

**REGARD CRITIQUE SUR LA LOI N° 2020 - 20 DU 02 SEPTEMBRE 2020 PORTANT  
CRÉATION, ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DES ENTREPRISES PUBLIQUES  
EN RÉPUBLIQUE DU BENIN.**

**Me Ayodélé AHOUNOU**

Avocat-Associé

La Loi 2020-20 du 02 septembre 2020 comporte les règles ayant vocation, ainsi que son intitulé l'indique, à régler la création, l'organisation et le fonctionnement des « entreprises publiques ». L'article 3 ajoute que « ces règles incluent notamment les mécanismes de procédures relatifs à la surveillance économique et financière, ainsi qu'au transfert de participations, à la dénationalisation et la dissolution des dites entreprises ».

Dans un article intitulé « **La fin des entreprises publiques et de leur immunité d'exécution en Droit OHADA** » publié sur le site [www.gama-avocatsafrique.com](http://www.gama-avocatsafrique.com), commentant deux arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA rendus respectivement le 28 novembre 2019 et le 14 mai 2020, nous avons démontré que, sous l'effet abrogatoire des dispositions du Droit communautaire OHADA, en l'occurrence celles des articles 10 du Traité OHADA, 1, 3 al. 1<sup>er</sup>, 6 et 908 de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique, les entreprises dites publiques, en ce qu'elles appelaient en tant que telles l'application d'un régime juridique spécifique, avaient forcément disparu.

Mais le 02 septembre 2020, le droit béninois sera enrichi d'une nouvelle loi qui, de par son titre déjà, semble avoir pris le contre-pied du Droit OHADA.

Que doit-il rester alors de cette loi, dans sa confrontation avec ce droit, à la lumière du principe général de la supranationalité des règles communautaires ?

La présente réflexion a vocation à répondre à cette interrogation.

Pour y parvenir, il convient de montrer qu'une société commerciale ne pas être une entreprise publique (1) tout en mettant particulièrement en relief par la suite quelques contradictions du texte avec des dispositions de l'Acte Uniforme relatifs au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (2).

## 1- Une société commerciale peut-elle être une entreprise publique ?

Le législateur béninois semble ne pas avoir perdu de vue la nécessaire nature privée des sociétés à participation publique. Il prévoit en effet à l'**article 10** de la Loi 2020-20 du 02 septembre 2020 portant création, organisation et fonctionnement des entreprises publiques que : les sociétés d'Etat et les sociétés à participation publique majoritaire « *sont soumises aux dispositions de l'Acte uniforme de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, notamment en ce qui concerne les règles relatives à leur constitution, leur fonctionnement, l'élaboration et le contrôle de leurs états financiers annuels de synthèse* ».

Cependant, il a maintenu l'expression « entreprise publique » et y a compris celles établies sous forme de sociétés commerciales. Aussi, la Loi 2020-20 du 02 septembre 2020 définit-elle en son article 1<sup>er</sup>, 1<sup>er</sup> tiret, **les « entreprises publiques » comme des « entités dans lesquelles l'Etat détient directement ou indirectement une participation majoritaire dans le capital social »**. Elle édicte en outre en son **article 4** qu' « *au sens de la présente loi, les entreprises publiques peuvent prendre des formes suivantes : - La forme d'établissement public encore appelé office ou agence ; - La forme de société* ».

Cette définition de la notion d' « entreprise publique » retenue par le législateur béninois, certes, est aussi vieille que la notion « d'entreprise publique » elle-même. Historiquement en effet, l'expression « *entreprise publique* » apparaît pour la première fois en 1946 dans le recensement du secteur public industriel qui fut établi, en France, sur instruction du Ministre des finances SCHUMAN<sup>1</sup>. Le professeur Pierre DEVOLVÉ écrivait déjà en 1984 qu'« *il n'y a pas de catégorie juridique qui constitue l'entreprise publique ; il y a des entreprises publiques, il n'y a pas l'entreprise publique* »<sup>2</sup>. Mais des auteurs et la jurisprudence se sont efforcés d'identifier les critères de l'entreprise publique. Trois (03) critères ont été ainsi dégagés : la personnalité morale distincte de celle de l'Etat ; l'activité industrielle ou commerciale qui implique le paiement d'un prix moyennant la production de biens ou la fourniture de services ; et

