

Approche réglementaire

LA RÉGLEMENTATION, UN LEVIER DE FINANCEMENT DU DÉVELOPPEMENT EN AFRIQUE

Des faiblesses de nature réglementaire peuvent expliquer le développement insuffisant du financement des infrastructures en Afrique. Certains instruments juridiques pourraient être créés, tandis que d'autres seraient réformés pour faciliter l'essor et la diversification des modes de financement.

« L'Afrique est tout simplement fatiguée d'être dans l'obscurité. Il est temps de prendre des mesures décisives et écrire une nouvelle page : électrifier l'Afrique - et d'accélérer le rythme de la transformation économique, libérer le potentiel des entreprises, et de conduire l'industrialisation bien nécessaire pour créer des emplois¹. »

Si l'électrification de son territoire est un défi majeur que l'Afrique doit relever, ce constat du Président Adesina vaut, d'une façon générale, pour l'équipement en infrastructures du continent tout entier quel que soit le domaine économique ou social : énergie, transports et logistique (réseaux routier et ferré, ports et aéroports), santé, éducation, mais aussi infrastructures nécessaires à la création et au bon fonctionnement des marchés de capitaux et au secteur bancaire, lesquels sont si nécessaires au financement du développement.

Dire que les besoins de l'Afrique en infrastructures sont considérables est une lapalissade : la Banque africaine de développement (BAD) en évalue le montant entre 130 et 170 milliards de

dollars par an, dont 68 à 108 milliards ne peuvent actuellement être couverts malgré l'importance du financement sur fonds publics².

Le constat du Président Adesina invite aussi à soulever une question trop souvent ignorée : l'Afrique est-elle uniforme au point que la problématique de son équipement en infrastructure puisse être posée d'un seul bloc, du point de vue du continent ? Cette question se pose aussi sur le plan de la réglementation : est-il pertinent de situer le débat sur un plan continental et de s'interroger sur les éventuels obstacles réglementaires limitant, entravant ou même empêchant le développement des infrastructures non pas au sein de chaque pays africain, en particulier, mais en Afrique, en général ? Car qu'y a-t-il de commun entre, d'une part, Maurice, le Rwanda et le Maroc, respectivement classés aux trois premières places en Afrique et aux 13^e, 38^e et 53^e rangs dans le monde, selon le *Doing Business 2020* publié par la Banque Mondiale et, d'autre part, la Somalie, l'Érythrée et la Libye³ ?

Comme pour atténuer cette appréhension globale des problèmes sur un plan continental, il est courant que commentateurs et opérateurs, parmi lesquels les banques commerciales et les banques de développement, distinguent l'Afrique du Nord, à laquelle ils associent fréquemment le Moyen-Orient, d'une part, de l'Afrique subsaharienne, d'autre part, ou encore l'Afrique francophone, d'un côté, de l'Afrique anglophone, de l'autre, distinctions qui, parfois, peuvent avoir du sens, mais qui, souvent, désorientent : quoi de commun entre l'Algérie et le Maroc sur les plans politique, économique et social qui autorise une comparaison sensée ?

Ceci étant, il est possible, si l'on en croit les Nations Unies et la BAD, de dégager quelques caractéristiques communes à la passation des marchés dans la plupart des pays d'Afrique, lesquelles pourraient expliquer en partie le sous-développement infrastructurel du continent :

- les critères de prise de décision des gouvernements ne sont pas toujours appropriés à la sélection des projets ;
- le continent manque de formulaires contractuels communs à tous les pays ;
- l'application des « normes de transparence » est laborieuse et les règles de passation des marchés pèchent par absence de clarté ;
- les délais de transaction sont souvent trop longs ;



ALAIN GAUVIN
Avocat & Associé
Asafo & Co



KAWTAR RAJI-BRIAND
Avocat & Associé
Asafo & Co

1. Dr. Akinwumi Adesina, président d'Africa50 et de la Banque africaine de développement : www.africa50.com/fr/secteurs-et-projets/.

