cette différence s'expliquant par une accession à l'indépendance plus tardive.

C. Concurrence avec l'œuvre réformatrice des Etats ayant recouvré leur souveraineté

Postérieurement à l'indépendance que ces pays ont successivement recouvré – Madagascar en 1960, les Comores en 1975 – le Code de commerce y est demeuré applicable, dans l'état où il se trouvait à la date de chacune des indépendances. Et nous venons de voir que la situation n'était pas la même en 1960 à Madagascar qu'en 1975 aux Comores

Dans le cas de Madagascar, cette continuité d'application du Code de commerce résulte des accords de coopération du 27 juin 1960, dont l'Art. 4 disposait « qu'à défaut de texte malgache, les dispositions législatives et réglementaires du Droit français en vigueur à la date du 26 juin 1960 continuent à être appliquées par les juridictions malgaches ».

La difficulté est venue des accords de coopération de 1973, qui ont remplacé ceux de 1960 sans se prononcer – volontairement ou non, je laisse aux historiens le soin d'arbitrer cette question – sur l'applicabilité de l'ancien droit colonial. Il en est résulté un risque de « vide législatif » que la Cour suprême de Madagascar a fort opportunément comblé en considérant que la solution des accords de 1960 demeurerait applicable.

Aux Comores, où le processus d'indépendance est intervenu de manière unilatérale, il n'y a pas eu d'accords de coopération ni – semble-t-il – de dispositions de droit comorien réglant la question. Il reste que le droit français a continué de s'appliquer.

L'applicabilité du Code postérieurement aux indépendances étant posée, le Code a alors dû faire face à un nouveau type de concurrence, celle résultant des réformes internes que chacun des pays concernés a adoptées dans le domaine du droit commercial.

Dans le cas des Comores, cette concurrence est restée très limitée, peu de textes ayant été adoptés entre 1975 et l'adhésion au traité OHADA en 1995 (v. infra II).

En revanche, à Madagascar, de très nombreuses initiatives législatives sont venues modifier le périmètre d'application du Code de commerce.

Dans un premier temps, Madagascar a surtout légiféré dans le domaine civil, ce qui, néanmoins, a eu des répercussions importantes sur le Code de commerce, créant ainsi de nombreuses situations d'abrogation implicite : il en va ainsi des réformes en droit de la famille qui, en ce qui concerne le statut de la femme mariée, la minorité ou encore la séparation de biens, a implicitement abrogé un certain nombre d'articles du Livre Premier du Code de commerce.

De la même manière, la très importante loi sur la théorie générale des obligations de 1966 (LTGO), si elle a surtout eu un impact sur l'application du Code civil, a eu également pour effet, en abaissant la prescription en matière commerciale à cinq ans, d'abroger implicitement l'Art. 189 bis du Code de commerce, qui prévoit une prescription décennale. A un moindre degré, les références faites par le Code de commerce à certaines dispositions du Code civil devaient désormais être entendues comme des renvois aux dispositions correspondantes de la LTGO (par exemple les renvois effectués par les Art. 39, 94, 114 ou encore 582 du Code de commerce).

Les réformes menées en procédure civile ont, également, eu des répercussions sur le Livre Quatrième du Code : dans un certain nombre de cas, ces répercussions ont été le fait de dispositions d'abrogation, mais parfois, les choses sont restées dans le vague.

Madagascar a, par ailleurs, abrogé en 1966 le Livre Deuxième « Du commerce maritime », et l'a remplacé par un Code maritime. Il est intéressant de constater que cette réforme est intervenue de manière tout à fait contemporaine avec l'adoption en France des lois du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes, du 3 janvier 1967 portant statut des navires et autres bâtiments de mer, et du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer (dont on a vu qu'elles avaient été étendues aux Comores) : on observera cependant qu'à la différence de son ancienne puissance coloniale, Madagascar est restée fidèle à l'idéal de la codification, en se dotant d'un Code maritime.

En sens inverse – et il s'agit d'un phénomène tout à fait remarquable – Madagascar a, en 1962, soit postérieurement à l'indépendance, réformé son droit des faillites en s'inspirant du décret du 20 mai 1955 qui, comme cela a été signalé, n'avait pas été étendu pendant la colonisation. Et ce qui est encore plus remarquable, c'est que, alors que la France avait conçu cette réforme hors du Code, victime d'une sorte de grossesse extra-utérine qui récidivera en 1967 et en 1985, Madagascar a légiféré au sein du Livre Troisième du Code, restant, là encore, plus fidèle aux idéaux de la codification que la France elle-même.

