



**HAL**  
open science

## Les limites du formalisme du droit de l'OHADA à la sécurisation des entreprises

Laurence Boy

► **To cite this version:**

Laurence Boy. Les limites du formalisme du droit de l'OHADA à la sécurisation des entreprises. Revue de l'ERSUMA, 2012, 1 (1), pp.46-58. halshs-00720874

**HAL Id: halshs-00720874**

**<https://shs.hal.science/halshs-00720874>**

Submitted on 31 Jul 2012

**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.

## Les limites du formalisme du droit de l'OHADA à la sécurisation des entreprises.

Laurence Boy

Le droit unitaire africain issu de l'OHADA résulte des Traités de Port Saint-Louis et de Québec. Il est contenu dans une série d'actes uniformes dont les principaux portent sur le droit des affaires entendu essentiellement au sens du droit commercial traditionnel<sup>1</sup>.

L'idée qui a présidé à la démarche de l'OHADA résidait dans la volonté de répondre à l'insécurité juridique qui résulte pour les entreprises dans l'existence d'un droit éclaté considéré comme l'une des causes d'un ralentissement des investissements dans les pays africains ainsi que d'une justice parfois mal armée et/ou corrompue.

L'outil « uniformisation du droit » est utilisé comme devant être au service d'une autre intégration des économies, laquelle repose sur les investissements notamment étrangers qui doivent se développer dans un espace sécurisé. L'objet de l'OHADA était donc de légiférer *a priori* dans tous les secteurs du droit des affaires. Le droit des affaires y est cependant défini à la fois de façon relativement large - outre le statut du commerçant, le droit des sociétés, le droit uniforme s'est intéressé au droit des procédures collectives, au droit de la vente et au droit du transport par route de marchandises – et très formaliste. Il devrait s'élargir encore au droit du travail, au droit bancaire, au droit des contrats d'affaires ou de certains contrats d'affaire ainsi qu'au droit de la vente aux consommateurs, etc. Cet élargissement est tel que l'un de ses initiateurs se posait la question de savoir s'il ne faudrait pas parler de droit économique plutôt que de droit des affaires. « La liste des matières de l'article 2 du Traité définie lors de son élaboration, notamment lors des séminaires d'Abidjan et de Ouagadougou, a fait l'objet de nombreuses interrogations, notamment en raison de son caractère extensif par rapporta notre conception traditionnelle du droit des affaires. La somme des matières énumérées se rapporte en effet davantage d'une notion très générale de droit économique »<sup>2</sup>.

Il est incontestable que le droit de l'OHADA a connu et connaît des évolutions tant de fond que dans sa méthodologie. Parti d'un droit où était recherchée une véritable uniformisation du fait du caractère d'ordre public des actes uniformes, il évolue vers des modalités qui se rapprochent plutôt de la technique de l'harmonisation dont on sait qu'elle repose en Europe

---

<sup>1</sup> A. Pirovano, Introduction critique au droit commercial contemporain, *RTDCom et de dr. Eco.*, 1985, p. 219. Les Actes portent sur le droit des groupements coopératifs et mutualistes

<sup>2</sup> B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers, S. Thouvenot, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Paris, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 2009.

sur le droit dérivé (règlements et directives qui laissent une relative marge de manœuvre aux Etats). Sur le fond cependant, il nous semble relever d'une vision très partielle de ce que serait le droit économique encore mal différencié du droit des affaires. Il serait tout simplement un prolongement d'une branche du droit privé, le droit commercial auquel s'ajouterait le droit de l'organisation des professions et le droit de la gestion de l'entreprise. Il s'agit donc d'une vision principalement privatiste<sup>3</sup> et micro-économique du droit économique dont l'objet est essentiellement pratique et utilitaire. Pour utile qu'elle soit, principalement dans un espace juridique africain éclaté, notamment dans le domaine de la stratégie des entreprises (stratégie des investissements), cette conception ne repose sur aucun concept précis et ne permet pas selon nous de s'adapter à la complexité et au profond dualisme de la société africaine. Ceci explique que les textes se réfèrent à des catégories et des concepts juridiques qui, bien qu'adaptés parfois à un tissu économique composé encore largement de petites entreprises et à ce que l'on a pu appeler un « droit des boutiquiers », ne tient pas toujours compte des traces du colonialisme et du caractère encore souvent informel de l'entreprise et de sa difficile inclusion dans le « formel » ou le « fiscalisé », ni, en sens opposé, de la présence de grandes entreprises (souvent multinationales) ou de la mondialisation du droit. On a là des tensions vives entre un droit emprunté pour une large part au droit français, des traditions locales et une aspiration à un modèle universel.