2. www.africa50.com/fr/a-propos/objectifs.

3. Voir tableau de classement en annexe. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf?sequence=24&isAllowed=y>; www.atlas-mag.net/article/doing-business-2019-classement-des-pays-de-l-afrique-et-du-moyen-orient.

Classement des pays africains Doing Business 2020

Pays	Rang régional	Rang mondial
Maurice	1	13
Rwanda	2	38
Maroc	3	53
Kenya	4	56
Tunisie	5	78
Afrique du Sud	6	84
Zambie	7	85
Botswana	8	87
Togo	9	97
Seychelles	10	100
Namibie	11	104
Malawi	12	109
Côte d'Ivoire	13	110
Djibouti	14	112
Égypte	15	114
Ouganda	16	116
Ghana	17	118
Eswatini (ex-Swaziland)	18	121
Lesotho	19	122
Sénégal	20	123
Nigeria	21	131
Niger	22	132
Cap-vert	23	137
Mozambique	24	138
Zimbabwe	25	140
Tanzanie	26	141
Mali	27	148
Bénin	28	149
Burkina faso	29	151
Mauritanie	30	152
Gambie	31	155
Guinée	32	156
Algérie	33	157
Éthiopie	34	159
Comores	35	160
Madagascar	36	161
Sierra Leone	37	163
Burundi	38	166
Cameroun	39	167
Gabon	40	169
Sao-Tome-et-principe	41	170
Soudan	42	171
Guinée Bissau	43	174
Liberia	44	175
Angola	45	177
Guinée équatoriale	46	178
Congo	47	180
Tchad	48	182
Rép. dém. Congo	49	183
Centre Afrique	50	184
Soudan du Sud	51	185
Libye	52	186
Érythrie	53	189
Somalie	54	190

Source : World Bank Group, « Doing Business 2020 – Comparing Business Regulation in 190 Economies », 24 octobre 2019.

– les processus d'appel d'offres sont inefficaces⁴.

On le voit, certaines de ces faiblesses sont de nature réglementaire. Mais nous verrons que si l'Afrique doit progresser sur ce plan, certains de ses partenaires présentent aussi des anomalies, dont la correction pourrait être un facteur non négligeable d'optimisation du financement en faveur du développement. Nous ne procéderons pas à un inventaire exhaustif des améliorations réglementaires que l'Afrique devrait accomplir, et n'évoquerons que certains des instruments juridiques qui pourraient être révisés, réformés ou instaurés.

La laborieuse application de la loi sur les partenariats publics-privés (PPP)

Certains pays ont déjà adopté une loi instituant les PPP. Tel est le cas de la Côte d'Ivoire⁵, du Nigéria⁶, de la Gambie⁷ et du Ghana⁸. Mais son application, en pratique, est limitée pour bien des raisons :

– même lorsque la loi prévoit des dispositions claires en matière de transparence des appels d'offres et de résolution des litiges, ce qui est le cas du Nigéria, et des règles strictes pour la préparation des projets, ce qui est le cas du Ghana, les compétences manquent pour assurer la bonne gestion de processus souvent complexes ;

– dans de nombreux pays ouest-africains, le cadre juridique est imprécis : ainsi, les opérateurs s'interrogent-ils sur l'existence de garanties de nature à offrir aux prêteurs une protection suffisante, sur l'acquisition des biens fonciers, sur le régime fiscal de l'opération (prix de transfert, amortissements, récupération de la TVA), sur

l'exécution des jugements et les sentences arbitrales rendus à l'encontre de l'État ; et c'est parfois l'habilitation même du concédant à entreprendre le projet qui est mise en question ;

– l'application articulée de la loi sur les PPP avec le code des marchés publics et la loi sur les délégations de service public est malaisée et souvent source de confusion⁹.