Signalons, dans un même ordre d'idées, que Madagascar va également réformer sa législation sur les baux commerciaux en s'inspirant très directement du décret de 1953 qui n'avait pas été étendu : mais à la différence de la situation précédente, cette législation – il s'agit d'une Ordonnance du 22 juin 1960, adoptée dès les premières lueurs de l'indépendance – demeurera extérieure au Code.

Quelques décennies plus tard, sortant de l'isolement auquel l'avait contrainte l'orientation politique des années 1970 à 1990, Madagascar va entreprendre un travail

considérable de réforme de son droit des affaires, dont l'effet sera globalement de dépouiller un peu plus le Code de commerce de son contenu : certes, il s'agira d'une entreprise interne, mais, dans la mesure où les réformes adoptées se nourriront dans une très large mesure des Actes Uniformes OHADA, il n'est pas excessif de dire que le Code de commerce de Madagascar va alors subir, comme le Code de commerce applicable aux Comores, une nouvelle forme de concurrence, externe celle-là.

II – Le Code de commerce et les facteurs de concurrence externes : l'émergence de l'OHADA

Le traité OHADA, signé en 1993 à Port Louis – terrain neutre et qui, de ce point de vue, l'est resté, ne regroupait et ne regroupe toujours qu'un seul pays de la zone Océan Indien : les Comores (signataires du Traité, les Comores l'ont ratifié en 1995). Madagascar n'y a pas adhéré, mais ainsi que je l'annonçais, y a puisé l'essentiel de son inspiration réformatrice, ce qui pourrait faciliter une adhésion ultérieure, dont je m'empresse de dire qu'elle n'est pas à l'ordre du jour.

Cette différence de positionnement vis-à-vis de l'entreprise unificatrice de l'OHADA n'a pas eu qu'une traduction formelle : sur le fond également, le droit malgache récent conserve certaines différences par rapport au droit unifié, qui nécessitent que nous examinions tour à tour la situation des Comores et celle de Madagascar.

A. La situation aux Comores

Des commentaires, relevant du droit constitutionnel, mériteraient peut-être d'être faits, s'agissant de l'effet des traités sur l'ordre juridique interne comorien, étant observé qu'aucune disposition de droit interne ne semble avoir été prise aux Comores pour assurer la réception de ce droit dérivé que constituent les Actes Uniformes OHADA. Nous n'en avons malheureusement pas le temps, et je vous propose de nous en tenir à l'idée simple mais conforme à la réalité que le droit de l'OHADA supplante désormais aux Comores ce qui pouvait exister de droit interne dans les domaines couverts par les différents Actes Uniformes.

De sorte que, hormis le droit des effets de commerce et quelques dispositions éparses du Livre Quatrième, tout ce qui restait en vigueur du Code de commerce doit être désormais considéré comme abrogé.

Bien entendu, ceci vaut également pour la législation non codifiée qui régissait les différents domaines désormais couverts par les Actes Uniformes : droit des sociétés, droit du fonds de commerce, registre du commerce, baux commerciaux... pour ne citer que quelques exemples.

Il ne saurait être question, dans le cadre de ce colloque, de nous livrer à une analyse comparée des quelques huit ou neuf Actes Uniforme OHADA, avec le droit commercial français. Ceci a déjà été effectué et mieux que je ne pourrais le faire.

J'indiquerai simplement que la filiation est évidente, le droit de l'OHADA conservant l'esprit, le contenu, la forme et parfois même la rédaction de beaucoup de dispositions du droit français dans lequel il puise l'essentiel de son inspiration.

Dans bien des cas, cependant, le droit de l'OHADA s'avère techniquement meilleur que le droit français, car plus clair, plus concis, débarrassé de certains défauts ou de certaines scories. Il offre aussi plus de certitudes en ce qu'il a repris et systématisé – je n'ose pas dire codifié – certaines solutions qui, en droit français, résultent d'une construction jurisprudentielle (par exemple la théorie du fonds de commerce ou, en droit des sociétés, l'abus de majorité) ou de la pratique bancaire (cas des garanties autonomes dans l'Acte Uniforme sur les sûretés).

Ceci n'empêche que les actes Uniformes offrent des solutions originales, par certains côtés en avance sur le droit français : ainsi, en droit des sociétés, la possibilité de SA unipersonnelles et la possibilité – pour les SA ne dépassant pas 4 actionnaires – d'opter pour une formule où la direction et l'administration sont confiées à un administrateur général unique. A un moindre degré, on peut signaler, s'agissant des sociétés à conseil d'administration, des règles traçant une délimitation plus nette entre les prérogatives du président du conseil d'administration et celles du directeur général, semble-t-il sur le modèle du chairman et du CEO nord-américains. De même, le dispositif de publicité commerciale, réalisé au travers du Registre du commerce et du crédit mobilier, apparaît plus achevé que le système français, même si ce dernier est récemment parvenu à peu près au même point.