Notre propos n'est donc pas de critiquer systématiquement le droit de l'OHADA. Au contraire, tant il apporte à l'heure actuelle un cadre apprécié par les investisseurs nationaux et étrangers et se montre sur certains points très en avance sur le droit de certains espaces régionaux. C'est ainsi qu'il est beaucoup plus facile de créer une société en Afrique (OHADA) aujourd'hui, société qui est reconnue par tous les pays membres de l'OHADA qu'en Europe où la « société européenne » tarde à s'installer dans le paysage juridique. Nous voudrions simplement faire état du fait qu'une reconnaissance réelle des problèmes de droit économique dans les pays africains permettrait peut-être de mieux rendre compte de la diversité des situations et de la diversité des réponses à y apporter<sup>4</sup>.

Sans s'attacher à l'ensemble des actes uniformes, certains exemples ponctuels nous semblent devoir être choisis pour illustrer le caractère encore souvent très formel du droit de l'OHADA et les voies d'une recherche de solutions plus adaptées au contexte africain. Du fait de sa méthode, l'analyse substantielle, le droit économique devrait pouvoir permettre de mieux

---

<sup>3</sup> BOT

<sup>4</sup> A. Cissé, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *RIDE*, 2004, p. 198.

prendre en considération les situations de fait locales afin de proposer de nouvelles solutions plus adaptées aux réalités.

Ce sont donc quelques pistes que nous lançons et qui nous paraissent pouvoir vivifier les travaux actuels et futurs de l'OHADA dont les matières couvertes ont été considérablement élargies par le Conseil des ministres.

#### I. L'enrichissement de certaines matières ayant déjà donné lieu à un acte uniforme.

Depuis l'entrée en vigueur du Traité, neuf actes uniformes<sup>5</sup> ont été adoptés dans les matières visées à l'article 2 du Traité sauf le droit du travail qui, après des discussions a finalement été rajouté à la liste lors de la conférence de Libreville en octobre 1992. Le projet (P. Reis) vise à la fois les droits fondamentaux individuels et collectifs.

C'est essentiellement en nous attachant aux aspects classiques du droit commercial que nous nous attacherons pour montrer le caractère encore très formaliste des textes opérant uniformisation. Il sera intéressant de rechercher les voies d'une meilleure adaptation du droit de l'OHADA aux réalités concrètes dans un contexte difficile de recherche d'une solution harmonisée pour un ensemble de seize pays, ensemble destiné à s'élargir encore. La recherche d'un consensus ne peut que conduire à des textes relativement généraux.

##### A. Le relatif abandon du formalisme du droit OHADA quant à la notion d'entreprise en difficulté.

Il est fréquent de dire que le droit commercial a aujourd'hui pour noyau dur l'entreprise. Pendant très longtemps le droit commercial s'est défini par rapport à l'acte de commerce et/ou au commerçant. On sait les difficultés qu'il y a à reconnaître en droit cette notion. On sait

---

<sup>5</sup> ACTE UNIFORME ADOPTE LE 17 AVRIL 1997 RELATIF AU DROIT COMMERCIAL GENERAL - 289 articles (JO Ohada N°1 du 1er octobre 1997, p.1), ACTE UNIFORME ADOPTE LE 17 AVRIL 1997, RELATIF AU DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES ET DU GROUPEMENT D'INTERET ECONOMIQUE - 920 articles (JO Ohada n° 2 du 1er octobre 1997), ACTE UNIFORME ADOPTE LE 17 AVRIL 1997, PORTANT ORGANISATION DES SÛRETÉS - 151 articles ( JO Ohada n°3 du 1er Octobre 1997), ACTE UNIFORME, ADOPTE LE 10 AVRIL 1998, PORTANT ORGANISATION DES PROCEDURES SIMPLIFIÉES DE RECOUVREMENT ET DES VOIES D'EXÉCUTION - 338 articles (JO Ohada n° 06 DU 1 Juillet 1998), ACTE UNIFORME, ADOPTE LE 10 AVRIL 1998, PORTANT ORGANISATION DES PROCEDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF - 258 articles (JO Ohada n° 7 du 1er Juillet 1998), ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DE L'ARBITRAGE ADOPTE LE 11 MARS 1999 - 36 articles (JO Ohada N° 08 du 15 mai 1999, p.2), ACTE UNIFORME PORTANT ORGANISATION ET HARMONISATION DES COMPTABILITES DES ENTREPRISES ADOPTE LE 23 MARS 2000 - 113 articles ( JO Ohada N°10 du 20 novembre 2000), ACTE UNIFORME RELATIF AUX CONTRATS DE TRANSPORT DE MARCHANDISES PAR ROUTE - 31 articles, ACTE UNIFORME ADOPTÉ LE 15 DÉCEMBRE 2010 À LOMÉ, RELATIF AU DROIT DES SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES - 397 articles (JO Ohada n° 23 du 15 février 2011).