Bien sûr, il est possible d'atténuer certains de ces risques, notamment en prenant en compte les intérêts du gouvernement et des acteurs politiques locaux dans le cadre des projets, en impliquant des actionnaires et des sous-traitants locaux, mais aussi des banques. L'Afrique compte désormais des groupes bancaires panafricains dont l'ambition n'est plus seulement nationale, ni même régionale, mais qui conquièrent les marchés au-delà de l'Afrique : Attijariwafa Bank¹⁰, Eco-bank¹¹ ou encore BGFIBank¹² en sont la remarquable illustration.

Ces risques peuvent aussi être atténués en souscrivant une assurance contre le risque politique, ou en recourant à des instruments spéciaux d'atténuation du risque. Mais aucune de ces précautions ne vaut la confiance qu'un État doit susciter dans ses institutions.

Faire des opérateurs au passif de long terme des financeurs du développement

Certains opérateurs économiques présentent des passifs de long terme, en particulier, ceux en charge du financement des retraites : fonds de pension, caisses de retraites, compagnies d'assurances. Aujourd'hui, seuls l'Afrique du Sud, le Kenya, la Namibie, le Nigeria et la Zambie semblent avoir adopté des politiques réglementaires propres à orienter cette catégorie d'investisseurs vers ce que l'on appelle trivialement les « investissements d'impact » qui ne sont rien d'autre que le financement du développement.

4. AFDB, « Financement de l'infrastructure en Afrique : nouvelles stratégies, nouveaux mécanismes et instruments », in *Perspectives économiques 2018* : www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Publications/2018AEO.

5. Décret n° 2018-358 du 29 mars 2018 déterminant les règles relatives aux contrats de partenariats public-privé.

6. *The Infrastructure Concession Regulatory Commission Act, 2005*; *The National Policy on PPP, the Infrastructure Concession Regulatory Commission (public private partnership) Regulations, 2017*.

7. *The National Public Private Partnership Policy*; *The Gambia Public Procurement Act, 2001*; *The Gambia Public Procurement Regulations, 2003*.

8. Le « Ghana PPP programme », 2011. Un projet de loi spécifique aux PPP (*PPP bill draft*) est en cours d'adoption au Ghana.

9. NU, « Commission Economique pour l'Afrique - Financements innovants pour la transformation structurelle des économies ouest-africaines », février 2016 : <https://www.uneca.org/fr/publications/financements-innovants-pour-la-transformation-structurelle-des-%C3%Agconomies-ouest>.

10. www.attijariwafabank.com/fr.

11. <https://ecobank.com>.

12. <https://groupebgfibank.com>.

Dans la plupart des autres pays, les obligations auxquelles sont tenus ces investisseurs (ex. les assureurs) de long terme à l'endroit de leurs créanciers (ex. les assurés) s'accommodent mal de la transparence relative et de la gouvernance parfois discutable des projets d'infrastructures. En outre, l'absence de savoir-faire de ces investisseurs en matière de structuration de véhicules et d'instruments de placement ne contribue pas à leur mobilisation.

Pour faciliter l'allocation de ressources de long terme et, ainsi, accroître l'appétence de ces opérateurs pour le financement de projets d'infrastructures en Afrique, de nombreuses problématiques doivent être traitées, parmi lesquelles¹³ :

– la nécessité de réformer les cadres réglementaires nationaux et régionaux qui encadrent l'investissement institutionnel en Afrique ;

– adapter la réglementation pour accueillir une offre de nouveaux produits sur le marché des capitaux susceptible de réduire le risque de crédit et, ainsi, permettre aux investisseurs « détenteurs d'actifs africains d'allouer des financements aux infrastructures africaines sous la forme d'actifs de leur portefeuille¹⁴ ». Par exemple, il pourrait être envisagé de titriser les transferts d'argent (remitances), ce qui permettrait aux banques africaines collectrices de se financer à moindre coût et aux investisseurs de placer une partie de leur passif de long terme dans ce qui est désormais considéré comme une classe d'actifs stable et pérenne¹⁵. Selon la Commission économique pour l'Afrique des Nations Unies, l'Afrique aurait la possibilité de lever entre 5 et 10 milliards de dollars par an sur le marché international des capitaux grâce à la titrisation des transferts de fonds de la diaspora¹⁶.