Il semble du reste que, à mesure que le temps passe, les Actes Uniformes bénéficient davantage de l'apport d'autres systèmes. Je ne parlerai pas du projet d'Acte Uniforme sur le droit des contrats, actuellement en gestation et qui fait l'objet d'intenses controverses. Mais prenons, par exemple, le cas, de l'Acte Uniforme sur le contrat de transport de marchandises par route : ce texte, en reprenant beaucoup de solutions de la convention de Genève (la CMR), en particulier le principe d'un plafonnement de responsabilité qui soit fonction du poids de la marchandise transportée, n'a plus rien à voir avec le droit interne français tel qu'il résulte du Code de commerce.

Mais il est vrai que cette tendance à emprunter les solutions consacrées par des instruments multilatéraux était déjà visible dans les premiers Actes Uniformes, en particulier celui sur le droit commercial général où nous trouvons une réglementation de la vente commerciale qui n'est pas sans rappeler la Convention de Vienne. De même, la réglementation des garanties autonomes est assez proche, tant des règles uniformes de la CCI, que de la Convention de la CNUDCI.

En tout cas, que l'on considère ou non l'OHADA comme un concurrent du Code de commerce, la valeur ajoutée qu'il a apportée à un pays comme les Comores est indéniable. La qualité technique intrinsèque des Actes Uniformes, le haut degré de reconnaissance internationale dont ils bénéficient désormais, la floraison d'ouvrages et d'articles de doctrine, sans parler des cursus universitaires, tout ceci est rendu possible grâce à une effet de masse critique auquel aucun des pays membres – au premier rang desquels les Comores – n'aurait jamais pu prétendre en agissant isolément. A moins, peut-être, de faire comme Madagascar, en se plaçant dans le sillage des Actes Uniformes, tout en restant extérieur à l'Organisation.

B. La situation originale de Madagascar

Madagascar présente une situation doublement originale en ce sens que, sans rejoindre formellement l'Organisation, elle a adopté un certain nombre de lois sur le modèle des Actes Uniformes ; par ailleurs, si, pour l'essentiel, ces lois ont été adoptées en dehors du Code – ou à son détriment – dans deux cas cependant, les réformes sont venues prendre place au sein du

Code. Le Code de commerce en vigueur à Madagascar présente donc la particularité d'être en partie « ohadisé ».

L'adoption de lois extérieures au Code de commerce

Plusieurs lois fondatrices et qui ont été adoptées entre 2004 et 2006, sont venues, selon les cas, dépouiller le Code de commerce de pans entiers¹ ou, se situant dans cette zone incertaine que constitue le droit des affaires, se sont développées en marge du Code, empiétant du reste, dans certains cas, sur le Code civil.

Citons-les dans l'ordre chronologique :

- le 30 janvier 2004 est promulguée la loi sur les sociétés commerciales (complétée par un décret du 6 avril suivant : l'existence de ce décret est en soi une démarcation par rapport à l'OHADA). Cette loi a été suivie par une loi du 3 septembre 2004 sur le contrat de société et la société civile, texte qui, en bonne logique aurait dû être adopté avant ou simultanément.

- le 3 septembre 2004, plusieurs autres lois seront promulguées : loi sur les sûretés, loi sur le fonds de commerce, loi sur les procédures collectives d'apurement du passif, récemment modifiée par une loi du 27 juillet 2007.

- enfin, le 31 août 2006, une loi sur les intermédiaires de commerce

Naturellement, il ne saurait être question de décrire chacune de ces lois. Retenons qu'elles sont très proches des Actes Uniformes correspondants, à quelques différences près dont je me contenterai de signaler les principales.

Ainsi, en droit des sociétés, la loi malgache a conservé la commandite par action, semble-t-il par précaution, pour ne pas mettre en difficulté les entreprises qui avaient pu être constituées sous cette forme. De même, le législateur malgache a été beaucoup plus créatif, s'agissant des valeurs mobilières susceptibles d'être émises par les sociétés de capitaux, notamment les valeurs mobilières composées. Ainsi, est prévue la possibilité de titres donnant accès au capital, que ce soit par conversion, remboursement, échange... d'obligations en actions, ou par l'émission de bons de souscription d'actions, « secs » ou attachés à une action ou à une obligation. De même, la loi a consacré ce qui constitue une particularité – dont on est un peu revenu – du droit français, à savoir la possibilité d'un démembrement des actions entre certificat d'investissement et certificat de droit de vote. Enfin, et peut-être surtout, il faut signaler l'obligation faite aux SARL de déposer leurs comptes au Registre du commerce et des sociétés, cet obligation étant limitée, dans l'OHADA, aux seules sociétés anonymes.

