

Globethics Repository

The logo for Globethics, featuring the word "Globethics" in white sans-serif font on a blue rectangular background.

Contrats de partenariat public privé : options innovantes de financement des infrastructures publiques en Afrique subsaharienne

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see <https://www.globethics.net>. Data and content policy of Globethics Repository see <https://repository.globethics.net/pages/policy>.

Item Type	Book
Authors	Mukonde, Pascal Musulay
DOI	10.58863/20.500.12424/167820
Publisher	Globethics.net
Rights	Attribution-Utilisation non commerciale-Pas d' Œuvre dérivée 4.0 International
Download date	2026-09-17 23:46:43
Item License	https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.fr
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/167820

Pascal Mukonde Musulay

Contrats de partenariat public privé

Options innovantes de financement
des infrastructures publiques en Afrique subsaharienne



Contrats de partenariat public privé :

*Options innovantes de financement
des infrastructures publiques
en Afrique subsaharienne*

Contrats de partenariat public privé :

*Options innovantes de financement
des infrastructures publiques
en Afrique subsaharienne*

Pascal Mukonde Musulay

Globethics.net African Law

Éditeur de la série : Obiora Francis Ike, Directeur de Globethics.net et Professeur d'Éthique (Université Godfrey Okoye Enugu/Nigéria).

Ignace Haaz, Éditeur Éditions Globethics, Docteur ès lettres, philosophie.

Globethics.net African Law 5

Pascal Mukonde Musulay, *Contrats de partenariat public privé :*

Options innovantes de financement des infrastructures publiques en Afrique subsaharienne

Genève: Globethics.net, 2018

DOI: 10.58863/20.500.12424/167820

ISBN 978-2-88931-244-3 (version électronique)

ISBN 978-2-88931-245-0 (version imprimée)

© 2018 Globethics.net

Éditeur assistant : Samuel Davies

Globethics.net Secrétariat International

150 Route de Ferney

1211 Genève 2, Suisse

Site internet : www.globethics.net/publications

Email : publications@globethics.net

Tous les liens de ce texte vers des sites web ont été vérifiés en juin 2018.

La version numérique de ce livre peut être téléchargée gratuitement du site internet de Globethics.net : www.globethics.net.

La version numérique de cet ouvrage est publiée sous d licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0). Voir : <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.fr>. Globethics.net donne le droit de télécharger et d'imprimer la version électronique de cet ouvrage, de distribuer et de partager l'œuvre gratuitement, cela sous trois conditions: 1. Attribution: l'utilisateur doit toujours clairement attribuer l'ouvrage à son auteur et à son éditeur (selon les données bibliographiques mentionnées) et doit mentionner de façon claire et explicite les termes de cette licence; 2. Usage non commercial: l'utilisateur n'a pas le droit d'utiliser cet ouvrage à des fins commerciales, ni n'a le droit de le vendre; 3. Aucun changement dans le texte: l'utilisateur ne peut pas altérer, transformer ou réutiliser le contenu dans un autre contexte. Cette licence libre ne restreint en effet en aucune manière les droits moraux de l'auteur sur son œuvre. 

L'utilisateur peut demander à Globethics.net de lever ces restrictions, notamment pour la traduction, la réimpression et la vente de cet ouvrage dans d'autres continents.

TABLE DES MATIÈRES

Dédicace.....	9
Préface	11
Avant-propos.....	13
Table des abréviations et des sigles	19
Tableau des figures.....	21
1 Introduction	23
1.1 Défis à relever en Afrique subsaharienne.....	24
1.2 Contrat administratif.....	28
1.3 Marchés publics et les partenariats publics privés.....	30
1.4 Plan sommaire du contenu de l'ouvrage	33
2 Définition des notions de base	35
2.1. Marchés par appel d'offres	35
2.2 Marchés de gré à gré.....	37
2.3 Marchés spéciaux.....	38
2.4 Marchés de la délégation de service public.....	38
2.5 Exécution des marchés publics.....	39
2.6 Contrôle de l'exécution et règlement des marchés publics.....	39
2.7 Contentieux des marchés publics.....	41
2.8 Sanctions des marchés publics	43
2.9 Convention de collaboration	46
2.10 Projet de coopération	46
2.11 Projet d'infrastructures	47
2.12 Projet minier.....	47
2.13 Société commune	48

2.14 Titre d'exploitation.....	48
3 Description de l'organisation et règlement du secteur public.....	51
3.1 Essence du contrat administratif.....	51
3.2 Identification du contrat administratif	53
3.3 Nature administrative des contrats administratifs	59
3.4 Distinction des principaux contrats administratifs.....	67
4 Explication de l'enjeu des contrats de partenariat public privé.....	75
4.1 Objet des contrats de partenariat public privé.....	76
4.2 Conditions de recours aux contrats de partenariat public privé.	83
5 Examen des types de contrat de partenariat public privé.....	91
5.1 Intégration du Cycle de vie d'un projet dans les contrats de partenariat public privé.....	91
5.2 Modes de prise en charge des projets d'infrastructures publiques et de délivrance de service public	99
5.3 Formes des contrats de partenariat public privé	106
6 Enonciation des principales contraintes liées aux contrats de partenariat public privé	115
6.1 Procédure applicable en matière des contrats de partenariat public privé.....	115
6.2 Clauses obligatoires dans tout contrat de partenariat public privé.....	118

7 Formulation des techniques de négociation des contrats de partenariat public privé en République Démocratique du Congo.....	125
7.1. <i>Modalités de conclusion des contrats de partenariat public privé.....</i>	<i>125</i>
7.2. <i>Modalités de financement et de remboursement des financements des contrats de partenariat public privé.....</i>	<i>129</i>
8 Analyse des risques des contrats de partenariat public privé.....	133
8.1. <i>Risques politiques, légaux et sociaux</i>	<i>134</i>
8.2. <i>Risques financiers et économiques</i>	<i>135</i>
8.3. <i>Risques environnementaux</i>	<i>136</i>
9 Enjeux des contrats de partenariat public privé en Afrique subsaharienne	139
9.1. <i>Déficit d'infrastructures en Afrique subsaharienne</i>	<i>139</i>
9.2. <i>Contrats de partenariat public privé, options innovantes de financement d'infrastructures publiques</i>	<i>142</i>
10 Conclusion	145
11 Bibliographie.....	149
<i>Instruments juridiques</i>	<i>149</i>
<i>Ouvrages et articles.....</i>	<i>150</i>
<i>Sites internet.....</i>	<i>163</i>
<i>Résumé de l'ouvrage :</i>	<i>165</i>
<i>Présentation de l'auteur :.....</i>	<i>165</i>

DEDICACE

À ma mère Marie-Rose Sekera Banda Mukonde.

PRÉFACE

Le livre de Pascal Mukonde part d'un constat : les besoins en infrastructures de l'Afrique subsaharienne sont considérables, un retard lourdement pénalisant en des domaines aussi vitaux que sont, par exemple, l'eau, la santé et l'assainissement, l'éducation, l'électricité, la mobilité, les télécommunications. Et pourtant les ressources naturelles et autres potentialités sont bien là, mais sous-exploitées, ou mal exploitées par manque de moyens financiers. Ce constat amène l'auteur à proposer le recours à des stratégies innovantes et plus particulièrement au partenariat public privé.

En maître et en praticien avisé du droit public économique, du droit international public et du droit des affaires, le professeur Mukonde nous rappelle opportunément, dans la première partie de son ouvrage, les principes qui caractérisent l'administration publique par voie contractuelle. Au bénéfice de cette présentation classique du contrat de droit administratif, des contrats de marchés publics, des délégations de service public et autres formes de collaboration étatique, l'auteur nous fait entrer dans le régime juridique, à la fois connu et méconnu, du partenariat public privé. Son étude repose sur la doctrine et les expériences accumulées en la matière, sur l'action des organisations internationales de développement et bien évidemment sur les législations déjà adoptées en plusieurs Etats, dont la République Démocratique du Congo. Cette analyse succincte et précise suffit à mettre en exergue les éléments constitutifs et la spécificité du contrat de partenariat public privé et à nous convaincre qu'il peut être, s'agissant des grands projets d'infrastructure, l'instrument garant d'une réalisation bien maîtrisée.

12 Contrats de partenariat public privé

Contrat global, ce partenariat s'inscrit en effet dans la durée et intègre par exemple la notion de « cycle de vie des infrastructures ». Inséparable de la préoccupation environnementale, il postule des modes de production et de consommation qui soient durables. Il met l'expertise privée au service des collectivités et permet un partage judicieux des financements, des risques et des responsabilités. Pour atteindre ses objectifs à moyen et à long terme, il bénéficiera d'un encadrement juridique exigeant. On le voit, ce type de contrat peut être une réponse adéquate aux défis à relever dans les pays émergents. Plus appropriée en tous cas que ne le seraient nationalisations ou privatisations.

On notera sans déplaisir que plusieurs des éléments qui participent à la définition même du partenariat public privé, prennent exactement le contrepied de certaines dérives contemporaines : dictature de la pensée et du calcul à court-terme liée elle-même à la financiarisation malsaine de l'économie, insouciance environnementale, gestion irréfléchie des ressources naturelles, dogmes de la dérégulation et de la croissance à tout prix. Dans ce sens, l'ouvrage du professeur Mukonde délivre message de raison et de sagesse. Au demeurant, l'auteur n'ignore pas que le partenariat proposé puisse comporter nombre de risques politiques, économiques, financiers, technologiques ou sociaux. Celui de mainmise sur le service public et ses agents et tous les dérèglements qui s'ensuivent, ne sont certes pas théoriques.

Richement documenté, le livre du Professeur Mukonde a le double mérite d'être engagé et en prise constante avec les réalités. Nul doute qu'il puisse être utile non seulement aux pays émergents d'Afrique, mais aussi à bien d'autres régions du monde.

Professeur Augustin Macheret

Recteur de l'Université de Fribourg (Suisse) et Conseiller d'Etat

AVANT-PROPOS

Le présent ouvrage fait suite aux deux précédents volumes de l'auteur : (2015) *Droit des affaires en Afrique subsaharienne et économie planétaire*, et (2016) : *Démocratie électorale en Afrique subsaharienne Entre droit, pouvoir et argent*, publiés par Globethics.net¹. Bien que Pascal Mukonde convoque le thème du contrat du point de vue strictement juridique et dans le contexte du droit africain en RD. Congo, sur une ligne de recherche systématique (p.75), nous souhaitons mentionner comme préliminaire, la place de l'éthique vis-à-vis des concepts juridiques, dans ce livre centré sur la notion de contrat. Le contrat est en effet un concept central dans l'histoire de la philosophie, partagé entre les normes du droit et un type de collaboration politique. Il est intéressant de comparer la valeur éthique du concept de partenariat, dans l'expression « contrat de partenariat », que nous mettons par hypothèse en rapport avec une finalité de développement, car parmi les risques d'un contrat de partenariat, en particulier entre le public et le privé, il n'est pas seulement question de risques économiques : il y a aussi celui éthique de réputation, par exemple lorsqu'il y a corruption des agents (cf. ci-dessous p. 130), c'est-à-dire des obstacles au développement liés au caractère non transparent des pratiques.

L'obligation du contrat diffère de celui qui dérive des devoirs relatifs au code civil, mais non exprimés sous forme contractuelle, en cela que le contrat ne se base pas *prima facie* sur l'idée d'un tort ou d'une négligence, mais il est plutôt directement rapporté à la capacité de

¹ Pour un accès gratuit à l'ensemble de la Série African Law, incluant ces deux ouvrages: www.globethics.net/african-law-series

promettre et de responsabilité juridique et éthique². En clair, il n'est pas nécessaire d'attendre un risque ou un dommage pour définir sous forme de contrat des responsabilités respectives. Où placer alors la dimension éthique, notamment si le caractère de risque n'est pas toujours manifeste dans l'idée de contrat ? Une perspective est de revisiter le sens du mot contrat comme une promesse.