---

<sup>1</sup>- DEVOLVÉ Pierre, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, p. 629 ; Cité par Jean-Yves CHEROT, *Droit public économique*, 2<sup>e</sup> éd. Economica, 2007, pp. 466 et 467 ; cité par BOUKARI Salifou, *L'application des textes de l'OHADA aux entreprises publiques : l'Exemple de l'AUSC-GIE*, Thèse, Université de Lomé, p.20.

<sup>2</sup>- DEVOLVÉ Pierre, *Les entreprises publiques*, texte du cours donné à l'institut d'étude politique de Paris, 1984-1985.

enfin, **l'appartenance au secteur public**<sup>3</sup>. De ces trois critères, « *seul le dernier est réellement significatif de l'entreprise publique : c'est du reste celui qui a soulevé le plus de difficultés au cours des dernières années* »<sup>4</sup> en France. C'est dans ces conditions que le Conseil d'Etat français a retenu qu'« *une entreprise, qui n'est pas une personne publique, appartient au secteur public, si la majorité au moins de son capital est détenue, directement ou indirectement, par des personnes publiques* »<sup>5</sup>. **Les entreprises publiques se distinguaient ainsi des entreprises privées non seulement à partir de ce critère financier quantitatif majoritaire, mais également à partir de leur mode de création, leur structure, les moyens qu'elles utilisent, les conditions et modalités de leur disparition, en un mot, de leur régime juridique.**

**Mais dans l'Espace OHADA, la catégorie juridique d'entreprise publique telle qu'elle est ainsi héritée du droit français ne répond plus à ce régime spécifique qui découle de son appartenance au secteur public. Il n'est donc plus pertinent de parler dans l'Espace OHADA d'entreprise publique lorsque celle-ci prend la forme d'une société commerciale.**

En effet, si avant l'avènement du Droit OHADA, ces entités, identifiables à partir de ce critère financier quantitatif majoritaire, pouvaient se prévaloir au moins de leur appartenance au secteur public, ce lien entre elles et le droit public a été en réalité rompu par le Droit OHADA des affaires dès son entrée en vigueur. C'est ainsi que dans un **arrêt rendu le 28 novembre 2019<sup>6</sup>, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA –CCJA-**, pour asseoir la nature de personne morale de droit privé d'une entreprise dite publique, s'est fondée sur les dispositions de l'**article 1<sup>er</sup>** de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique -AUDSC-GIE-. **Ce texte** prescrit que « **toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège social**

---

3- RAPP Lucien et TERNEYRE Philippe (Sous la direction de), *Droit public des affaires*, éd. LAMY, 2001, p. 197 et s.

4- SCHWARZ, Rec. CE 1978, p. 467, AJDA 1979, n°3, p. 34 ; Chr. DUTBEILLET de LAMOTHE et ROBINEAU, p. 42, concl. LATOURNERIE et note BAZX, p. 48.

5- CE, Ass., 24 nov. 1978, Schawartz, Defferre et autres, n°04546 et 4565 ; CE 22 déc. 1982, Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne, n° 34252 ; CE, Ass., 6 déc. 1996, Société Lambda, n°167502 ; Avis d'Assemblée générale du Conseil d'Etat du 17 sept. 1998, n°362610 ; pour la même définition, cf. HAURIOU Maurice, *L'institution et le droit statutaire*, Rec. De Législation, 1906, pp. 134-182, cité par Michel DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGGJ, bibl droit privé 1957, n° 893.

6- Arrêt 267/2019 du 28 novembre 2019/ Société des Grands Hôtels du Congo c/ Me Grégoire BAKANDEJA Wa MPUNGU.