Mais à cette fin, il conviendrait de régionaliser les marchés financiers et d'en accroître la profondeur.

Sur un plan moins juridique, la création de « plateformes » d'investissement et de financement mariant investisseurs publics et privés est une solution pour apporter aux fonds de pensions, caisses de retraite et compagnies d'assurance l'expertise dont ils ont besoin. À cet égard, la création du fonds panafricain Africa50 est une remarquable initiative¹⁷. L'expérience montre que les investisseurs privés sont réticents à souscrire au capital de fonds détenus par des opérateurs publics (États, banques centrales) en raison de la souveraineté de ces derniers qui leur confèrent des privilèges exorbitants du droit commun au détriment des premiers ; c'est pourquoi se développe le co-investissement mis en œuvre par la conclusion de partenariats entre fonds publics et fonds privés.

Le climat des affaires : un serpent de mer ?

On sait, depuis toujours, que le climat des affaires, plus ou moins bien entretenu par les États, est un élément clef de leur compétitivité pour séduire les investisseurs. Et, contrairement à ce que l'on peut penser, la compétitivité d'un État ne se mesure pas à l'aune de la souplesse ou du caractère plus ou moins libéral de sa loi. Certes, un investisseur préférera investir dans un pays où la loi est accommodante. Mais ce n'est pas le seul, et peut-être d'ailleurs plus le premier critère : mieux vaut un régime juridique et fiscal sévère, mais stable, lisible et dont l'application par l'administration et le juge est raisonnablement prévisible¹⁸.

Dans certains pays, on ne compte pas les décisions de justice totalement « abracadabrantesques » et les contrats « qui font pschitt » par non-respect de la parole donnée. Par exemple, depuis quelques années, on a pu observer, dans un pays, une vague d'inexécution par certaines banques publiques de leurs obligations au titre de cré-

ditions documentaires et des décisions du juge local bricolant un fondement à de telles violations.

Ceci étant, la Banque Mondiale relève, en Afrique subsaharienne, un record de réformes – notamment des procédures administratives, en faveur de la création de PME – pour la troisième année consécutive et y voit la volonté des pays concernés d'améliorer leur régime juridique et le cadre qu'ils offrent aux investissements

“ Il pourrait être envisagé de titriser les transferts d'argent (remitances), ce qui permettrait aux banques africaines collectrices de se financer à moindre coût et aux investisseurs de placer une partie de leur passif de long terme. ”

étrangers. Au demeurant, les chefs d'État africains, en association avec la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique et l'agence du Nouveau Partenariat pour le Développement de l'Afrique (NEPAD) travaillent à l'harmonisation des politiques et des législations nationales pour créer un cadre juridique propre à favoriser le financement des infrastructures transfrontalières.

Un investisseur qui mérite attention : la diaspora africaine

Le rôle de la diaspora dans le financement du développement en Afrique est sous-estimé. Certes, il lui est traditionnellement reconnu de subvenir aux besoins élémentaires des familles restées au pays : se nourrir, se soigner, se scolariser¹⁹. Mais, depuis quelques années, la volonté de la diaspora d'investir dans la création d'entreprises et l'équipement infrastructurel en Afrique se confirme²⁰, à telle enseigne, d'ailleurs, qu'elle pourrait bien devenir un acteur majeur du partenariat renouvelé entre la France (et l'Europe) et l'Afrique.

13. PNUD, « Investissement d'impact en Afrique : tendances, contraintes et opportunités », 27 nov. 2015 ; <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/Partnerships/Private%20Sector/Impact%20Investment%20in%20Africa/FRENCH%20REPORT%20-%20%20SCREEN%20QUALITY.pdf>.