Si un contrat est décrit comme une promesse qui engage juridiquement, alors pour faire un contrat, il faut au moins faire une promesse et cet engagement devrait simultanément être soumis à deux séries de normes - juridiques et éthico-morales. Comme Pascal Mukonde le montre bien, les normes juridiques régissant ces promesses divergent non seulement dans la modalité des normes juridiques (droit privé, public, droit administratif), mais elles divergent également sous l'espèce des normes éthiques et morales. Variété de normes de droit et variété de normes éthiques soulèvent une série de questions, sur la façon dont la responsabilité éthique et morale parcourt à la fois la sphère juridique et les systèmes de valeurs éthiques morales. Par exemple, comparons les conséquences d'un manquement à une promesse liée à un contrat en comparaison au problème moral posé par manquer à une simple promesse sans cadre juridique, et les conséquences en termes de partage de responsabilité de droits et de risques (p.27).

Le contrat, et à plus forte raison celui « de partenariat public privé », touche des dimensions sociales, économiques et politiques, par conséquent ce contrat est en relation, du point de vue du système axiologique des valeurs spirituelles ou matérielles, avec un ensemble de principes éthiques, eux-mêmes incluant le principe d'éthique rationnelle du droit, mais non limité à ce seul principe rationnel, car il peut exister une obligation morale d'équité, ou une raison rationnelle de baser un

² Markovits, Daniel, Contract's Doctrinal Distinctiveness, Theories of the Common Law of Contracts, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition), E. N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/contracts-theories/>>.

choix moral ou de justice, indépendantes de la forme de la promesse et du contrat³. Le principe d'éthique politique d'égle considération et respect des droits humains, par exemple, permet de répondre au doute qu'il existe « un contrat originaire » entre tous les citoyens, qui fonde un système de coopération (avec David Hume, 1748), car nous ne voulons pas remettre en question l'importance de l'éthique, pour constituer la condition de possibilité des droits politiques, juridiques, économiques, religieux, culturels, etc.⁴

Une promesse contrairement à une prière implique deux personnes humaines (et non pas seulement une personne humaine et une personne divine), mais elle peut rester unilatérale à ce point, bien qu'on ne puisse la former seulement dans le secret de son cœur, contrairement à un vœux ou à une résolution, un engagement ; une promesse garde une valeur sociale et morale, sans qu'elle nous soit rendue, tandis que du point de vue des normes de droit une promesse est conçue sous le mode de l'échange : non tenue une promesse peut ne pas être sanctionnée, lorsque rien n'a été reçu en échange. La promesse touche le domaine de la justice par un versant sémantique précis, la promesse est affaire de la justice à condition qu'elle s'origine dans une dispute autour d'une propriété⁵. Mais la promesse est aussi liée au jugement moral et à la culpabilité, qui ainsi que nous le montre le roman de Dürrenmatt, peut venir nous hanter de manière redoutable⁶.

³ Shiffrin, Seana Valentine (2007): The Divergence of Contract and Promise, 120 *Harv. L. Rev.* 709, 712.

⁴ Hume, David (1748) : *Essai sur le contrat originel*, Quinze essais politiques, Trad. par P. Folliot, 2008.

⁵ La justice suppose que « je sache que mon intérêt est lié à celui des autres. » Frédéric Brahami, « Hume, contractaliste ? Famille, droit, pouvoir dans la philosophie de Hume », *Philosophique*, 12, 2009, mis en ligne le 01 septembre 2011, consulté le 15 juin 2018. URL : <http://journals.openedition.org/philosophique/146>

⁶ Dürrenmatt, Friedrich (1995): *La promesse* [Das Versprechen], Livre de Poche ; voir aussi le film : *The Pledge*, 2001.

La promesse établit des règles pour former un cadre formel à la confiance qui précède à travers les interactions interpersonnelles, tandis que le contrat ne devrait pas seulement établir des règles qui aident à réaliser un système équilibré de coopérations économiques avantageuses (d'un point de vue utilitariste), mais le contrat devrait aussi inclure un degré de moralisme légal minimal, afin précisément de garantir une dimension des valeurs (une axiologie de principes éthiques interpersonnelles) qui devrait sous-tendre le contrat légal.

La notion de développement de soi est depuis Thomas d'Aquin, Kant, Hume et Hegel au centre de la question : est-ce que nos talents, compétences et nos propriétés matérielles dépendent de l'autonomie du sujet, et de sa capacité de faire des choix judicieux ? Ou s'il existe pas plutôt un plan métaphysique plus large, qui devrait dessiner de manière providentielle, l'espace d'une grâce divine de développement des talents, de gestion des biens matériels, de vision des projets de construction et d'infrastructures, comme impératifs de progresser au lieu de stagner ? Si c'est le cas, le jeu interactif des participants en présence serait analogue à une communauté rassemblée autour d'une notion de bien commun, ou d'histoire du droit naturel et aussi d'une intéressante notion de progrès des formes de droits politiques et juridiques.

La convention de partenariat est distincte de la promesse en ce que, nous suggérons, le partenariat est d'abord un moyen de développement de soi, individuel et collectif, qui pose un cadre à la notion de promesse. À la rigueur, comme l'exemple des rameurs de Hume, on peut concevoir de faire un chemin ensemble, synchroniser nos objectifs, sans forcément faire de promesse ou écrire de contrat explicite – mais même une convention des intérêts de cette sorte serait une coquille vide sans une dimension normative. On voit que quand il s'agit de combiner les notions de développement et de promesse, nos préconceptions du sens du développement, ou notre analyse des conditions sociales, économiques et idéologiques du développement pourraient permettre de

décrire et de pondérer quelles valeurs normatives et éthiques sont indispensables pour quel type de contrat.

Un cadre minimaliste au développement pourrait se limiter à établir un niveau eudémoniste et utilitariste de calcul d'amélioration et de conservation durable du bien-être, par le renforcement de certains droits humains de base, et de normes légales qui les sous-tendent. Cependant l'idée de développement peut aussi prendre racine dans des principes éthiques téléologiques (portant sur une diversité de finalités) à la fois comme forme de solidarité déjà présente à un niveau proto-éthique dans le goût, l'organisation de la famille, le développement de la culture, l'autorité de l'Église ; et de manière importante par des principes d'éthiques subjectifs comme les sentiments moraux, l'art, ou des principes objectifs et rationnels élevés comme celui du droit, dans l'éthique politique et l'éthique métaphysique et interreligieux.

Notre discussion normative précède logiquement le cadre du contrat et du partenariat dans l'interaction de services public et/ou privé dans le contexte africain, car celui-ci est juridique, bâti sur le principe rationnel objectif du droit, ainsi que se propose de le montrer Pascal Mukonde. L'auteur se fixe pour objectif de décrire l'appareil technique juridique particulièrement complexe qui contribue à garantir et à protéger ces valeurs, car les intentions éthique et la complaisance ne suffisent pas (p.55). Son livre devrait encourager à d'avantage d'études, combinant comme lui les défis à relever en Afrique subsaharienne, l'outil précieux du contrat administratif et l'engagement des marchés publics et des partenariats publics privés.

Dr I. Haaz

*Responsable des Éditions Globethics.net,
Bibliothèque numérique d'éthique Globethics.net*

TABLE DES ABREVIATIONS ET DES SIGLES

ACC :	Analyse Cycle de vie
ADEME :	Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie
AFD :	Agence Française de Développement
Art. :	Article
BAD :	Banque Africaine de Développement
BID :	Banque Internationale de Développement
BM :	Banque Mondiale
BOAD :	Banque Ouest Africaine de Développement
CCV :	Coût du Cycle de vie
CIDE :	Consortium Internationale de Développement en Éducation
CIRAIG :	Centre interuniversitaire de recherche sur le cycle de vie des produits, procédés et services
CJCE :	Cour de Justice des Communautés Européennes
CTCPM :	Cellule Technique de Coordination et de Planification Minière
ISO :	International Organization for Standardization
LCC :	Life Cycle Cost
No.:	Numéro
PER :	Programme Économique Régional
PFI :	Private Finance Initiative
PNUE :	Programme des Nations Unies pour l'Environnement
RCAE :	Responsabilité Civile atteinte à l'Environnement
REE :	Responsabilité Environnementale des Entreprises
SETAC :	Société de Toxicologie et Chimie Environnementale
Vol. :	Volume

TABLEAU DES FIGURES

Figure No. 1 :	Marchés publics et les partenariats publics privés
Figure No. 2 :	Cycle de vie d'un projet
Figure No. 3 :	Coût du cycle de vie
Figure No. 4 :	Modes de prise en charge des projets d'infrastructures publiques
Figure No. 5 :	Moyens globaux de prise en charge des projets d'infrastructures publiques
Figure No. 6 :	Modèle Conception-construction
Figure No. 7 :	Modèle Conception-construction-financement
Figure No. 8 :	Modèle Conception-construction-financement- entretien
Figure No. 9 :	Modèle Conception-construction-financement- exploitation-entretien

INTRODUCTION

En notre qualité de formateur des formateurs du Projet d'appui au secteur minier, développé avec le financement de la Banque Mondiale en République Démocratique du Congo (RDC), PROMINES), du droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), du droit de la Communauté Économie et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) et en celle de juriste doctrinaire et praticien du droit international et du droit interne⁷, il nous apparaît judicieux d'abord, dans le présent ouvrage, la question, certes d'actualité, mais surtout vitale, d'options de financement des infrastructures publiques par des contrats de partenariat public privé en Afrique subsaharienne en ces temps de la crise financière mondiale.

Dans cette perspective et dans un premier temps, nous voudrions faire une analyse succincte du contenu de l'introduction en 4 volets, à savoir :

⁷ L'auteur est Licencié en droit de l'Université de Fribourg (1989, année de son Centenaire), Maître (1995) et Docteur en droit de l'Université de Montréal (2000) ; Directeur de Recherches, Professeur d'Universités et Avocat au Barreau de Kinshasa/Matete en RDC ; Juriste Conseil au Conseil en Développement des marchés et en investissements (Consenim), Montréal, Québec/Canada et à l'Attractive Investments et Business (AIB) sprl, Kinshasa, Lingwala/ RDC.

1. Premièrement, les défis à relever en Afrique subsaharienne ;
2. Deuxièmement, le contrat administratif ;
3. Troisièmement, les marchés publics et les partenariats publics privés ;
4. Quatrièmement, la présentation sommaire du contenu de l'ouvrage.

Tel sera naturellement l'économie générale de la présente contribution.

1.1 Défis à relever en Afrique subsaharienne

Dans l'immédiat, les défis à relever par l'Afrique subsaharienne en général, consistent à mobiliser des ressources financières nécessaires et des partenaires fiables dans les meilleures conditions possibles en vue d'accumuler des capitaux frais (100 milliards par année selon le NEPAD) afin de permettre de mettre les pays africains subsahariens sur les rails de la croissance économique⁸.

En effet, de nos jours, l'Afrique subsaharienne fait face à un déficit important dans le secteur des infrastructures, notamment dans les domaines des mines, des hydrocarbures, des forêts, d'agriculture, des pêches, d'assainissement, d'eau, d'énergie, de santé, d'éducation, de réseaux d'électricité, des transports routiers, ferroviaires, maritimes, aériens, etc., infrastructures nécessaires pour son développement économique⁹.

⁸ Cf. MUKONDE, M. P., *L'idylle d'offreurs et de demandeurs de l'investissement international : Une analyse synthétique en droit international économique*, dans *Une empreinte sur le Code civil*, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri STEINAUER, Berne, Stampfli Éditions, 2013.

⁹ Voir Groupe de la Banque Africaine de Développement : *Accompagner la transformation du secteur privé en Afrique, Stratégie de développement du secteur privé, 2013-2017*, juillet 2013, en ligne sur www.afdb.org

Notons, qu'il y a lieu de souligner l'existence des infrastructures matérielles, à savoir, entre autres, les actifs nécessaires pour garantir l'éducation, la santé et l'assainissement¹⁰, les systèmes de transport, de télécommunications, d'eau et d'électricité ; et des infrastructures immatérielles, notamment les cadres juridiques et réglementaires, les systèmes d'apurement et de règlement, les intermédiaires financiers et des marchés de capitaux, les registres des garanties, les agences de notation du crédit et du perfectionnement des compétences, etc.¹¹.