aussi que lorsque le système juridique reconnaît l'entreprise, c'est en tant que concept fonctionnel dont le contenu varie selon la matière et la règle de droit à appliquer (droit du travail, droit des entreprises en difficulté, droit des sociétés).

En droit de l'OHADA, comme en France et dans les pays développés, c'est en droit des procédures collectives que l'entreprise fait timidement son entrée dans l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté le 10 avril 1998. Ce texte institue trois types de procédures : le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens. Le règlement judiciaire est défini comme une procédure destinée à la sauvegarde de l' « entreprise » et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement et est donc très proche de l'esprit de l'article L 620-1 du Code de commerce français. On notera que même si les salariés sont visés, leur protection n'est pas une priorité absolue. On en voudra pour preuve que rien n'est organisé ne serait-ce que pour les entendre. Il est intéressant de noter que, comme en droit français, les procédures sont avant tout des outils de restructuration du capital défaillant. Or, de ce point de vue et de façon très réaliste, comme dans la loi française du 25 janvier 1985 (art. L. 622-18 c. com.), dans un cadre pourtant « liquidatif », le syndic peut, semble céder un véritable « entreprise » au sens substantiel du terme comme cela peut se faire dans le cadre du redressement, en décidant de céder l'intégralité de l'actif du débiteur soit sous forme de la cession d'une activité toute entière soit sous forme d'éléments d'actifs à la condition qu'il forme une véritable branche d'activité<sup>6</sup>. Ce réalisme dans l'appréhension de l'entreprise dans les textes mériterait d'être confronté à la réalité de terrain (il serait en effet intéressant de recenser le nombre de liquidations qui recouvrent des cessions d'unités ou de branches d'activités). En outre, il n'est pas sûr, mais il faudrait sans doute une meilleure connaissance des décisions des tribunaux, que pour les magistrats africains le règlement judiciaire bénéficie à l'entreprise informelle non immatriculée par définition au Registre de commerce et de crédit mobilier. Sans doute, en abandonnant la vieille conception selon laquelle la « faillite » est déshonorante, pourrait-on, dans une perspective innovante, appliquer le règlement préventif aux agriculteurs et aux artisans les considérant comme des entreprise quand bien même ils n'ont pas le statut de commerçant individuel. On le sait, l'interprétation confine souvent à la création.

#### B. Formalisme et non reconnaissance de l'entreprise *in bonis*.

---

<sup>6</sup> L. Boy, La liquidation judiciaire des entreprises: continuité ou changement ? *Les Petites Affiches*, novembre 1988, n° 140, p.13.

On ne retrouve pas cette possible vision progressiste de l'entreprise dans d'autres Actes uniformes OHADA, notamment dans les textes relatifs au commerçant, au droit des sociétés ni surtout au droit des intermédiaires. L'entreprise, même dans sa conception purement patrimoniale et non personnaliste, n'est jamais, hors procédure collective, potentiellement visée. Le droit s'intéresse au commerçant individuel et au fonds de commerce (mais sans établir de lien entre les deux) ainsi qu'aux sociétés et GIE mais, dans ce cadre, ne consacre pas la société unipersonnelle qui pourrait incontestablement être une forme de patrimoine d'affectation, créant ainsi un pont entre la Common Law et le Droit civil. L'ouverture de l'OHADA à d'autres pays de tradition anglo-saxonne<sup>7</sup> conduira peut-être à faire appel à la notion de *trust* ou de patrimoine d'affectation comme la loi française sur l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)<sup>8</sup>. La loi portant création du nouveau statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) a été adoptée le 12 mai 2010. Le dispositif est devenu opérationnel à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2011. Il répond à l'une des principales préoccupations des entrepreneurs en nom propre, à savoir protéger leur patrimoine en cas de faillite. Le dispositif s'adresse avant tout aux entrepreneurs individuels, qu'ils soient commerçants, artisans ou libéraux et protège désormais leurs biens personnels en cas de faillite, ce qui n'était pas le cas auparavant. Ils devaient jusqu'alors répondre de leurs dettes professionnelles sur la totalité de leur patrimoine. Seul le patrimoine professionnel est aujourd'hui affecté à l'exercice de l'activité professionnelle. L'EIRL n'entraînant pas la création d'une personne morale, l'entrepreneur est donc propriétaire des deux "patrimoines"<sup>9</sup>.