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 désignés « les Etats parties ») **est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme** ». La Cour achève son argumentaire en déclarant que « **cet Acte uniforme ne réglementant pas les "entreprises publiques" mais des entités privées, le fait qu'un Etat-partie soit associé d'une société créée conformément à ses dispositions ne confère pas à celle-ci le statut de personne morale de droit public ni celui d'entreprise publique** ». Commentant d'ailleurs un arrêt de la CCJA sur l'immunité d'exécution, le Professeur Filiga SAWADOGO a soutenu que les rédacteurs de l'article 30 avaient commis une confusion manifeste entre « entreprises publiques » et « établissements publics »<sup>7</sup>.

**Il conviendrait alors, nous semble-t-il, de parler plutôt désormais et seulement, dans des cas où les personnes publiques participent à la constitution du capital social d'une société commerciale, soit actionnaire majoritaire ou unique, d'« entreprises à participation publique », ces entités étant nécessairement des personnes privées.**

## **2- Quelques contradictions avec des dispositions de l'AUDSC-GIE**

Nous l'avons indiqué, le législateur béninois a clairement précisé dans la loi objet de la présente réflexion en son **article 10**, que les sociétés à participation publique sont régies par l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique - AUDSC-GIE-, « *notamment en ce qui concerne les règles relatives à leur constitution, leur fonctionnement, l'élaboration et le contrôle de leurs états financiers annuels de synthèse* ». Il s'agit en réalité d'un simple rappel en ce que l'Acte Uniforme visé qui est une loi supranationale l'a déjà clairement affirmée en son **article 1<sup>er</sup>** ainsi que l'avons rappelé ci-devant.

Cependant, l'**article 29** de la même loi apporte une spécification qui porte l'apparence d'une disposition contraire au régime précédemment rappelé. Ce texte édicte en effet, que « **les sociétés d'état et les établissements publics sont soumis au droit administratif dans leurs rapports avec l'administration publique, notamment en ce qui concerne leur création, la modification de leur statut, leur fonctionnement et leur dissolution** ». Dans la

---

<sup>7</sup>- "La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA" (à propos de l'arrêt de la CCJA du 7 juillet 2007, Affaire Aziablévi YOVO contre Société Togo Telecom), <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-07-16.html>, p. 25. ; cité par Jérémie WAMBO, Notes de jurisprudence, article précité, p. 178.

même veine, l'**article 33** de la même loi énonce qu' « **à l'exception du fait que les biens du domaine public de l'Etat demeurent inaliénables et imprescriptibles, les sociétés d'Etat et les sociétés à participation publique majoritaire administrent leur patrimoine en toute autonomie et en disposent dans les mêmes conditions que les sociétés de droit privé.** Elles sont soumises aux règles du droit privé, notamment aux dispositions des actes uniformes de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires ».

Cette disposition semble d'abord mettre à la même échelle de la hiérarchie des normes le Droit OHADA des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique et le Droit administratif interne béninois. Aussi, l'article 33 semble-t-il, d'une part, ériger en principe général, l'application aux « sociétés d'Etat » et aux « sociétés à participation publique », de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique ; et d'autre part, poser les règles issues du droit administratif interne béninois notamment celles relatives au régime des biens du domaine public, comme exception à ce principe.

Une telle démarche ne nous semble pas conforme au principe général de la supranationalité des règles communautaires. En effet, dès lors qu'un bien est affecté à l'activité commerciale d'une société à participation publique totale ou majoritaire, il relève du patrimoine privé et personnel de ladite société et peut faire par exemple l'objet d'une saisie par les créanciers de celle-ci, sans que cette dernière puisse d'ailleurs efficacement invoquer l'immunité d'exécution ou l'inaliénabilité des biens publics.

**Les articles 29 et 33 tels que rédigés sont donc contraires au Droit communautaire OHADA.**

Le législateur béninois aurait pu affirmer clairement dès les premiers articles de la Loi 2020-20 du 02 septembre 2020 que, s'agissant des sociétés commerciales à participation publique totale ou majoritaire, les dispositions de cette loi ne s'appliquent que pour autant qu'elles ne soient pas contraires à l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique. Ce qui aurait servi de boussole à la formulation ou la rédaction de tout le reste du texte, dans le respect des dispositions impératives et supplétives dudit Acte Uniforme.