14. Financial Afrique, « Le NEPAD lance son "Agenda 5 %" pour le financement des infrastructures en Afrique », 19 sept. 2017.

15. A. Gauvin, « Transferts d'argent, bi-bancarisation et titrisation : le mariage de la banque de détail et des marchés de capitaux pour financer l'Afrique », *L'Économiste*, 27 août 2020, p. 18.

16. www.uneca.org/fr/publications/16-projets-

[d%E2%80%99infrastructures-pour-l%E2%80%99Aggration-africaine.](http://www.uneca.org/fr/publications/16-projets-)

17. www.africa50.com/fr/accueil/.

18. PNUD, « Investissement d'impact... », *op. cit.*

19. www.youtube.com/watch?v=4DcFlrW-olo.

20. www.lepoint.fr/afrique/pourquoi-la-bi-bancarisation-peut-renouveler-la-relation-entre-l-afrique-et-la-france-13-08-2020-2387697_3826.php.

Or quelle que soit la rive de la Méditerranée où l'on se situe, le traitement réservé aux diasporas est pour le moins inégal.

En Afrique, certains États ont bien compris l'avantage qu'ils pouvaient tirer de leurs ressortissants résidant à l'étranger : par exemple, le Maroc, la Tunisie, le Mali, le Sénégal, l'Égypte ou encore le Nigéria font de leur diaspora un pilier de leur politique de développement, notamment, en leur appliquant un régime des changes dérogatoire ou encore en sollicitant de leurs banques la mise en œuvre d'actions commerciales sur le terrain et d'une offre de services bancaires et financiers adaptée. Et ces politiques nationales produisent de remarquables résultats : le montant des transferts d'argent opérés par les diasporas « soignées » par leur pays d'origine est considérable et se chiffre en milliards d'euros, au point de constituer une impressionnante part du PIB et une source majeure, parfois la première, d'entrée de devises²¹, même si la Banque Mondiale anticipe une chute d'environ 20 % des transferts en 2020, en raison de la crise sanitaire²².

D'autres États africains, en revanche, font preuve d'une inertie déconcertante, en dépit de ministère ou secrétariat d'État que certains d'entre eux créent et dédient à leur communauté à l'étranger : aucune politique mise en œuvre, des études financées sur l'aide publique au développement finissant aux oubliettes aussi rapidement qu'elles sont lancées, des banques locales qui se disent intéressées par ce gisement de clients, mais qui se révèlent impuissantes à concevoir une offre de service pertinente.

En Europe, on n'a toujours pas compris qu'il était de l'intérêt des États Membres que de favoriser les transferts d'argent pour financer le développement africain en en réduisant

le coût et en organisant la bi-bancarisation des diasporas. Pourtant, dès 2008, puis en 2011, sous l'impulsion du directeur général du FMI, Dominique Strauss-Kahn, la communauté internationale, le G8 et le G20, appela les États à adopter des mesures en ce sens²³, ce que fit la France par une loi du 7 juillet 2014²⁴. Cette loi ne s'étant pas révélée fructueuse, puisque, après 6 années d'application, seules deux banques étrangères sont autorisées en France, elle fait l'objet d'une proposition de loi déposée le 28 juillet 2020 pour, notamment, permettre la commercialisation auprès de la diaspora africaine d'instruments de placement collectif dédiés à la collecte de l'épargne afin de l'orienter vers des secteurs de l'économie africaine prioritaires : financement des PME, des entreprises créées par les femmes, etc²⁵.

D'autres États, l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne, semblent également avoir mis en œuvre des dispositifs favorisant la bi-bancarisation des populations immigrées sur leur sol. Mais l'Europe n'a encore pris aucun texte qui pourrait être transposé dans le droit national de chaque État membre et qui, ainsi, contribuerait à la construction du partenariat entre l'Europe et l'Afrique²⁶.