Pour l'heure, c'est toujours la théorie de l'unité du patrimoine qui domine le droit de l'OHADA. Or, il nous semble qu'il serait tout particulièrement pour des pays où l'économie dite informelle occupe une grande place de consacrer l'EIRL car une grande partie de l'activité économique africaine est le fait de TPE, de toutes petites structures dans lesquelles le patrimoine non seulement de l'individu mais du couple et de toute sa famille (polygamie), voire de la famille élargie est engagé. Des études sociologiques devraient être menées pour rechercher si cette notion d'EIRL permettrait à la fois d'assurer à la fois une relative séparation des patrimoines et la solidarité familiale qui reste très forte dans les petites structures en Afrique. L'exemple français prouve que la reconnaissance du patrimoine

---

<sup>7</sup> Finalement peu importe les concepts formellement utilisés si substantiellement ils se répondent du point de vue substantiel.

<sup>8</sup> Th. Revet, Le patrimoine professionnel d'affectation, premières analyses de l'EIRL, Dossier, *Droit et patrimoine*, 1<sup>er</sup> avril 2010, p. 54 et s.

<sup>9</sup> Le régime fiscal français de l'EIRL reprend celui de l'EURL (Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) qui permet notamment de bénéficier de nombreux avantages pour encourager à la création d'entreprises.

d'affectation est une nécessité pour les PME. En effet, même la loi sur la fiducie du 19 février 2009 ne permettait pas de résoudre toutes les difficultés pour ces dernières, ce qui serait le cas spécialement en Afrique du fait de la relative complexité du mécanisme. En effet, aussi innovante que soit la loi sur la fiducie, elle ne peut constituer une voie satisfaisante pour résoudre les difficultés liées à l'unicité du patrimoine surtout pour les TPE. La loi n'autorise pas une personne seule de diviser son patrimoine. Pour ce faire, il faut d'abord transférer la propriété d'un ensemble de biens à un tiers, le fiduciaire qui, en acceptant ce transfert et la mission qui lui est impartie, procédera alors à l'affectation patrimoniale. On voit que pour la plupart des petits entrepreneurs africains, peu rodés aux subtilités du droit, ce mécanisme peut constituer un « repoussoir ». De ce point de vue la loi française du 12 mai 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée constitue un immense progrès puisqu'elle permet directement de procéder à cette affectation en dehors de tout transfert à un tiers. « L'affectation ne résulte pas, comme en fiducie, d'un transfert assorti d'une mission assignée à l'acquéreur ; elle résulte du regroupement, par leur propriétaire, d'une partie de ses biens, fédérés par un objectif spécifique, sans lequel il ne saurait y avoir d'affectation, et qui consiste dans la fonction de garantie des dettes ayant pour cause l'activité professionnelle »<sup>10</sup>. En effet, la consistance de ce patrimoine d'affectation résulte de critères d'abord strictement objectifs - les biens nécessaires à l'exercice de l'activité - et accessoirement subjectifs - ceux qui ne sont pas nécessaires mais qui sont utilisées par l'entrepreneur individuel pour l'exercice de sa fonction et y sont affectés -. Bien entendu des formalités de publicité sont indispensables à l'opposabilité aux tiers de ce patrimoine d'affectation (enregistrement et publication avec dépôt de la déclaration constitutive). Il convient d'observer que le Registre du commerce et du crédit mobilier est généralisé dans le droit de l'OHADA depuis 2010<sup>11</sup>. On peut bien sûr discuter du principe même du patrimoine d'affectation<sup>12</sup> et des modalités concrètes de cette voie (montant du patrimoine affecté, articulation avec le droit de la « faillite), sa simplicité nous apparaît tout à fait adaptée au contexte africain et éviterait l'empilement de textes (SAS, EURL, etc.) qu'a connu le droit français pour consacrer indirectement le patrimoine d'affectation<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Th. Revet, op. cit., p. 57.