Selon la Banque africaine de développement (BAD), les besoins en infrastructures en Afrique subsaharienne demanderont un investissement annuel de près de 100 Milliards de dollars américains¹², car l'état actuel

¹⁰ L'assainissement consiste en une démarche qui vise à améliorer la situation globale de l'environnement dans ses différents composants, comprenant la collecte, le traitement et l'évacuation des déchets liquides, des déchets solides et des excréments. L'objectif principal porte sur la prévention du contact humain avec des substances dangereuses, spécialement les fèces (des excréments solides de l'homme ou des animaux, formés résidus de la digestion), en mettant en place des systèmes de traitement et d'évacuation des déchets. Les dangers issus d'un mauvais assainissement sont multi factoriels, qui peuvent être à la fois physique, biologique, microbiologique ou chimique. Les déchets, y compris les excréta d'origine humaine et animale, les déchets résiduels ou les eaux usées, peuvent causer des problèmes de santé majeurs. Ainsi donc, l'objectif primordial de l'assainissement serait de protéger et d'améliorer la santé humaine en brisant le cycle de transmission des maladies hydriques, maladies liées à la qualité de l'eau et à l'accès à l'eau potable. Voir en ligne sur Wikipédia, *L'encyclopédie Libre*.

¹¹ *Ibid.*

¹² Par exemple, selon une étude de Deloitte Africa Construction Trends report 2015, l'Afrique de l'Ouest est en passe de devenir une région motrice des projets d'infrastructures au dépend l'Afrique du Sud, qui historiquement était, considérée comme le Leader en la matière. Le montant des investissements a augmenté de 75 Md\$ en 2014 à 116 Md\$ en 2015. Cf. Van PROOIJEN, L., *Grâce aux PPP, l'Afrique de l'Ouest devient la 1^{ère} région du continent pour les projets d'infrastructures*, Deloitte Africa Construction Trends Report 2015, du 27-05-2016 ; *Partenariat public privé en Afrique : la BAD renouvelle son*

des infrastructures en Afrique subsaharienne freine la croissance économique des pays de 2% chaque année, et limite la productivité des entreprises jusqu'à 40 %¹³.

Ainsi donc, le recours au partenariat public privé, apparu comme un moyen permettant le développement, une sorte de « *troisième voie* », entre le monopole d'État et la privatisation, peut permettre, d'une part, une plus grande flexibilité des budgets publics, même si ce partenariat ne peut être résumé à la seule réalité de véhicule de financement, et d'autre part, une optimisation des projets publics en adoptant les

parrainage, 6^{ème} Conférence et exposition annuelle sur le partenariat public privé en Afrique, Abidjan, Cote d'Ivoire, du 19 au 21 novembre 2014.

¹³ Par exemple, afin de remédier à ce déficit, de nombreux pays de l'UEMOA envisagent une augmentation considérable de leur investissement public à moyen terme. D'après les prévisions des services du FMI, les dépenses d'investissement public devraient atteindre environ 9,5 % du PIB entre 2015 et 2019, contre une moyenne inférieure à 8 % sur la période 2011-2014. Les secteurs les plus concernés sont des projets dans les secteurs des transports (30 %), de l'énergie (23 %), de l'eau (10 %), du secteur minier (9%), de l'immobilier (8 %) et des projets de développement social à 4%. Notons que le déficit d'infrastructures en Afrique de l'Ouest n'est pas seulement un problème de financement. Une étude récente du FMI d'avril 2016, comparant la zone UEMOA aux autres pays d'Afrique subsaharienne, montre que l'efficacité des dépenses publiques est un axe majeur. Ainsi, en améliorant la gestion de l'investissement public, les pays peuvent réduire leur manque d'efficacité. Il s'agit d'identifier quelles sont les institutions responsables aux différentes étapes clés du cycle de vie des investissements, en particulier la planification des investissements durables dans l'ensemble du secteur public, l'allocation des investissements aux secteurs et projets opportuns et la mise en œuvre des projets dans le respect des délais et du budget. En consacrant des efforts plus importants aux dépenses de maintenance des infrastructures. Et en développant l'efficacité des dépenses publiques d'éducation et de santé, pour non seulement créer de l'espace budgétaire, mais aussi promouvoir une croissance plus inclusive dans les pays d'Afrique de l'Ouest. Voir Van PROOIJEN, L., *Loc. cit.*

meilleures pratiques de la gestion privée, notamment en matière d'amélioration de la qualité de service¹⁴.

D'ailleurs, en termes de financement des infrastructures, les institutions financières internationales ont encore augmenté leur implication et contribuent à 51 % des financements. La part des États africains subsahariens reste stable à 14 % et les institutions financières africaines représentent 10 %. Donc, l'on voit que les partenaires institutionnels traditionnels ou classiques, notamment la BM, la BAD, l'AFD, la BOAD, la BID, restent les principaux contributeurs des projets d'infrastructures développés par les États africains subsaharienne. De plus, de nouveaux partenaires, comme la Chine et les pays du Golfe,

¹⁴ Par exemple, le recours aux partenariats publics privés concernait en moyenne 20% des projets de l'Afrique de l'Ouest en 2015 les projets transnationaux d'infrastructure s'appuient sur une analyse du plus grand dénominateur commun entre les États et qui doivent s'articuler en particulier avec les initiatives régionales déjà existantes. L'initiative « *Investir dans l'UEMOA* » est un exemple d'appel aux partenariats publics privés. Cette initiative régionale a été mise en œuvre par la Commission de l'UEMOA et la Banque Ouest Africaine de développement. Concernant le financement de la deuxième phase du Programme Economique Régional (PER) de la zone UEMOA, pour la période 2012-2016, son objectif final est la mobilisation de ressources pour la réalisation de programmes d'envergure régionale. Cette initiative comporte 17 projets identifiés à partir des projets du PER et des programmes nationaux de développement des États membres, ayant une dimension régionale prioritaire. Ils ont été sélectionnés sur la base de disponibilité d'études de faisabilité ou d'études de préfaisabilité, avec un impact sur la croissance, et peuvent faire l'objet de réalisation dans le cadre de Partenariat public privé. Le coût total des projets est évalué à 10 759 milliards de Francs CFA dont 4 160 milliards pour la réhabilitation et la construction de 4 500 km de lignes ferroviaires, et 2 600 milliards pour le prolongement de 1 000 km, jusqu'à Ouagadougou, de l'autoroute Abidjan-Yamoussoukro. Voir Van PROOIJEN, L., *Loc. cit.*

s'implantent sur les marchés émergents et représentent un potentiel important pour le financement des infrastructures¹⁵.

D'après une étude du diagnostic national des infrastructures africaines de 2015, les besoins en infrastructures de l'Afrique subsaharienne sont évalués à plus de 93 milliards de dollars annuels pour les dix prochaines années. Or, aujourd'hui, seule la moitié de ce montant serait disponible. Alors, le partenariat public privé apparaît comme un outil important pour combler cet écart¹⁶.

En somme, en schématisant à l'extrême, que les partenariats publics privés sont des contrats administratifs par lesquels les pouvoirs publics et des entreprises privées s'engagent à construire ou à gérer ensemble des infrastructures ou d'autres services, en se répartissant le partage des responsabilités, des droits et des risques. Dans le même élan, il y a trois principales formes contractuelles de partenariat public privé, à savoir : l'entreprise privée peut se contenter de fournir les services, ou se voir déléguer la gestion, ou se voir confier la construction et le début d'exploitation d'une infrastructure¹⁷.

1.2 Contrat administratif

Découlant du régime des contrats de droit administratif régissant les marchés publics, c'est-à-dire, les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures, les marchés de services courants, les marchés de prestations intellectuelles passés par l'État et les marchés de délégations

¹⁵ Cf. MUKONDE, M., P., *Démocratie électorale en Afrique subsaharienne, Entre droit, pouvoir et argent*, Genève, Globethics. Net, 2016, p. 149 ss.

¹⁶ Voir AICD, *Africa Infrastructure Country Diagnostic*, 2015.

¹⁷ Voir MAKALOU, M., M., *Rôle, enjeux et défis des partenariats public privé en Afrique subsaharienne*, Bamako, Mali, 30 juillet 2016, publié par Noé N'SEMI, *Afrique Nos dossiers*, 03-04-2017 ; MANOUKIAN, S., *Les partenariats public privé, une solution adaptée pour le financement des infrastructures en Afrique ?* Banque et Stratégie, no 314, 14-05-2013.

de service public ou les contrats d'occupation du domaine public, le contrat administratif résulte de la volonté du législateur et non de celle de deux personnes privées comme le contrat du droit privé¹⁸.

Il doit accomplir deux conditions à savoir :

1. Qu'une personne publique doit être présente au contrat (un critère organique). Notons que si deux personnes publiques concluent un contrat, ce contrat est présumé être administratif, sous réserve, de faire naître des rapports de droit privé entre elles, (comme deux sujets de droit privé ou deux particuliers) ;
2. Que ce contrat doit confier la gestion d'un service public à un contractant ou constituer une modalité de l'exécution d'un service public, et qu'il doit contenir les clauses exorbitantes du droit commun, les clauses interdites ou inusuelles en droit privé, telle que celle permettant la résiliation d'office d'un contrat par l'Administration (critère matériel).

En réalité, le contrat administratif est soumis au Code des marchés publics. Il est conclu par l'État ou l'Administration, les collectivités publiques (les provinces et les entités territoriales décentralisées), les établissements publics administratifs et les sociétés ou les entreprises publiques avec les personnes publiques ou privées, en vue de satisfaire leurs besoins en matière de travaux, de fournitures, de services courants, de prestations intellectuelles et de délégations de service public, et ce, moyennant une rémunération au cocontractant d'une somme d'argent forfaitaire ou d'un prix fixé, élément déterminant d'un marché public¹⁹.

¹⁸ Cf. UBAUD-BERGERON, M., *Droit des contrats administratifs*, Lexis Nexis/Litec, 2017 ; SERRAND, P., *Droit administratif : Les actions administratives*, Tome 1, 2^e éd. Paris, PUF, 2017 ; ROUAULT, M-Ch., *Droit administratif et Institutions administratives*, 4^e éd., Larcier/Brylant, Bruxelles, 2017.

¹⁹ *Ibid.*

Aux fins de lutter contre la corruption, le contrat administratif est fondamentalement régi par trois grands principes, à savoir :

1. La liberté d'accès à la commande publique ;
2. L'égalité de traitement des candidats ;
3. La transparence des procédures²⁰.

Finalement, le Code des marchés publics, qui régit la préparation ou la gestion des projets des marchés publics, la passation des marchés publics, le contrôle des marchés publics, l'approbation des marchés publics et les contentieux des marchés publics, impose un avis d'appel public à la concurrence et l'Administration publique doit assurer la publicité des marchés publics. Ainsi, il en distingue quatre modes de passation des marchés publics, à savoir :

1. Les marchés par appel d'offres ;
2. Les marchés de gré à gré ;
3. les marchés spéciaux ;
4. Les marchés de délégations de service public²¹.

1.3 Marchés publics et les partenariats publics privés

Notons qu'à plusieurs titres, les modes classiques de commandes publiques, ou marchés publics, diffèrent des partenariats publics privés. Ainsi, dans le cadre d'un contrat de partenariat public privé, le secteur

²⁰ Voir *Les contrats administratifs*, en ligne sur www.cours-de-droit.net/les-contrats-administratifs ; *L'identification des contrats administratifs*, 9 pages, en ligne sur www.fallaitpasfairedudroit.fr.

²¹ Cf. *Loi no 14/0005 du 11 février 2014 portant régime fiscal, douanier, parafiscal, des recettes non fiscales et de changes applicables aux conventions de collaboration et aux projets de coopération ou Loi sur le Partenariat Public Privé*, Journal Officiel (J.O.) de la République Démocratique du Congo (RDC), no spécial, 18 février 2014 ; CHAPUS, R., *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestein, 2006, 12^e éd.

public et le secteur privé collaborent pour réaliser des projets de coopération portant sur les infrastructures de travaux de génie civil et/ou de travaux publics, des travaux de construction de route, de chemin de fer, de centrale hydroélectricité, de réseau d'électricité, d'hôpitaux, d'écoles ; et sur les ressources naturelles notamment les mines, les hydrocarbures, les forêts et les eaux²².