Aujourd'hui, certaines banques étrangères renoncent à accompagner, sur le terrain, en Europe, les ressortissants de leur pays, tandis que d'autres banques opèrent en violation de nombreuses lois pénalement sanctionnées, principalement celles relatives au monopole et au démarchage bancaires. Ces dernières poursuivent un objectif tout à fait louable : bancariser les diasporas dans leur pays d'origine en ayant recours à des moyens à la licéité plus que discutable, mais sans pour autant avoir

toujours conscience d'enfreindre la loi française. Par exemple, l'un des instruments les plus utilisés est le bureau de représentation qui, créé dans le pays d'accueil, et loin de se limiter à l'exercice d'une activité de représentation, se livre à des actes de démarchage et d'intermédiation bancaire, quand il ne réalise pas tout simplement des opérations de banque. D'autres banques étrangères lancent des road-shows dans les pays d'accueil au cours desquels elles approchent les diasporas en organisant des événements et salons, en visitant des associations sportives, culturelles, culturelles ou de quartiers, en tenant des stands dans des salons touristiques ou immobiliers.

D'autres, enfin, imaginent, avec le soutien de banques agréées dans les pays d'accueil, un schéma plus élaboré et qui pourrait être considéré, s'il était mis en œuvre en France, comme frauduleux en ce qu'il caractérise l'intention d'échapper à l'obligation d'obtenir l'autorisation de l'article L. 318-1 du code monétaire et financier. Ce schéma, qui mérite que l'on s'y intéresse, peut être ainsi décrit :

- une banque étrangère conclurait un partenariat avec une banque autorisée en France, en vertu duquel cette dernière faciliterait le transfert d'argent depuis la France et la commercialisation de leurs services auprès des diasporas concernées ;

- à cette fin, la banque française créerait des agents de paiement, qu'elle mandaterait, situés dans des quartiers ou villes à fortes communautés étrangères pour permettre à ces dernières de facilement accéder aux services de leur banque étrangère ;

- ces agents de paiement, dont l'activité est pourtant strictement limitée par la loi à l'émission de moyens de paiement, permettraient à ces communautés, non seulement de transférer des fonds, ce qui n'est pas critiquable, mais aussi de souscrire des services bancaires auprès des banques étrangères non autorisées, ce qui est illicite.

En définitive, cette pratique enseigne que si l'Afrique doit se réformer, l'Europe le doit tout autant car elle ne peut, dans son intérêt, ignorer la présence sur son sol d'une population africaine qui ne demande qu'à s'impliquer dans le développement de son continent d'origine. ■

21. Selon le classement de la Banque Mondiale pour 2019, l'Égypte est le premier récepteur de transferts de fonds, avec environ 26,8 milliards de dollars (soit 8,9 % de son PIB), suivi du Nigéria avec 23,8 milliards (soit 5,3 % de son PIB). En 3^e place figure le Maroc, avec environ 6,7 milliards (soit 5,6% de son PIB) : www.worldbank.org/en/topic/migrationremittancesdiasporaisues/brief/migration-remittances-data.

22. www.banquemoniale.org/fr/news/press-release/2020/04/22/world-bank-predicts-sharpest-decline-of-remittances-in-recent-history.

23. A. Gauvin et K. Raji, « L'ouverture des frontières aux services bancaires étrangers », *Option Finance* n° 1309, 16 mars 2015, p. 28.

24. A. Gauvin et K. Raji, « Une ouverture des frontières aux services bancaires étrangers sous contrôle », *Le Monde*, 24 février 2015.

25. Proposition de loi n° 3259, « Bi-bancarisation : assouplissement des modalités de commercialisation des services bancaires étrangers et l'élargissement de la gamme des services commercialisables », enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 juillet 2020.

26. A. Gauvin, K. Raji et E. Tchouata, « L'accord de libre-échange africain : prélude à une Eurafrique bancaire ? », *Revue Banque* n° 836, octobre 2019, p. 61.