<sup>11</sup> Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général adopté le 17 avril 1997.

<sup>12</sup> F. X Lucas parle de « fausse bonne idée ». *Droit et patrimoine* 1<sup>er</sup> avril 2010, p. 73.

<sup>13</sup> Pour ceux qui regretteront l'atteinte au concept d'unicité du patrimoine en tant qu'émanation de la personne, dont je suis sur le plan du réalisme théorique (la personnalité se réduit en droit libéral au patrimoine !), rappelons que le système juridique est en toutes hypothèses un « construit » et doit correspondre aussi aux besoins de la société.

S'agissant des acteurs/sujets du droit de l'OHADA, on peut faire une dernière observation sur le formalisme du texte « premier » de ce système : l'Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général adopté le 17 avril 1997. Celui-ci témoigne, malgré une volonté première dans le chapitre préliminaire de saisir assez largement l'entrepreneur<sup>14</sup>, d'un attachement excessif aux notions de commerçants et d'actes de commerce. Sans doute est-il difficile pour les pays africains d'aller plus avant. Il nous semble regrettable cependant que dans cette conception, ne soit pas analysée la situation d'agents économiques toujours plus nombreux, spécialement dans des pays en développement, mais qui sont économiquement dépendants. Peut-être que leur situation peut être envisagée non sous l'angle du statut mais sous celui des contrats qu'ils concluent et donc sous l'angle du droit des contrats ? Nous verrons quels sont les éléments possibles de réponse à cette question dans certaines des contributions de ce rapport.

### C. Le formalisme lié au statut de commerçant.

Le droit de l'OHADA ne contient rien sur les phénomènes de dépendance et d'intégration, ce qui est logique en soit, les réflexions ayant été menées sur la base des questions qui étaient les plus pressantes pour le démarrage concret d'un droit uniforme et sans pouvoir entrer dans l'étude détaillée des différents agents économiques. Il était donc inconcevable d'envisager par l'édition de textes de droit uniforme l'ensemble des situations qu'il s'agisse de l'agriculture, de la sous-traitance ou de la distribution.

Dans l'hypothèse de réflexions sur ce thème et dans l'optique de ne pas multiplier les textes, il nous semble que quelques lignes générales se dégagent des droits étrangers qui pourraient servir de guide en matière de contrats dit de « situation »<sup>15</sup>.

Le législateur africain pourrait ainsi s'inspirer du droit anglo-saxon sur la « disclosure », l'obligation qui pèse sur la partenaire le plus puissant de délivrer une information précontractuelle relative aux éléments économiques essentiels du contrat (état et perspective du marché sur le quel souhaite entrer le candidat) cocontractant. Il s'agit généralement non de dicter les termes mêmes du contrat du contenu du contrat mais de moraliser l'environnement

---

<sup>14</sup> Art. 1 : « Tout commerçant, personne physique ou morale y compris toutes sociétés commerciales dans lesquelles un Etat ou une personne de droit public est associé, ainsi que tout groupement d'intérêt économique, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats parties au Traité relatif à l'harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (ci-après dénommés " Etats parties " ), est soumis aux dispositions du présent Acte Uniforme ».

<sup>15</sup> J. Mestre, Chroniques à la RTDCiv depuis environ 10 ans ; Virassamy, *Les contrats de dépendance ; essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, LGDJ, 1986.



contractuel avec des obligations d'information qui permettent, en outre, de régler d'avance la question des responsabilités.

Par ailleurs, les abus liés au déséquilibre informationnel ou économique significatif entre les parties pourraient déjà être réglés en partie sur le terrain des abus de dépendance économique devant le juge traditionnel avant d'envisager ce qu'il pourrait en être dans un cadre commun de droit de la concurrence. En effet, les africains eux-mêmes sont conscients faudrait des textes traduisant un véritable droit économique, notamment un droit de la concurrence notamment dans le contexte de mondialisation si l'Afrique veut véritablement être attractive.