Rappelons qu'historiquement depuis l'antiquité, l'on retrouve les traces de construction de travaux publics sous forme des contrats de concession, c'est-à-dire, en échange de la construction d'une infrastructure donnée, les États octroyaient au concessionnaire l'autorisation ou la permission de percevoir une taxe auprès des utilisateurs²³.

De nos jours, le premier contrat d'initiative de financement privé (Private Financial Initiative, PFI), ancêtre du contrat de partenariat public privé, a été implanté au Royaume Uni par le gouvernement conservateur en 1992. Dès ce moment, le contrat de partenariat public privé s'est rapidement étendu dans d'autres pays européens, notamment la France, le Pays-Bas, l'Allemagne, le Portugal, l'Espagne, l'Italie, les pays scandinaves (la Suède, le Danemark, la Finlande), la Russie ; en Amérique du Nord (aux États-Unis, au Canada, au Mexique) ; en Australie ; dans certains pays d'Amérique du Sud (au Brésil, en Argentine) ; dans certains pays asiatiques (l'Inde, l'Indonésie, la Chine,

²² Cf. *Ordonnance française no 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics* ; *Directive 2014-24-UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014* ; Secrétariat du Conseil du Trésor Québec, *Les marchés publics*, Gouvernement du Québec, 2009.

²³ Voir RICHER, L., *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 10^e éd. 2016 ; DUBOUIS, L./BLUMANN, Cl., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 2015.

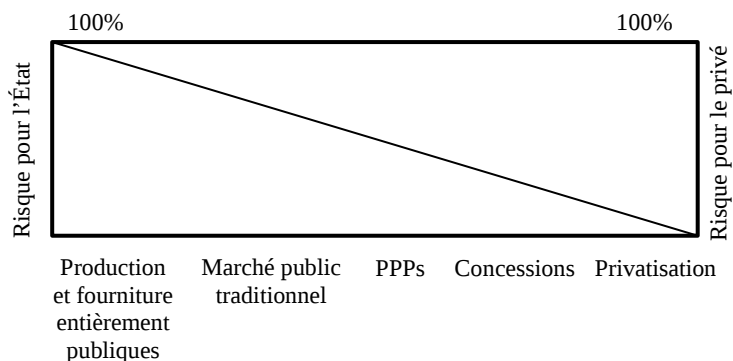
le Japon) et certains pays africains (l'Afrique du Sud, la Tanzanie, le Sénégal, la République Démocratique du Congo)²⁴.

Les projets des contrats de partenariat public privé présentent certaines caractéristiques communes, entre autres :

1. Le contrat à long terme conclu entre une autorité publique et un dirigeant d'une entreprise privée ou d'un groupement d'entreprises privées ;
2. Le transfert au partenaire privé de certains risques associés au projet, en ce qui concerne sa conception, sa construction, sa gestion ou son exploitation, sa maintenance et son financement ;
3. L'accent mis sur les obligations imposées au partenaire privé exprimées sous forme de résultats et non de moyens, en prenant en compte l'ensemble du cycle de vie du projet et non seulement sa phase de construction ;
4. Le recours à des financements privés souvent par le biais de la technique du financement de projet qui sous-tend le transfert de certains risques au secteur privé²⁵.

²⁴ Voir SADIO, S.P/DIOUF, A., *Développement des infrastructures en Afrique : Le partenariat public privé incontournable selon la BAD*, Dakar, Le Soleil, 2013 ; MORIC, K., *Les partenariats public privé, le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2009 ; MONERA, F., Les financements innovants de services et de projets publics, *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, PUAM, 2005-1 ; WEIL.SBIAU, V., « Le développement des procédures de PPP/PFI en Grande-Bretagne ». MIQCP, 2003 ; BEZANÇON, X., Une approche historique du partenariat public privé, *Revue d'Économie Financière*, 1995.

²⁵ Cf. MAZOUZ, B., *Partenariat public privé*. École Nationale d'Administration Publique, Montréal, Québec, 2009, en ligne sur www.dictionnaire.enap.ca ; ZUSSMAN, D., « Les partenariats : une cible en mouvement », *Aperçus : La gestion publique au Canada*, 1999, Vol. 4, no 1.

Figure no 1. Marchés publics et partenariats public privé

Source : Adaptation de Spectre des combinaisons de participation publiques et privée en fonction du risque et des modes de prestation d'après OCDE (2008, p. 20)

1.4 Plan sommaire du contenu de l'ouvrage

Soulignons que le contenu de notre ouvrage vise, en son terme, de cerner l'enjeu des contrats de partenariat public privé en Afrique subsaharienne comme options innovantes de financement des infrastructures.

Pour ce faire, outre l'introduction, le développement de son contenu connaîtra le cheminement suivant :

1. La définition de notions de base ;
2. La description de l'organisation et le règlement du secteur public;
3. L'explication de l'enjeu des contrats de partenariat public privé ;
4. L'examen des types de contrats de partenariat public privé ;
5. L'énonciation des principales contraintes liées aux contrats de partenariat public privé ;
6. La formulation des techniques de négociation des contrats de partenariat public privé en République Démocratique du Congo ;
7. L'analyse des risques des contrats de partenariat public privé ;

8. L'enjeu des contrats de partenariat public privé en Afrique subsaharienne.

Et finalement, cet ouvrage s'achèvera naturellement par une conclusion globale relative aux contrats de partenariat publique privé et en Afrique subsaharienne.

DÉFINITION DES NOTIONS DE BASE

2.1. Marchés par appel d'offres

L'appel d'offres est la procédure par laquelle l'autorité contractante choisit, sans négociation avec les candidats, l'offre économiquement la plus avantageuse, évaluée sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats et exprimés en termes monétaires²⁶.

L'appel d'offres est soit ouvert ou soit restreint ou soit sur concours ou soit des marchés à bons de commande ou soit des marchés de clientèle ou des marchés de prestations intellectuelles.

Il est dit *ouvert* lorsque toute personne intéressée par le marché peut soumettre une offre.

Il est dit *restreint* lorsque seuls peuvent remettre des offres, les candidats que l'autorité contractante a décidé de consulter. Le nombre et la qualité de candidats admis à soumissionner assurent une concurrence réelle. Il est ensuite procédé comme en matière d'appel d'offres ouvert.

²⁶ Cf. STRADY.F., *Rédiger et instruire un appel d'offres*, Paris, Le Moniteur, 2017 ; CHARREL, N., *Code pratique des marchés publics*, Paris, Le Moniteur, 2017 ; DUCRET, S., *Lexique pratique des marchés publics*, Paris, Éd. Du Puits Fleurs, 2016 ; *Procédure d'appel d'offres au sens de l'ordonnance no 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics*, en ligne sur www.marche-public.fr ; fr.wikipedia.org.

Cependant, lorsque des motifs d'ordre technique, esthétique, environnemental ou financier justifient des recherches particulières, l'appel d'offres peut être assorti d'un *concours*.

Les marchés à bons de commande sont ceux qui ont pour objet de permettre à l'autorité contractante de couvrir ses besoins courants annuels de fournitures dont il n'est pas possible, au début de l'année, de prévoir l'importance exacte, ou bien qui excèdent les possibilités de stockage. La durée de ces marchés ne peut excéder une année. Elle peut être renouvelée une fois. Ces marchés indiquent les limites maximales et minimales de la prestation globale à fournir, ces limites pouvant être exprimées soit en quantité soit en valeur²⁷.

Les marchés de clientèle sont ceux par lesquels l'autorité contractante s'engage à confier à certains contractants ou soumissionnaires prestataires, pour une période limitée, et qui ne saurait excéder une année, renouvelable une fois, l'exécution de tout ou partie de certaines catégories de prestations de services, définies par la réglementation en vigueur, suivant des commandes faites au fur et à mesure des besoins²⁸.

Les marchés de prestations intellectuelles recouvrent les activités qui ont pour objet des prestations à caractère principalement intellectuel, dont l'élément prédominant n'est pas physiquement quantifiable. Ils incluent notamment les études, la maîtrise d'œuvre, les services d'assistance technique et de maîtrise d'ouvrage déléguée. Ils sont attribués après mise en concurrence des candidats pré qualifiés ; les critères étant définis dans le cahier des charges²⁹.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Voir BRECHO-MOULENES, Ch., *Droit des marchés publics*, Paris, Éd. Le Moniteur, 2000.

²⁹ *Ibid.*

2.2 Marchés de gré à gré

Un marché est dit de gré à gré lorsqu'il est passé sans appel d'offres après autorisation du service chargé du contrôle des marchés publics³⁰. La demande d'autorisation de recours à cette procédure décrit les motifs la justifiant.

Il ne peut être passé de marché de gré à gré que dans l'un des cas suivants :

1. Lorsque les besoins ne peuvent être satisfaits que par une prestation nécessitant l'emploi d'un brevet d'invention, d'une licence ou de droits exclusifs détenus par un seul entrepreneur, un seul fournisseur ou un seul prestataire ;
2. Lorsque les marchés ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques ou artistiques ;
3. Dans les cas d'extrême urgence, pour les travaux, fournitures ou services que l'autorité contractante fait exécuter en lieu et place de l'entrepreneur, du fournisseur ou du prestataire défaillant ;
4. Dans le cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ou de force majeure ne permettant pas de respecter les délais prévus dans les procédures d'appel d'offres, nécessitant une intervention immédiate ;
5. Lorsqu'il s'agit des marchés spéciaux définis par le Code des marchés publics³¹.

³⁰ Voir *ENCYCLOPÉDIE FINANCIÈRE : Marché de gré à gré*, en ligne sur www.rachatducredit.com.

³¹ Cf. *CAPTAIN ECONOMICS : Le fonctionnement du marché organisé et du marché gré à gré*, en ligne sur www.captaineconomics.fr.

2.3 Marchés spéciaux

Les marchés spéciaux sont ceux qui ne répondent pas, pour tout ou partie, aux dispositions relatives aux marchés par appel d'offres ou aux marchés de gré à gré³².

Ils comprennent les marchés relatifs à la défense nationale, à la sécurité et aux intérêts stratégiques de l'État et ils ne concernent que l'acquisition des équipements ou fournitures et les prestations de toute nature strictement liée à la défense nationale, à la sécurité et aux intérêts stratégiques de l'État. Ils font l'objet d'un décret du Premier ministre délibéré en conseil des ministres³³.

2.4 Marchés de la délégation de service public

Le marché de la délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public ou de droit privé, dûment mandatée par une autorité publique compétente, confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire dont la rémunération est liée ou substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service³⁴.

³² Voir Chambre de Commerce, d'Industrie, des Mines et de l'Artisanat (CCIMA), *Guide de Passation des Marchés Publics au Cameroun*, Juillet 2017

³³ Cf. DELAFORTRIE, S./SPRINGAEL, Ch., *Passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux*, Presscenter.org, 28-04-2017, en ligne sur www.presscenter.org.

³⁴ Voir Documentation Française : *Que sont des marchés publics et des délégations de service public ?* 19-08-2013, en ligne sur www.vie-publique.fr ; *Distinguer un marché public et une délégation de service public*, 10-12-2010, en ligne sur www.marchespublicspme.com ; POJUJADE, B., *Marché public et délégation de service public : deux notions, une frontière*, 01-12-2008, en ligne sur www.courrierdesmairies.fr.

2.5 Exécution des marchés publics

Tout marché public fait l'objet d'un contrat écrit et conclu avant le commencement d'exécution. Par conséquent, toute réclamation portant sur l'exécution des prestations avant la conclusion du contrat est irrecevable³⁵.

2.6 Contrôle de l'exécution et règlement des marchés publics

L'exécution des marchés publics fait l'objet de contrôle par :

1. L'autorité contractante selon les modalités précisées dans le cahier des clauses administratives générales ;
2. L'Institution chargée de régulation des marchés publics ;
3. Tout autre organe administratif compétent prévu par les lois et règlements en vigueur³⁶.