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

En matière de droit des sûretés, le législateur malgache a intégré dans la loi une sûreté locale, le contrat de fehivava, qui présente certaines similitudes avec l'antichrèse. Mais

¹ Ont ainsi été abrogées, outre la totalité du Livre Troisième sur les faillites, les quelques dispositions résiduelles sur les sociétés de personnes, celles relatives au courtier et au commissionnaire, ou encore – quoique de manière implicite – les dispositions sur le gage commercial.

surtout, il a introduit la cession fiduciaire, mécanisme de mobilisation de créance inspiré du "bordereau Dailly" français, mais que l'OHADA ignore.

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

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

L'amorce d'une restauration du Code de commerce

En août 1999, soit quelques temps avant les réformes qui viennent d'être signalées, Madagascar avait engagé un premier train de réformes avec l'adoption de deux lois dont la particularité est d'être venues s'insérer au sein du Code de commerce.

Il s'agit, d'une part, de la loi du 2 août 1999 sur le statut du commerçant, et de la loi du 19 août sur la transparence des entreprises. Ces deux lois constituent désormais le Livre Premier du Code de commerce, divisé en deux Titres « Des commerçants » et « De la transparence des entreprises ». Une numérotation particulière a été adoptée à cette occasion pour accroître le nombre d'articles.

Ces deux lois sont très proches des Livres I et II de l'Acte Uniforme OHADA sur le droit commercial général.

C'est tout d'abord vrai du titre premier, où le législateur malgache est allé jusqu'à poser le principe de la prescription quinquennale sans prendre le soin – soit dit en passant – d'abroger expressément l'Art. 189 bis.

C'est encore plus vrai du système de publicité commerciale, calqué sur le Registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) de l'OHADA, même si l'appellation a repris celle qui a cours en France depuis 1978 (Registre du commerce et des sociétés).

Quelques différences peuvent toutefois être signalées : tout d'abord, si la définition du commerçant demeure, comme dans l'AU OHADA, une définition de type mixte associant approche subjective et approche objective – et ce, en dépit des critiques souvent adressées à cette solution –, le législateur malgache a toutefois ajouté que l'accomplissement des actes de commerce devait se faire à titre indépendant et dans un but lucratif.¹ Par ailleurs, la subdivision consacrée aux obligations comptables du commerçant, est beaucoup plus étoffée : elle comporte, en particulier, les principes comptables (régularité, sincérité, prudence, image fidèle, continuité d'exploitation, permanence des méthodes), et des règles plus complètes sur la valeur probante de la comptabilité (règles issues d'une loi postérieure, la loi du 28 novembre 2000).

¹ Signalons au passage que le législateur malgache a omis, à cette occasion, d'abroger l'Art. 632, cet article qui, sous couvert de préciser la compétence des tribunaux de commerce, donne en réalité une liste des actes de commerce.

Quoi qu'il en soit, il faut retenir de ceci que, en s'engageant sur cette voie originale, le législateur malgache a démontré que l'OHADA était soluble dans le Code de commerce, alors que l'impression que produisent les Actes Uniformes est plutôt l'impression contraire.

Sur un autre plan, je crois utile de souligner que le pari fait par Madagascar de se caler sur l'OHADA tout en demeurant extérieur, est un pari globalement gagnant, puisqu'il permet de bénéficier, sans perte de souveraineté, de tous les avantages que j'évoquais à propos des Comores. Mais c'est en même temps un pari risqué, car, outre les questions de numérotation d'articles, l'identité avec les actes Uniformes n'est pas totale, de sorte qu'il convient que les praticiens soient vigilants et attentifs aux nombreuses différences – petites ou grandes – existant entre les deux ordres juridiques.

Quelles leçons tirer de cet aperçu de la situation du Code de commerce aux Comores et à Madagascar ?