## II. Une nécessaire approche de droit économique.

Sous l'effet conjugué de la mobilité des capitaux, liée au triomphe de la doctrine économique libérale, du recul de l'interventionnisme étatique, nous assistons de nos jours à une ouverture croissante des marchés en liaison avec une forte interaction des économies. Les conséquences plus ou moins lointaines pour le droit de l'OHADA nous semblent être une remise en cause de la distinction public/privé notamment en matière d'investissements et de « marchés publics » et un nécessaire développement du droit de la concurrence.

### A. Une remise en cause de la distinction rigide droit public-droit privé.

Les investissements reposent de plus en plus sur une collaboration entre capitaux publics et capitaux privés. On ne peut nier l'affaiblissement des Etats nations face aux flux d'échanges transnationaux. Pour autant le rôle de l'Etat demeure primordial dans les PED et les PMA.

l'Afrique Sub-Saharienne ne mobilise pas suffisamment pour ses besoins en investissement dans les infrastructures. 85% de ce montant est assuré par les financements publics (budget et dons et prêts concessionnels) contre 15% par des financements privés. Devant le manque évident d'infrastructures et de services essentiels au développement de l'Afrique et, au-delà de la question de la stricte mobilisation des ressources nécessaires, il est apparu indispensable de faire une utilisation judicieuse et efficace de ces ressources. Parmi ces différentes formes d'utilisation envisageables, il semble intéressant de privilégier progressivement le partenariat public et privé, parce que, malgré ses inconvénients il présente des avantages certains. Ces critiques adressées aux PPP sont dues principalement à la complexité de l'opération ainsi qu'à

à des rigidités structurelles internes. La complexité explique ainsi que la quasi-totalité des sommes investies a été captée par cinq pays<sup>16</sup>.

Par ailleurs, structurellement en Afrique ces projets sont difficilement abordables. Ils nécessitent de mobiliser une importante contribution financière du secteur public pour réduire le coût supporté par le secteur privé alors même que l'Etat a déjà dans les secteurs sociaux des engagements incompressibles car minimaux. Les PPP ne sont toujours la solution idéale, comme on l'a vu en Amérique du sud, dans la mesure où les contraintes qu'ils vont faire peser sur les ménages ne permettent pas toujours une répercussion sur les usagers des tarifs/redevances reflétant les coûts élevés des infrastructures ayant été réalisées. Il est fréquent, en outre, de constater que les bases de négociation n'ont pas été pas suffisamment évaluées par le partenaire public non armé en Afrique pour ce type d'évaluation et de négociation.

La possibilité néanmoins de faire de ces PPP un outil de développement des infrastructures indispensables à l'Afrique est indéniable. Il faut veiller à la mise en place de règles qui assurent la défense tant de l'intérêt public que celui de l'entreprise privée. L'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA) pourrait être utilement mobilisée. Les PPP entrent clairement dans le spectre de ses compétences et complèteraient utilement les neuf actes uniformes déjà en vigueur.

Les PPP réunissent à la fois droit public et droit privé, droits romano-germanique et anglo-saxon. Indispensables sans doute du fait de l'insuffisance des investissements locaux, ils peuvent aussi être porteurs de sociales et environnementales propres à l'Afrique.

L'harmonisation du droit relatif à de nouvelles matières est souhaitable afin de favoriser notamment le développement de projets d'infrastructures dans la sous-région et figurant notamment dans le projet NEPAD<sup>17</sup>. L'importance quantitative et qualitative des marchés publics n'est plus à démontrer<sup>18</sup>. Les retombées directes et indirectes sont particulièrement importantes dans les pays en développement et les pays les moins avancés. Ils permettent le développement des infrastructures de base et peuvent soutenir, comme dans les pays

---

<sup>16</sup> l'Afrique du Sud, le Nigeria, le Mozambique, la Côte d'Ivoire et le Kenya.

<sup>17</sup> B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers, S. Thouvenot, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, Paris, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 38.