³⁵ Cf. MARTINEZ, B./SERR, F., *Exécution des marchés publics*, Paris, Éd. Du Moniteur, 2016 ; SETYM International, *Suivi de l'exécution des marchés publics et règlements des litiges*, nov. 2016, en ligne sur www.setym.com ; WEKA PARTENAIRE DES TERRITOIRES, *Marchés publics : de la préparation à l'exécution*, Paris, Éd. WEKA, 2016, en ligne sur www.weka.fr ; BRENET, F., *Les difficultés d'exécution des marchés publics de communication*, LEGICOM, 20042, no 31, en ligne sur www.cairn.info

³⁶ Voir LAW AFRICA NEWS, *Décret no 08-485/P-RM du 11 août 2008 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, tel que modifié par le Décret no 2011.079/P-RM du 22.02.2011*, Bamako, Mali. 01.01.2014 ; *Décret D/2012/128/PRG/SGG du 03 décembre 2012, portant Code des marchés publics et délégations de services publics*, Journal Officiel de la République de Guinée, 03 décembre 2012 ; IBARA KOUMOU DZO, A., *Le contrôle de l'exécution des marchés publics à l'ère de la nouvelle réglementation des marchés publics en République du Congo*, Brazzaville, 14-09-2013.

Notons que les modalités de mise en œuvre du contrôle de l'exécution des marchés publics impliquent la mise en œuvre de trois types de contrôles spécialisés : (1) un contrôle technique ; (2) un contrôle administratif et, (3) un contrôle financier.

Le contrôle technique est assuré soit par les services spécialisés du maître d'ouvrage ou maître d'ouvrage délégué, soit, par le Maître d'Œuvre auquel cette tâche a été confiée. Concrètement, le contrôle peut être réalisé, le cas échéant par l'ARMP, par le biais d'auditeur, indépendant. Le suivi technique vise à contrôler l'avancement de l'exécution physique du marché, notamment, le respect des délais et la conformité des travaux, fournitures, services ou prestations aux différentes étapes de réalisation du marché. Pour les marchés de fournitures simples et de courte durée, le suivi se limite généralement à une opération de réception de la commande, au cours de laquelle on procède de façon contradictoire à la vérification de sa conformité. Pour les marchés complexes et de longue durée, le suivi doit être permanent jusqu'aux opérations de réception provisoire et définitive.

Le contrôle financier a pour objectif de garantir une exécution conforme du marché sur le plan budgétaire et du respect des règles des finances publiques mais aussi sur le plan du respect des obligations contractuelles figurant dans le marché. Ce contrôle mis en œuvre par l'administration (maître d'ouvrage agents de la chaîne de la dépense publique), vise notamment à : a) vérifier la conformité et l'exactitude des factures et décomptes des titulaires et de leur sous-traitants éventuels ; b) assurer en conséquence les opérations de paiement dans les délais prévus par le cahier de clause administratif particulières en les augmentant, le cas échéant, des intérêts moratoires dus aux créanciers ; c) suivre l'apurement des avances et acomptes et des retenues de garantie et d) appliquer au titulaire les pénalités prévues en cas de retards et/ou de défaillances et/ou de malfaçons.

Le contrôle administratif, mis en œuvre par le maître d'ouvrage ou maître d'ouvrage délégué, il est destiné, d'une part, à assurer les échanges de correspondances et d'informations avec le titulaire, notamment lorsqu'il s'agit de lui rappeler ses obligations et, d'autre part, à gérer toutes les opérations juridiques et administratives qui peuvent intervenir au cours de l'exécution d'un marché (production des pièces nécessaires aux nantissements, préparation des avenants, vérification des PV de réception, etc...).

Pour mieux s'assurer de la bonne exécution des marchés, le maître d'ouvrage ou maître d'ouvrage délégué devra mettre en place un mécanisme de consolidation de l'information et de coordination des actions par l'archivage des dossiers, car, de l'exécution de cette mission dépendra la possibilité de réaliser des audits et contrôles a posteriori. Ces différents types de contrôles énumérés plus haut, devraient être effectivement mis œuvre pendant l'exécution des prestations afin d'éviter la récurrente question des éléphants blancs. Somme toute, le contrôle de l'exécution des marchés publics, demeure une mission indispensable pour une meilleure mise en œuvre des projets³⁷.

2.7 Contentieux des marchés publics

Tout candidat ou soumissionnaire qui s'estime illégalement évincé des procédures de passation des marchés publics ou de délégations de service public peut introduire une réclamation auprès de l'autorité contractante.

Et tout cocontractant qui s'estime lésé dans l'exécution d'un contrat de marché public ou de délégation de service public peut introduire une réclamation auprès de l'autorité contractante³⁸.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Voir AIT-EL-KADI, Z, *Code de justice administrative*, annoté et commenté, Paris, Dalloz-Sirey, 2017 ; COLIN, F., *L'essentiel des grands arrêts du droit administratif*, Éd. 2017-2018, Paris, Gualino, 2017 ; DIRECTION DES

Soulignons très succinctement que le contentieux des marchés publics se subdivise en trois grandes catégories, à savoir : 1) le contentieux de l'adjudication ; 2) le contentieux de l'exécution, et 3) les litiges avec les tiers.

Le contentieux de l'adjudication est un contentieux administratif. Et en tant que tel, il se déroule devant les juridictions administratives.

Une fois la procédure d'adjudication terminée, les relations entre l'adjudicataire et le pouvoir adjudicateur sont de nature contractuelle. Notons que certaines règles sur les conditions d'exécution du marché énoncées dans le cahier général des charges sont essentiellement régies par le contrat conclu par les parties. Ainsi donc, le contentieux de l'exécution relève des juridictions judiciaires, car les contentieux relèvent de la simple application du droit commun des contrats.

Finalement, relevons que l'exécution d'un marché public est susceptible de donner naissance à des litiges avec des tiers. Ainsi, deux types des litiges peuvent être distingués à ce stade, à savoir : 1) les contestations qui, dans le cas d'un marché complexe impliquant l'intervention de plusieurs acteurs, peuvent naître entre les différentes entreprises ; 2) les revendications de tierces personnes qui se présentent lésées par l'exécution du marché. Ici encore, c'est le droit commun qui est d'application, avec toutefois quelques particularités³⁹.

AFFAIRES JURIDIQUES, *Les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique*, DAF, 15-01-2015, en ligne sur www.economie.gouv.fr ; KHALID, N., *Marchés publics : le contentieux de l'exécution ne cesse de se développer*, Le Moniteur, 04-12-2013, en ligne sur www.lemoniteur.fr ; LONG, M/ WIEL.P/BRAIBANT.G/DELVOVE, P. /GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 16^e Éd., 2009 ; BONICHOT, J.-Cl. / CASSIA, P. / POUJADE, B., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2006 ; CHAPUIS, R., *Contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 2006.

³⁹ Voir PREUD'HOMME, L., *L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat*, Paris,

2.8 Sanctions des marchés publics

Toute infraction commise à l'occasion de la passation de marchés publics ou de délégations de service public sera punie du double de la servitude pénale prévue pour cette infraction.

Et l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services qui aura commis un acte d'improbité dans la passation ou dans l'exécution des marchés publics sera passible d'une sanction administrative, sans préjudice des peines définies pour les infractions à la loi pénale⁴⁰.

Signalons que les sanctions dans le domaine des marchés publics visent à inculquer à toutes les parties prenantes une culture du respect de la règle et de la sanction systématique dans tous les cas de violation de la règle, étant donné que la sanction doit être appliquée en jouant son triple rôle, à savoir : son rôle répressif parce que l'auteur de la faute doit être sanctionné ; son rôle réparateur parce que l'auteur de la faute doit être tenu de réparer le dommage ou préjudice causé par sa faute ; et son rôle dissuasif parce que toute partie intervenante redoutera la sanction et sa publication, ainsi que la réparation des dommages causés par sa faute⁴¹.

Thèse, CERAP, 23-10-2013 ; JULIEN. F., *Guide pratique et juridique du contentieux des marchés publics*, Paris, Éd. Du Puits Fleuri, 2011.

⁴⁰ Voir ANTSA, R., *Marchés publics : Régulations, contrôles et sanctions renforcés dans le nouveau code Malgache*, Midi Madagasikara, janvier 2017, en ligne sur www.midi-madagasikara.mg ; Encyclopédie JCI, *Contrats et marchés publics : Sanctions-Exécutions*, 09-07-2012, en ligne sur www.lexisnexus.fr ; BATIONO, A., F., *Marchés publics : Contours, procédures et sanctions*, Ecodufaso/Groupe Ecodafrik, 17-03-2016, en ligne sur www.ecodufaso.com .

⁴¹ Voir ISERE, *Pénalités et autres modes de sanctions*, en ligne sur www.isere.gouv.fr ; WEKA, *Les sanctions pénales dans les marchés publics*, en ligne sur www.weka.fr ; Agence de Régulation des Marchés Publics du Cameroun (ARMP) : *Étude sur les sanctions dans le domaine des Marchés Publics*, mars 2006.

Et aussi, en cas de manquement ou de faute du cocontractant à ses obligations contractuelles, quatre formes de sanctions complémentaires peuvent être identifiées et appliquées, à savoir : 1) les pénalités contractuelles, 2) les sanctions financières autres que les pénalités, 3) la mise en régie, 4) la résiliation pour faute⁴².

Les pénalités contractuelles peuvent être appliquées au cocontractant défaillant sous réserve qu'une clause ait été prévue à cet effet dans le cadre des principes du Code civil et sous réserve que soient remplies certaines conditions de fond et de procédure prévues à cet effet. Cependant, en certaines circonstances, telles que la force majeure et les sujétions techniques imprévues, le cocontractant se voit exonéré de toute faute alors que le fait du maître de l'ouvrage constitue parfois une circonstance atténuante. Les pénalités contractuelles peuvent avoir un caractère automatique ou être soumises à décision expresse avec ou sans mise en demeure. Alors, ce sont les clauses du Cahier des clauses administratives particulières (CCAP) ou bien celles du Cahier des clauses administratives générales (CCAG), types de référence qui stipulent en ce cas les procédures à suivre. Dans tous les cas, les pénalités contractuelles sont réglées par l'opérateur économique ou le groupement d'opérateurs économiques dans des conditions précises même si, le cas échéant, l'Administration conserve la possibilité d'en exonérer son cocontractant⁴³.

Les sanctions financières autres que les pénalités de retard ne sont pas courantes. Pourtant, s'ajoutant aux pénalités de retard avec lesquelles elles ne se confondent pas, elles dépendent simplement de l'insertion de clauses au contrat. À cet égard, l'on notera que l'on peut distinguer deux

⁴² Voir STEPHAN, F., *Marchés publics, une sanction pour les entreprises : la mise en régie des travaux*, Moniteur, no 5086, 18-05-2001, en ligne sur www.lemoniteur.fr ; AGENDA, *Exécution des marchés publics : les sanctions à l'encontre de l'entrepreneur*, Éd. No 142, 11-08-1994, en ligne sur www.leconomiste.com.

⁴³ *Ibid.*

types de sanctions financières supplétives : à savoir : 1) les sanctions spéciales inhérentes à certaines prestations dont l'exécution imparfaite est préjudiciable à l'Administration ; et 2) les sanctions générales applicables à toute prestation et visant à couvrir, selon un spectre à définir au cas par cas, les conséquences financières consécutives au retard d'un opérateur⁴⁴.

La mise en régie est aussi une sanction contractuelle de caractère non rédhibitoire et autonome issue des usages de l'Administration qui peut se cumuler avec l'application des pénalités et des autres sanctions financières et être suivie, le cas échéant, de la résiliation du contrat. La mise en régie suppose le respect des conditions contractuelles qui en définissent sa mise en œuvre tant en termes des conditions de procédure, de forme et de fond, conditions qui, lorsqu'elles ne sont pas respectées, vicient la régularité de la mise en régie et ouvrent différents droits à indemnisation de l'entreprise concernée⁴⁵.