La première, on l'a dit, est que la concurrence interne que le Code a subie n'est finalement pas très différente de la « trahison » que lui a infligée sa patrie d'origine – si l'on laisse de côté le processus de recodification qui est intervenu récemment en France : ceci s'explique assez aisément s'agissant de la période coloniale, où le sort du Code a été – avec les nuances qui ont été vues – assez lié au sort qui était le sien en France métropolitaine. Mais il est intéressant de noter qu'après l'indépendance, un phénomène comparable d'érosion – pour ne pas dire de dislocation – s'est produit à Madagascar, confirmant ainsi la faiblesse des forces gravitationnelles propres du Code de commerce.

La seconde leçon est que cette concurrence est restée une affaire de famille : je veux dire par là que les phénomènes de flux et de reflux qu'a subis le Code de commerce dans cette partie du Monde – et avec les différences notables qui ont été signalées – sont demeurés endogènes, et n'ont pas subi le métissage du droit de la *Common law*. Mais nous avons vu que certaines solutions du droit anglo-saxon ont fait leur entrée – certes timide – dans le droit de l'OHADA, sachant que le droit français lui-même, en ce qu'il a inspiré les actes uniformes de l'OHADA, avait déjà subi l'influence souvent bénéfique du droit anglo-saxon. La vérité oblige donc à dire que c'est en quelque sorte le droit français et l'OHADA qui auront offert une porte d'entrée – certes étroite – au droit anglo-saxon dans cette partie de la Zone Océan Indien.

La troisième leçon est, évidemment, que, en la forme, l'irruption de l'OHADA dans les pays de la Zone, tout en s'étant exercée par des voies bien différentes, aura eu un effet assez dévastateur sur le Code de commerce : c'est évident dans le cas des Comores, membres de l'Organisation, où le Code de commerce se résume à sa partie sur les effets de commerce. Mais c'est également vrai à Madagascar, où les réformes inspirées par l'OHADA ont vidé le Code d'une grande partie de son contenu : celui-ci se résume désormais – abstraction faite de la partie sur les effets de commerce et de quelques dispositions éparses – au Livre Premier, objet d'un sursaut récent, et au droit des transports terrestres, qui, lui, est au contraire en sursis.

De sorte que notre valeureux Code n'est pratiquement plus, aux Comores et – dans une moindre mesure, à Madagascar, qu'une coquille vide.

Mais au fond, est-ce bien là le plus important ?

Tout le monde s'accorde plus ou moins à considérer que le droit commercial n'offre pas l'unité et la cohérence interne qui ont permis le succès du Code civil, au point que l'on affirme parfois que le Code de commerce est voué à n'être au mieux qu'une œuvre de compilation. C'est

ce qui fait dire à certains que le nouveau Code de commerce français n'est en fait qu'un « code des codes », par référence aux codes officiels qu'avaient publiés certains éditeurs privés : on se souvient ainsi du code des sociétés, ou du code des procédures collectives proposés par les librairies Dalloz ou Litec.

Tant et si bien que le plus important n'est pas tellement le Code lui-même que les différents pans de législation qu'il rassemble : car ce sont ces sous-ensembles qui, en définitive, réalisent ce que la codification se propose idéalement d'atteindre.

Or, que constate-t-on à Madagascar ou au Comores ? On constate que, partant d'une législation commerciale héritée de la colonisation, obsolète mais, surtout, éparpillée, ces pays sont désormais dotés d'un droit de commercial – ou plutôt d'un droit des affaires – issu d'un processus de refondation et de re-concentration autour de quelques grands piliers : statut du commerçant et des intermédiaires de commerce, sociétés commerciales, procédures collectives d'apurement du passif, contrats commerciaux... Ces piliers constituent – à quelques nuances près – autant d'Actes Uniformes ou, s'agissant de Madagascar, de lois ou de parties du Code.

Et c'est, me semble-t-il, cela le plus important. Je ne pousserai pas le paradoxe jusqu'à dire que le processus de décodification suscité par l'OHADA a, en réalité, ressuscité l'idéal qui avait présidé à la codification napoléonienne, mais au fond, je serais presque tenté de le faire.

A partir de là, plusieurs options sont ouvertes, dont l'enjeu est peut-être avant tout ergonomique : soit cette législation est réunie dans un ouvrage de pure compilation – c'est le cas du « code vert » de l'OHADA, que les juristes comoriens ont désormais entre les mains ; soit un processus de recodification à droit constant devient possible : Madagascar pourrait s'engager dans cette voie dans un proche avenir, sur la base de ce noyau dur du Code, récemment restauré, et que j'évoquais à l'instant.

Et c'est sur cette perspective réconfortante – qui ne constitue pas encore tout à fait un scoop (je rappelle à toutes fins utiles que l'anglais constitue désormais la 3^{ème} langue officielle de Madagascar) – que je terminerai cette intervention.