<sup>18</sup> Les marchés publics représentent chaque année pour la seule Europe plus de mille milliards d'euros, soit environ 14% du PIB. Communication de la Commission européenne, COM (1998) 143 final.

développés, les industries de pointe à haute technologie, dont la recherche-développement indispensable à l'innovation<sup>19</sup>. Dans tous les pays, de nombreux secteurs comme le bâtiment et les travaux publics, les infrastructures du transport sont particulièrement tributaires des marchés publics. C'est cette importance quantitative et qualitative des marchés publics qui explique la valeur d'exemplarité que joue traditionnellement le fonctionnement des marchés publics<sup>20</sup> et est à l'origine de l'introduction d'une logique concurrentielle dans le droit des marchés publics en droit français<sup>21</sup> et communautaire<sup>22</sup>. Aux dangers des marchés de gré-à-gré - concurrence faussée, généralisation de la corruption-, a été progressivement substituée la mise en concurrence des opérateurs. Ces marchés doivent devenir ainsi exemplaires du point de vue purement économique<sup>23</sup>. L'ouverture à la concurrence devrait, en outre, renforcer l'exemplarité que doit revêtir le fonctionnement des marchés dans la mesure où ce dernier a toujours obéi à l'idée de « gestion efficace dans l'utilisation des deniers publics »<sup>24</sup>. Cette considération prend une importance toute particulière dans les pays africains dans lesquels est souvent dénoncée la corruption ainsi que l'incurie des administrations. La corruption se retrouve plus ou moins dans tous les pays. En Afrique, elle touche de nombreux domaines. Le secteur le plus touché est toutefois celui de l'Administration publique où elle s'exerce à tous les échelons. Elle est, par exemple, utilisée par les entreprises privées proches du pouvoir en place pour s'arroger la quasi-totalité des marchés publics, tuant dans l'œuf la transparence et l'équité nécessaires à la bonne gestion des fonds publics<sup>25</sup>. Ainsi que cela a été souligné, il faut toujours un corrupteur (souvent les multinationales) en plus du corrompu<sup>26</sup>. La transparence et la mise en concurrence ont précisément pour objet la lutte contre la corruption, y compris en France, et la bonne utilisation des deniers publics.

A ces deux objectifs liés à l'exemplarité dans la passation des marchés publics s'est ajoutée récemment une préoccupation de développement durable. L'importance économique des marchés publics avait conduit dans la logique concurrentielle initiale la plupart des acheteurs

---

<sup>19</sup> D. Linotte et R. Romi, *Services publics et droit public économique*, 4<sup>ème</sup> éd. Litec, 2001, n° 30.

<sup>20</sup> P. Reis, *La concurrence et les marchés publics*, éd. Presses universitaires du Septentrion, 2001, p. 141 et s. ; *Marchés publics et ordre concurrentiel*, in *L'ordre concurrentiel, mélanges A., Pirovano*, éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 145.

<sup>21</sup> F. Riem, *Transparence et droit de la concurrence*, L'harmattan,

<sup>22</sup> Directives

<sup>23</sup> M. Glais et P. Laurent, *Traité d'économie de la concurrence*, PUF, Paris, 1983, p. 185.

<sup>24</sup> Fl. Linditch, *Le droit des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2009 ; Nouveau jurisclasser Contrats et marchés publics, Editions du Jurisclasseur, n° 36 ; Le nouveau code des marchés publics, utile contribution à la définition du périmètre administratif, *Revue Internationale de Droit Economique* 2001, p. 325.

<sup>25</sup> Transparency International.

<sup>26</sup> S.J. Kpundeh, *Gouvernance et économie en Afrique, La corruption en Afrique*, IRIS. Maryland, 2001, [<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CAFRAD>]

publics à ne se référer qu'à un seul critère d'attribution des marchés : celui du prix<sup>27</sup> : il active la concurrence entre les concurrents potentiels ; il protège les deniers publics. Pourtant, celui-ci peut se révéler potentiellement favorable non seulement à un déclin de la qualité des achats publics mais encore à une remise en cause d'un fonctionnement véritablement concurrentiel des marchés. Il peut conduire les entreprises à faire des offres anormalement basses, à l'élimination des plus faibles et à une concentration renforcée de l'offre renchérissant *in fine* le coût des achats<sup>28</sup>. Par ailleurs, très vite cette prééminence du prix a entraîné un moins-disant social<sup>29</sup>.

Les réformes communautaire<sup>30</sup> et française ont peu à peu remis en cause cette « dictature » du prix. Le nouveau Code des marchés publics français met désormais en avant au titre du mieux-disant la référence à « l'offre économiquement la plus avantageuse »<sup>31</sup> ouvrant ainsi la porte à d'autres critères que celui du prix dès lors qu'ils sont économiques. La Commission européenne a adopté des directives mettant aussi au cœur des marchés publics la notion de mieux-disant entendu au sens d'offre économiquement la plus avantageuse, ce qui autorise théoriquement la prise en compte de critères supplémentaires sociaux et environnementaux. Pour l'instant l'application de ces critères est assez décevante, surtout en ce qui concerne le critère social<sup>32</sup>. On voit cependant immédiatement l'avantage que pourraient trouver les pays africains de l'introduction du critère social (réservation des emplois aux autochtones) dans les appels d'offres.