La résiliation, qui doit être distinguée des notions de résolution et de nullité, est une notion à géométrie variable dont la résiliation pour faute n'est que l'une des facettes. Sauf clause contractuelle contraire ou exception légale, la résiliation pour faute est une prérogative exclusive de l'Administration. Ainsi donc, le cocontractant de l'Administration ne peut se prévaloir du principe de l'exception d'inexécution, qui peut être prononcée ou non aux frais et risques de l'entreprise, sachant que le Code des marchés publics exige une clause au contrat à cet effet. En effet, la décision de résiliation pour faute est d'abord soumise à des règles de procédure, telles que la mise en demeure préalable et la réunion d'inventaire contradictoire, de forme et des règles de fond tenant

⁴⁴ Voir ISERE, *Pénalités et autres modes de sanctions*, en ligne sur www.isere.gouv.fr ; WEKA, *Les sanctions pénales dans les marchés publics*, en ligne sur www.weka.fr.

⁴⁵ Voir STEPHAN, F., *Marchés publics, une sanction pour les entreprises : la mise en régie des travaux*, Moniteur, no 5086, 18-05-2001, en ligne sur www.lemoniteur.fr.

à la gravité de la faute. Elle suppose ensuite la désignation d'un nouveau cocontractant chargé de l'exécution du reliquat des prestations et la mise en œuvre de mesures d'ordre financier réglant le marché primitif au vu et au su, le cas échéant, des éventuels surcoûts constatés après l'établissement du décompte général et définitif du second marché. Enfin, quoique, par principe, le juge se refuse à annuler la décision de résiliation pour faute, il en vérifie toujours la régularité et reconnaît, en certaines circonstances, le droit à indemnisation de l'opérateur économique⁴⁶.

2.9 Convention de collaboration

La Convention de collaboration est conclue entre l'État et un groupement d'entreprises, une entreprise ou d'autres institutions portant sur un projet de coopération susceptible de contribuer de façon substantielle au développement économique et/ou social du pays⁴⁷.

2.10 Projet de coopération

Le Projet de coopération permet de mobiliser des ressources financières nécessaires afin de réaliser le développement économique et social du pays de façon substantielle portant sur les infrastructures de

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Cf. *Loi no 2015-039 sur le partenariat public privé*, Assemblée Nationale Malgache, 09-12-2015, en ligne sur www.ore.mg ; *Loi no 2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat*, Journal Officiel du Sénégal, no spécial, 25 mars 2014 ; *Loi no 14/0005 du 11 février 2014 portant régime fiscal, douanier, parafiscal, des recettes non fiscales et de changes applicables aux conventions de collaboration et aux projets de coopération ou Loi sur le Partenariat Public Privé*, Journal Officiel (J.O.) de la République Démocratique du Congo (RDC), no spécial, 18 février 2014 ; *Loi no 2006-012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat au Cameroun*, en ligne sur www.initiative-ppp-afrique.com .

base et les ressources naturelles notamment les mines, les hydrocarbures, les forêts et les eaux⁴⁸.

2.11 Projet d'infrastructures

Le Projet d'infrastructures porte sur les travaux d'aménagement intérieur, les travaux de génie civil et les travaux publics réalisés par les entreprises, le groupement d'entreprises, les sociétés ou les établissements publics dans le cadre de la convention de collaboration⁴⁹.

2.12 Projet minier

Le Projet minier vise l'exploitation d'un gisement minier mis sur pied par les parties à la Convention de collaboration comprenant aussi tous les projets qui contribueront à la réalisation de Coopération tels que

⁴⁸ Cf. *Loi no 14/0005 du 11 février 2014 portant régime fiscal, douanier, parafiscal, des recettes non fiscales et de changes applicables aux conventions de collaboration et aux projets de coopération ou Loi sur le Partenariat Public Privé*, Journal Officiel (J.O.) de la République Démocratique du Congo (RDC), no spécial, 18 février 2014 ; *Loi no 2006-012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat au Cameroun*, en ligne sur www.initiative-ppp-afrique.com.

⁴⁹ Cf. *Loi no 2015-039 sur le partenariat public privé*, Assemblée Nationale Malgache, 09-12-2015, en ligne sur www.ore.mg ; *Loi no 2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat*, Journal Officiel du Sénégal, no spécial, 25 mars 2014 ; *Loi no 14/0005 du 11 février 2014 portant régime fiscal, douanier, parafiscal, des recettes non fiscales et de changes applicables aux conventions de collaboration et aux projets de coopération ou Loi sur le Partenariat Public Privé*, Journal Officiel (J.O.) de la République Démocratique du Congo (RDC), no spécial, 18 février 2014 ; *Loi no 2006-012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat au Cameroun*, en ligne sur www.initiative-ppp-afrique.com.

les projets de construction de centrale hydroélectrique, de réseau d'électricité, de route, de chemins de fer, etc⁵⁰.

2.13 Société commune

La Société commune est créée entre, d'une part l'État et/ou une entreprise de l'État désignée par ce dernier et, d'autre part, l'entreprise ou le groupement d'entreprises ayant conclu une Convention de collaboration ou encore une autre société commune⁵¹.

2.14 Titre d'exploitation

Le Titre d'exploitation permet à la société commune d'exploiter l'activité pour laquelle elle a été constituée. Selon le cas, il s'agit soit des titres miniers, soit des titres des hydrocarbures, soit des titres

⁵⁰ Cf. *Loi no 2015-039 sur le partenariat public privé*, Assemblée Nationale Malgache, 09-12-2015, en ligne sur www.ore.mg ; *Loi no 14/0005 du 11 février 2014 portant régime fiscal, douanier, parafiscal, des recettes non fiscales et de changes applicables aux conventions de collaboration et aux projets de coopération ou Loi sur le Partenariat Public Privé*, Journal Officiel (J.O.) de la République Démocratique du Congo (RDC), no spécial, 18 février 2014 ; *Loi no 2006-012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat au Cameroun*, en ligne sur www.initiative-ppp-afrique.com .

⁵¹ Cf. *Loi no 2015-039 sur le partenariat public privé*, Assemblée Nationale Malgache, 09-12-2015, en ligne sur www.ore.mg ; *Loi no 2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat*, Journal Officiel du Sénégal, no spécial, 25 mars 2014 ; *Loi no 14/0005 du 11 février 2014 portant régime fiscal, douanier, parafiscal, des recettes non fiscales et de changes applicables aux conventions de collaboration et aux projets de coopération ou Loi sur le Partenariat Public Privé*, Journal Officiel (J.O.) de la République Démocratique du Congo (RDC), no spécial, 18 février 2014 ; *Loi no 2006-012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat au Cameroun*, en ligne sur www.initiative-ppp-afrique.com .

forestiers ou tous autres titres permettant l'exercice d'une activité économique⁵².

⁵² Cf. *Loi no 2015-039 sur le partenariat public privé*, Assemblée Nationale Malgache, 09-12-2015, en ligne sur www.ore.mg ; *Loi no 2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat*, Journal Officiel du Sénégal, no spécial, 25 mars 2014 ; *Loi no 14/0005 du 11 février 2014 portant régime fiscal, douanier, parafiscal, des recettes non fiscales et de changes applicables aux conventions de collaboration et aux projets de coopération ou Loi sur le Partenariat Public Privé*, Journal Officiel (J.O.) de la République Démocratique du Congo (RDC), no spécial, 18 février 2014 ; *Loi no 2006-012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat au Cameroun*, en ligne sur www.initiative-ppp-afrique.com .

DESCRIPTION DE L'ORGANISATION ET RÈGLEMENT DU SECTEUR PUBLIC

3.1 Essence du contrat administratif

Relevons que les Institutions Étatiques, à savoir l'État ou l'Administration, les collectivités publiques (les provinces et les entités territoriales décentralisées), les établissements publics administratifs et les sociétés ou les entreprises publiques, utilisent les actes unilatéraux et les contrats administratifs comme moyens de leurs interventions publiques dans l'économie tant nationale qu'internationale⁵³.

Rappelons qu'un contrat est un accord de volonté en vue de créer une ou des obligations juridiques. C'est un engagement volontaire, formel ou informel, seul ou entre plusieurs parties et reconnu par le droit. C'est un engagement volontaire, en ce sens qu'il naît d'un accord assumé et accepté, et ainsi, il diffère des autres obligations, comme celles issues des délits civils, des quasi-délits, des quasi-contrats ou de la loi selon la classification des codes civils. Il est formel ou informel dans la mesure où il n'est pas soumis, sauf exceptions, à des exigences de forme, une liberté qui est le corollaire de l'autonomie des volontés. Le contrat lié au moins deux parties, ce qui le distingue d'un simple

⁵³ Voir TERRÉ, F., *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2012 ; AUBERT, J.-L/SAVAUX, É/FLOUR, J., *Droit civil, les obligations, t.1. : L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2012.

engagement individuel ou d'un droit réel comme la propriété. Tel que reconnu par le droit, le contrat diffère de la promesse qui ne nécessite pas de consécration officielle⁵⁴.

Signalons qu'en droit, le contrat est le principal acte juridique qui fonde la théorie des obligations et fait entrer le consensualisme en droit, principe qui admet comme équivalents chaque mode d'expression de la volonté, entre autres, oral, écrit, gestuel voire l'absence d'expression matérielle, par le contrat tacite. Ainsi, les parties sont obligées par le seul échange des consentements, car seul le consentement oblige, et celui qui a donné son consentement ne pourra s'y soustraire en prétextant qu'une solennité en fait défaut. Ainsi donc, seules les parties sont celles qui peuvent en exiger une certaine prestation. Elles sont dénommées créancières « *créancier* » et débitrices « *débiteur* ». Les ayants droit sont ceux qui ont acquis un droit du créancier ou du débiteur. Et les tiers sont des personnes qui n'étaient ni présentes ni représentées lors de la conclusion du contrat et qui ne sont pas les ayants droit. Les dispositions d'un contrat sont appelées des stipulations ou des clauses⁵⁵.

Soulignons que de nos jours, le nombre des contrats passés quotidiennement par les institutions publiques et les multiples formules contractuelles employées ont considérablement augmenté au plan quantitatif et l'usage du contrat est devenu si courant jusqu'à transformer profondément les méthodes de l'Administration elle-même en devenant « *l'Administration contractuelle* », pour désigner ainsi la

⁵⁴ Cf. FOREST, G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 2012 ; CASTALDO, A/LÉVY, J.-Ph., *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2010.

⁵⁵ Voir ATIAS, Ch., *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2012 ; LÉVY, J.-Ph., « Le consensualisme et les contrats, des origines au Code civil », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995.

nouvelle forme de gestion des intérêts collectifs plus consensuelle et moins arbitraire au plan qualitatif⁵⁶.

Ainsi donc, les contrats administratifs constituent un mécanisme essentiel d'organisation et de règlement de la vie juridique du secteur public. Par exemple, l'un des partenaires importants des États de l'Afrique subsaharienne, en l'occurrence l'Union Européenne (UE), fait du contrat administratif l'une des sources importantes de son Droit Communautaire⁵⁷.

3.2 Identification du contrat administratif

Deux difficultés majeurs tiennent à l'identification réelle du contrat administratif, à savoir la présence d'une personne publique, dotée de prérogatives de puissance publique, nécessaires à la nature authentiquement contractuelle de ces contrats pour ne pas les assimiler à de véritables règlements ; et s'agissant des contrats entre personnes publiques, d'écarter les incertitudes en précisant les indices permettant de conclure à la nature contractuelle du contrat administratif qu'à une simple convention publique⁵⁸.

⁵⁶ Voir Cours de droit.net., *L'identification du contrat administratif*, en ligne sur www.cours-de-droit.net ; JurisPedia, *Principes fondamentaux relatifs à l'exécution du contrat administratif*, 19-04-2009, en ligne sur www.jurispedia.org ; HOEPFFNER, H., *La modification du contrat administratif*, Paris, L.G.D.J., 2009.

⁵⁷ Cf. FROMONT, M., *Grands systèmes de droit étrangers*, Paris, Dalloz, 2009 ; DAVID, R/JAUFFERT-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 2002.