La question essentielle à nos yeux pour l'Afrique des marchés publics en droit de l'OHADA s'inscrit en creux dans celle du droit de la concurrence, autre chantier lointain de l'organisation.

---

<sup>27</sup> M. Guibal, Refonte du Code des marchés publics ; Le conflit saugrenu de la légalité et de l'opportunité, *Les Petites Affiches*, 19/11/1999, p. 4.

<sup>28</sup> P. Reis, ouvrage précité, p. 143.

<sup>29</sup> L'arrêt *Rush portuguesa* est significatif de cette tendance (CJCE 27/3/1990, aff. C-113/89, *Rec. P.* 1439. Ouvriers portugais travaillant à des conditions ne respectant pas les *minima* sociaux français sur la construction d'une ligne TGV ; *JDI* 1991, p. 471, note M-C. Boutard-Labarde ; C. Bréchon-Moulènes, *Droit des marchés publics, n° supplémentaire janvier 1996*, p. 3.

<sup>30</sup> Directive CE 2004/17CE du parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ; Directive 2004/18/ce du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (*JOUE* 30 avril 2004) ; S. Chavarochette, panorama des principaux apports des nouvelles directives marchés publics, *Contrats publics* mai 2004, n° 33, p. 46 ets..

<sup>31</sup> Décret du 7/3/2001 portant réforme du Code des marchés publics, *JO* 8/3/2001, p 37001, F. Llorens, P. Soler-Couteaux et al., Le nouveau Code des marchés publics, *JCL Contrats et marchés publics*, n° spécial, p. 1 et s..

<sup>32</sup> L. Boy, Clauses sociales et environnementales et marchés publics en Europe, Colloque INEADEC, Bruxelles nov. 2009, Bruxelles, Larcier 2011.

## B. Droit de la concurrence.

Sont déjà en cours de nombreuses discussions dans les différents espaces africains mais, au niveau de l'OHADA, si l'on regarde les nombreux problèmes institutionnels et substantiels qui se posent dans le cadre de l'UEMOA, les difficultés qui se présentent sont encore démultipliées<sup>33</sup>.

Cette question est extrêmement délicate car de nombreux sous-ensembles sont, en effet, déjà dotés d'un droit de la concurrence<sup>34</sup>. Nous ne ferons donc que de brèves réflexions sur cette hypothèse d'un droit unifié de la concurrence. Si la centralisation matérielle et substantielle, qui peut être analysée comme un prolongement logique de l'unification du droit des affaires, est justifiable et acceptable théoriquement dans l'OHADA, toute compétence exclusive de la CCJA est immédiatement à exclure. Déjà dans l'UEMOA, la compétence exclusive de la Commission a conduit à de vives contestations ou à l'atonie des autorités nationales. Si devait se dessiner une unification de l'essentiel des règles de fond – ce que nous souhaitons –, celle-ci devrait impérativement s'accompagner d'une *décentralisation contrôlée* de l'application du droit harmonisé de l'OHADA<sup>35</sup>. « Une culture de la concurrence », un encouragement à la mise en place de législations nationales de concurrence devraient aller de pair avec les réflexions qui pourraient être menées dans le cadre de l'OHADA pur assurer une réelle cohérence.

---

<sup>33</sup> Cahier à thème ; « Quel droit de la concurrence pour l'Afrique francophone subsaharienne ? », L. Bou et J. Drexl (dir.), *RIDE*, 2011, n° 3.

<sup>34</sup> Mor Bakhoun, Cohérence institutionnelle et effectivité d'une politique régionale de la concurrence : le cas de l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA). *Revue internationale de droit économique* 2011n°3, p. 351.

<sup>35</sup> Mor Bakhoun Rapport inédit : « ETUDE SUR LA REVISION DU CADRE INSTITUTIONNEL DE MISE EN ŒUVRE DES RÈGLES COMMUNAUTAIRES DE CONCURRENCE DE L'UEMOA ». Nov. 2011.