⁵⁸ Voir Cours de droit.net., *L'identification du contrat administratif*, en ligne sur www.cours-de-droit.net ; JurisPedia, *Principes fondamentaux relatifs à l'exécution du contrat administratif*, 19-04-2009, en ligne sur www.jurispedia.org ; HOEPFFNER, H., *La modification du contrat administratif*, Paris, L.G.D.J., 2009.

3.2.1 La nature contractuelle du contrat administratif

3.2.1.1 Les éléments caractéristiques d'un contrat administratif

Selon les différents Codes civils, le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose⁵⁹.

Donc, premièrement, le contrat est une convention, c'est-à-dire un acte juridique formé par l'accord de deux ou plusieurs volontés individuelles, un générateur des droits et des obligations ; et deuxième, toute convention, tout accord en vue de produire un effet juridique n'est pas un contrat au sens strict du terme, un accord de volontés⁶⁰.

Il en résulte que le contrat est, à la fois, générateur ou créateur des droits et d'obligations juridiques et modificateur de l'ordonnancement juridique⁶¹.

Ainsi, la contractualisation de certaines mesures administratives apparaît essentielle dans le cadre de la mise en œuvre de certaines politiques publiques. C'est notamment le cas de certaines mesures incitatives par lesquelles l'administration accorde des avantages fiscaux ou financiers à des entreprises qui s'engagent à mener une action conforme aux objectifs du gouvernement⁶².

Dans ce cas, il s'agit bien de véritables contrats dans la mesure où, en contrepartie de l'avantage alloué, l'entreprise prend un engagement ferme et précis qui en est la condition. Si cet engagement n'est pas

⁵⁹ Cf. RICHER, L./LICHÈRE, F., *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2016 ; HOEPFFNER, H., *Droit des contrats administratifs*, Paris, Dalloz, 2016.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Voir UBAUD-BERGERON, M., *Droit des contrats administratifs*, Paris, LexisNexis, 2015 ; LICHÈRE, F., *Droit des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2014 ; YOLKA, P., *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2013.

⁶² Cf. TERREL, J., *Les théories du pacte social : droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Paris, Seuil, 2001 ; PAUGAM, S., *Solidarité/Solidarités, le contrat social en choix et en actes*, Paris, EHESS, 7 au 9 mars 2007.

respecté, des sanctions contractuelles pourront être infligées et le contrat pourra être résilié.

Ainsi donc, la création d'obligations juridiques est une exigence qui permet de distinguer le contrat des actions concertées, lesquelles reposent uniquement sur la discussion, la négociation et le rapprochement des partenaires. Cette condition permet aussi d'écarter de la sphère contractuelle « *les simples déclarations d'intention, les actes de courtoisie ou de complaisance* ». Ces accords de volontés n'obligent pas juridiquement leurs auteurs parce que ces derniers n'ont pas voulu établir entre eux un rapport juridique permettant d'exiger l'exécution d'une obligation. De tels accords n'ont qu'une valeur morale ou politique. Par exemple, les actes par lesquels l'État et les syndicats envisagent l'avenir d'une entreprise en difficulté ou de mettre fin à un conflit social⁶³.

En somme, il en résulte que la régularité d'un contrat suppose avant tout l'existence d'une volonté de contracter, c'est-à-dire, l'existence d'un consentement des parties. S'il fait défaut, un lien contractuel ne peut être établi. Cela suppose un consentement libre et éclairé. Le fait qu'il ait été donné par erreur ou extorqué par dol ou violence pour une clause ou pour l'ensemble du contrat, emporte nullité des dispositions affectées par le vice. Pour qu'un contrat soit considéré comme conclu, il est nécessaire qu'il y ait accord des parties sur les éléments essentiels dudit contrat, comme par exemple, un accord sur le prix des prestations. Le contrat doit permettre l'existence d'un accord entre des volontés

⁶³ Cf. NOGUELLOU, R./STELKENS, U., *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010 ; CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, EDCE n° 59, La Documentation Française, 2008 ; HOFFMANN, F., *Fiches de droit des contrats administratifs*, Paris, Ellipses, 2014.

distinctes, qui expriment un échange de consentements et non leur simple juxtaposition⁶⁴.

3.2.1.2 La différence d'un contrat administratif avec les autres actes administratifs

Nous nous attèlerons ici à distinguer, d'une part, le contrat administratif de l'acte unilatéral, et d'autre part, le contrat administratif d'une action concertée.

Un acte juridique unilatéral est une manifestation de volonté émanant d'une personne physique ou morale qui entend créer certains effets de droit sans le concours d'une autre manifestation de volonté d'une autre personne⁶⁵.

Au regard de cette définition, la distinction entre l'acte unilatéral et l'acte contractuel semble évidente, en ce sens que le contrat suppose régir les relations réciproques de ses auteurs alors que l'acte unilatéral confère des droits et/ou impose des obligations à des tiers par rapport à son édicition.

Cependant, la pratique se révèle beaucoup plus complexe. En effet, tout acte ressemblant à un contrat n'en constitue pas forcément un, et il

⁶⁴ Voir MARCUS, L., *L'unité des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2010 ; MARTIN, J., *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse droit Paris II, 2008 ; KIRAT, T., *Economie et droit du contrat administratif*, Paris, La Documentation française, 2005 ; LEMAIRE, S., *Les contrats internationaux de l'administration*, Paris, LGDJ, 2005 ; MEKKI, M., *Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004.

⁶⁵ Cf. Vie Publiques, *Actes administratifs unilatéraux, contrats administratifs : Quelles différences ?* 03-06-2013, en ligne sur www.vie-publique.fr ; Étudier, *Distinction acte unilatéral et contrat administratif*, 10-12-2011, en ligne sur www.etudier.com.

existe souvent quelques difficultés à procéder à cette identification alors que celle-ci s'avère nécessaire⁶⁶.

En premier lieu, on constate que le choix entre l'acte unilatéral et l'acte contractuel n'est pas toujours libre. En dépit du principe de liberté contractuelle qui permet à l'administration d'opter pour la démarche contractuelle au détriment du procédé unilatéral, il est des situations dans lesquelles l'administration n'est pas libre de donner à son action la forme qu'elle désire.

Ainsi, il existe des situations où le recours au procédé contractuel est nécessaire et indispensable. C'est le cas lorsque la conclusion d'un contrat est imposée par l'administration par certains textes. Par exemple dans le cas de contrats d'assurance. À l'inverse, le recours au contrat peut être proscrit. C'est le cas lorsque des textes imposant l'édiction de réglementations dans un domaine spécifié.

De façon plus générale, pour réaliser certaines opérations, l'autorité administrative ne peut parfois agir que par la voie de l'action unilatérale, et ce, en raison de la nature de la compétence qui lui a été conférée. C'est ainsi qu'il est fait interdiction à l'autorité de police d'user du procédé contractuel dès lors que l'autorité signataire n'a pas reçu compétence pour signer le contrat.

En second lieu, les effets juridiques attachés à l'acte unilatéral et à l'acte contractuel doivent être différenciés. Certains effets ne s'attachent qu'aux contrats. Ceux-ci lient les parties qui les ont signés et ils tiennent lieu de loi entre elles, force obligatoire du contrat. En conséquence, le juge est lié par leurs dispositions et doit les interpréter suivant la commune intention des parties. En outre, le principe de l'effet relatif domine la matière contractuelle. Cela a pour conséquence que les

⁶⁶ Voir Droit Administratif, *Les actes administratifs unilatéraux et les contrats administratifs*, avril 2011, en ligne sur www.picardie.cafpt.fr ; DDJ, *L'acte administratif unilatéral et contrat administratif*, 15-12-2017, en ligne sur www.doc-du-juriste.com.

contrats ne valent qu'entre les cocontractants et n'engagent pas, sauf cas particuliers, les tiers⁶⁷.

Eu égard ces différents éléments, se pose donc la question de savoir s'il s'agit bien de la conclusion d'un véritable contrat. Premièrement, l'on observe la proximité de l'acte unilatéral et de l'acte contractuel dans la mesure où certains actes unilatéraux interviennent dans la périphérie du contrat, connus sous la dénomination des actes détachables.

Deuxièmement, l'on constate que l'acte unilatéral s'immisce dans les clauses mêmes du contrat. Ainsi, il a été admis qu'un contrat puisse contenir des clauses réglementaires. Il en va de la sorte dans les contrats de concession. Les conséquences contentieuses de l'existence de ces clauses à caractère réglementaire sont essentielles.

Au-delà de cette proximité évidente, une véritable confusion entre l'acte unilatéral et l'acte contractuel peut apparaître. La pratique de l'acte unilatéral négocié en constitue une illustration. Par exemple en matière de réglementation économique et professionnelle, une nouvelle pratique s'est développée. Elle consiste à faire en sorte que le contenu d'un acte unilatéral soit négocié avec ceux auxquels il doit conférer des droits et/ou imposer des obligations⁶⁸.

Ainsi donc, le succès du procédé contractuel s'est traduit par l'apparition de nouveaux concepts de l'action concertée, comme celui de partenariat, conçu comme la mise en place d'espaces de dialogue et de gestion contractuels permettant de réunir pendant quelques années les différentes parties intéressées par la résolution d'un problème.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Voir RICHER, L./LICHÈRE, F., *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2016 ; HOEPFFNER, H., *Droit des contrats administratifs*, Paris, Dalloz, 2016. UBAUD-BERGERON, M., *Droit des contrats administratifs*, Paris, LexisNexis, 2015 ; LICHÈRE, F., *Droit des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2014 ; YOLKA, P., *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2013.

Avec, André de Laubadère⁶⁹, relevons qu'une « certaine confusion » règne entre la concertation et la contractualisation. En effet, « *Si elles vont dans le même sens et bénéficient aujourd'hui d'un engouement comparable* », ces deux notions n'en demeurent pas moins distinctes car la concertation ne débouche pas nécessairement sur la signature d'un contrat. En ce sens, elle apparaît plus comme une simple consultation.

L'action concertée se caractérise par le fait qu'elle exprime un certain accord sans réaliser un échange de consentements. Par exemple, lorsque deux ou plusieurs communes signent entre elles une charte intercommunale de développement et d'aménagement, elles utilisent une procédure contractuelle qui pourrait laisser penser que l'acte auquel elles aboutissent est un contrat. Or, en réalité, l'insuffisance de ses dispositions et son caractère peu contraignant pour les signataires peuvent justifier la qualification d'acte concerté dans la mesure où plusieurs personnes ont participé à son élaboration sans que le résultat de leurs actions respectives prenne la forme d'un véritable contrat⁷⁰.

3.3 Nature administrative des contrats administratifs

Étant donné que tous les contrats des personnes publiques ne sont pas des contrats administratifs, comment déterminer les contrats soumis au droit administratif ? Ainsi, par exemple, les services publics industriels et commerciaux fonctionnent dans les mêmes conditions qu'une entreprise de droit privé. Les liens entre ces services et leurs usagers sont de droit privé et les tribunaux judiciaires sont compétents alors même que le contrat contiendrait une clause exorbitante du droit commun.

⁶⁹ Cf. LAUBADÈRE, A., *Traité de droit administratif, Tome 2, Droit administratif de biens*, Paris, L.G.D.J., 1998.

⁷⁰ *Ibid.*

En effet, une chose est sûre en cas d'un contentieux administratif, le juge administratif n'est pas lié par la qualification donnée par les parties, car selon celui, le caractère d'un contrat administratif ne dépend en aucun cas de la qualification que les parties lui ont donné, car, c'est la nature administrative du contrat qui commande, à la fois, l'application d'un régime spécifique et la compétence du juge administratif en cas de contentieux⁷¹.

3.3.1 Les qualifications législatives de la nature administrative des contrats administratifs

Depuis l'affirmation du principe selon lequel la compétence suit le fond, la nature juridique du contrat influe directement sur la compétence juridictionnelle. Ainsi, la plupart des textes législatifs ne qualifient pas expressément un contrat d'administratif, mais ils se contentent de renvoyer leur contentieux à la juridiction administrative⁷².

Par ce renvoi, l'on en déduit la nature administrative desdits contrats puisque la compétence suit le fond selon l'expression consacrée que « *les marchés passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrat administratif* ».

Cette qualification implique un certain nombre de remarques utiles quant à la définition même du caractère administratif du marché public. En effet, il a des conséquences sur la notion même de contrat administratif et sur une catégorie particulière de contrat, comme les marchés publics d'assurance et pose donc un principe

⁷¹ Voir TIFINE, P., Droit administratif français, Quatrième Partie, Les contrats administratifs, *Revue Générale du Droit*, Décembre 2014, en ligne sur www.revuegenraledudroit.eu ; LE MONDE POLITIQUE, *Critères du contrat administratif*, janvier 2013, en ligne sur www.lemondepolitique.fr.

⁷² Voir JONATHAN, B., *La nature administrative du contrat administratif*, Doc du Juriste, mars 2013, en ligne sur www.doc-du-juriste.com ; GUETTIER, Ch., *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF, 2011.

« d'administrativité » pour tous les marchés passés en application du Code des marchés publics⁷³.

Pendant, cette formule est source d'ambiguïtés sur la reconnaissance des marchés publics de droit privé. Concrètement, on peut citer l'exemple des sociétés d'économie mixte et des établissements à caractère industriel et commercial de l'État. Elle pose aussi quelques difficultés s'agissant des marchés publics d'assurance, car les contrats d'assurance des personnes publiques ne sont pas considérés comme des marchés publics. Ils sont soumis au Code des assurances qui a un régime propre les excluant de celui des marchés publics. Autrement dit, les contrats d'assurance constituent des contrats de droit privé⁷⁴.

3.3.2 Les qualifications jurisprudentielles de la nature administrative des contrats administratifs

Ici, l'on voit apparaître l'office d'un juge administratif, ou plus précisément son « pouvoir » de qualification. Traditionnellement, deux indices ou critères doivent être explicités : le critère organique et le critère matériel⁷⁵.

Concernant le critère organique, la présence d'une personne publique, il s'agit d'un critère invariablement nécessaire à la qualification de contrat administratif. Le principe est d'évidence : pour qu'un contrat soit de nature administrative, il faut qu'au moins un contractant soit une personne publique. Ainsi, trois situations sont donc envisageables, à savoir : soit, d'abord, le contrat est conclu entre une

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Voir GUERIN, E., *Les contrats administratifs*, octobre 2016, en ligne sur www.wikiterritorial.cnftpt.fr.

⁷⁵ Voir AIT-EL-KADI, Z., *Code de justice administrative, Annoté et commenté*, Paris, Dalloz-Sirey, 2017 ; COLIN, F., *L'essentiel des grands arrêts du droit administratif*, Éditions 2017-2018, Paris, Gualino, 2017 ; BRAIBANT, G., DELVOVE, P., GENEVOIS, B., LONG, M., WEIL, P., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2017, en ligne sur www.lgdj.fr.

personne publique et une personne privée, soit, ensuite, le contrat est conclu entre deux personnes publiques, soit, enfin, le contrat est conclu entre deux personnes privées⁷⁶.

Cependant, c'est dans la première situation où il apparaît que le critère organique du contrat administratif n'est pas suffisant, car, un contrat entre personnes publiques est donc administratif si, par son objet même, il fait participer le cocontractant à l'exécution d'un service public, s'il contient des clauses exorbitantes du droit commun ou encore s'il est soumis à un régime exorbitant du droit commun. Autrement dit, il peut exister des contrats de droit privé entre deux personnes publiques, des situations qui sont néanmoins très rares.

Toutefois, un Tribunal français des conflits des lois et des juridictions souligne qu'un « contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif, impliquant la compétence de la juridiction administrative pour connaître des litiges portant sur les manquements aux obligations en découlant, sauf dans les cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé », comme des contrats conclus conformément aux lois et usages du commerce et ceux conclus entre deux établissements publics à caractère industriel et commercial⁷⁷.

Ici, la présomption « d'administrativité » est pensée comme une présomption simple qui doit être écartée si des rapports de droit privé sont présents. Cependant, malgré la présomption selon laquelle les contrats passés par les personnes privées sont des contrats privés, « *Un contrat conclu entre particuliers ne saurait être un contrat administratif puisqu'il n'est même pas un contrat de l'administration* », le Tribunal

⁷⁶ Cf. CJFA, *L'identification du contrat administratif*, en ligne sur www.etudes.cjfa.eu ; *Identification des contrats administratifs*, en ligne sur www.fallaitpasfairedudroit.fr.

⁷⁷ Cf. BRAIBANT, G., DELVOVE, P., GENEVOIS, B., LONG, M., WEIL, P., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2017, en ligne sur www.lgdj.fr.

des conflits a jugé, en considérant de contrats de marchés de travaux conclus entre une société d'économie mixte, concessionnaire de la construction et de l'exploitation d'une autoroute et des entrepreneurs, que « *la construction des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'Etat* » et que « *les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour cette exécution sont soumis aux règles de droit public* ». Cette solution a été étendue aussi à d'autres travaux routiers, notamment les tunnels routiers⁷⁸.

Malgré la prééminence du critère organique, celui-ci doit être complété par le critère matériel pour que le contrat soit qualifié de contrat administratif. Le critère matériel du contrat administratif est alternatif dans la mesure où il se décompose en plusieurs éléments : l'objet, le régime exorbitant, les clauses exorbitantes du droit commun. Il n'intervient que dès lors que l'on est en présence d'un contrat entre une personne publique et une personne privée⁷⁹.

L'administrativité du contrat administratif ne peut résulter que de la preuve d'éléments caractéristiques absents des contrats de droit privé. Laurent Richer⁸⁰, qui a systématisé ce critère, considère que « *la notion de service public a un rôle non exclusif et limité. Tout contrat ayant un lien avec le service public n'est pas un contrat administratif, mais un contrat est administratif, même s'il ne contient pas de clause exorbitante du droit commun, dès lors qu'il a un lien avec le service public suffisamment fort. Il est admis que le contrat est administratif lorsqu'il constitue l'exécution même du service, lorsqu'il fait participer à cette exécution, lorsqu'il confie l'exécution même du service* ».

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Cf. BIBLIOTHÈQUE DU DROIT, *Critère du contrat administratif tiré de la clause exorbitante du droit commun*, en ligne sur www.lagbd.org ; CLAMENS, S., « La distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé au regard du dualisme juridictionnel », *Revue de l'Actualité Juridique Française*, 10-04-2001, en ligne sur www.rajf.org

⁸⁰ Cf. RICHER, L., *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 2016.

Le Tribunal français des conflits des lois et des juridictions précité a analysé trois situations à cet effet, à savoir :

1. 1. Le problème de la qualification du contrat est aisément résolu lorsque celui-ci confie l'exécution même du service public au cocontractant de l'administration, que ce service soit un service public administratif ou public industriel et commercial ;
2. 2. Lorsque le contrat constitue l'une des modalités de l'exécution même du service public, par exemple, des contrats passés par l'administration des Eaux et Forêts en vue de la réalisation d'opérations de reboisement sur des terrains privés ou le contrat « *de décentralisation industrielle* » par lequel une commune accorde des avantages à une entreprise pour l'inciter à s'installer sur son territoire ;
3. 3. Lorsque le contrat comporte une participation à l'exécution du service public, en l'occurrence, les contrats d'engagement d'agents contractuels dans les services publics administratifs, faisant une distinction entre les agents qui participaient directement à l'exécution du service public, bénéficiant d'un contrat de droit public et les agents simplement engagés pour les besoins du service, bénéficiant d'un contrat de droit privé⁸¹.

Désormais, à la suite « *d'une simplification bienvenue* », sont invariablement considérés comme des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi, les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public administratif⁸².

Rappelons qu'à l'inverse, les agents des services publics industriels et commerciaux sont toujours des salariés de droit privé, à l'exception du

⁸¹ Voir BRAIBANT, G., DELVOVE, P., GENEVOIS, B., LONG, M., WEIL, P., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2017, en ligne sur www.lgdj.fr.

⁸² Voir RICHER, L., *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 2016.

directeur et des agents comptables s'ils ont la qualité de comptable public.

Notons également que la notion de clause exorbitante du droit commun permet de qualifier un contrat d'administratif. Pour le Conseil d'État français, il s'agit « *d'une clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales* »⁸³.

Pour la Cour de cassation française, il s'agit d'une clause « stipulant des obligations qui, par leur nature, ne peuvent figurer dans un contrat analogue de droit privé ». Le Tribunal des conflits, quant à lui, retient que « la situation réciproque des contractants n'était pas celle qui, normalement, aurait résulté d'un accord conclu conformément au droit commun »⁸⁴.

Au regard de ces éléments jurisprudentiels, la doctrine a tenté de définir la clause exorbitante. Ainsi, Laurent Richer considère que « *la clause exorbitante est celle qui ne se trouve pas normalement dans un contrat de droit privé. La plupart du temps, la clause exorbitante est une clause qui est soit impossible, soit inusuelle dans les relations entre particuliers* ». Pour autant, l'insertion par les parties d'une clause considérée comme exorbitante du droit commun répond à la volonté de se placer sous un régime de droit public⁸⁵.

Néanmoins, l'on peut concilier ces opinions en considérant, comme le doyen Georges Vedel, que « la présence d'une personne publique au contrat ne permet pas de croire que les clauses qui seraient bien peu

⁸³ Cf. BIBLIOTHÈQUE DU DROIT, *Critère du contrat administratif tiré de la clause exorbitante du droit commun*, en ligne sur www.lagbd.org ; CLAMENS, S., « La distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé au regard du dualisme juridictionnel », *Revue de l'Actualité Juridique Française*, 10-04-2001, en ligne sur www.rajf.org.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Voir RICHER, L., *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 2016

vraisemblables entre des particuliers aient été écrites sous une influence autre que celle de la puissance publique. Le caractère inusuel de la clause a un sens qu'il ne faut pas minimiser ; il témoigne que, si ce n'était pas une personne publique qui avait contracté, la clause n'aurait pas été écrite »⁸⁶.

Autrement dit, la clause exorbitante ne serait que le prolongement du critère organique ; d'une condition normalement nécessaire mais insuffisante, la présence d'une personne publique partie au contrat deviendrait suffisante pour rendre administratif un contrat donné. Bref, la clause exorbitante n'étant, selon cette analyse, que la manifestation dans *l'instrumentum* même du contrat de cette présence.

Cette analyse peut se trouver confortée par le fait que les clauses exorbitantes ne sont, souvent, ou bien que la mention expresse ne soit faite dans le contrat, de pouvoirs que détiendrait, en tout état de cause, la personne publique contractante, tel que le pouvoir de contrôle, ou bien des clauses exclues ou impossibles dans des relations contractuelles de droit privé, telles que le recouvrement des créances par la voie de l'état exécutoire ou l'octroi d'exonérations fiscales.

En somme, le contrat de partenariat public privé est un contrat administratif par lequel l'Etat ou une collectivité publique ou un établissement public ou une société de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'infrastructures, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital⁸⁷.

⁸⁶ Voir VEDEL, G., DELVOLLE, P., *Droit administratif*, Paris, PUF, 1990.

⁸⁷ Cf. PERRIER, N., TORO, M. P., PELLERIN, R., *Une revue de la littérature sur le partenariat publique privé en gestion des projets*, Montréal, CIRRELT,

Les avantages de cette forme nouvelle de contrats sont multiples : l'accélération, par le préfinancement, de la réalisation des projets ; une innovation qui bénéficie à la collectivité par le dynamisme et la créativité du privé ; une approche en coût global ; une garantie de performance dans le temps ; une répartition du risque optimale entre secteur public et privé, chacun supportant les risques qu'il maîtrise le mieux⁸⁸.

3.4 Distinction des principaux contrats administratifs

3.4.1 La distinction entre le marché public et la délégation de service

3.4.1.1 Le critère du prix

Le problème de frontière entre ces deux modes contractuels est essentiel dans la mesure où chaque type de contrat obéit à des règles tout à fait différentes. Et la notion de prix marque la distinction classique qui existe entre le marché public et la convention de délégation de service public. Et aussi la distinction entre le marché public et la convention d'occupation domaniale soulève également de délicats problèmes. Donc, c'est le prix qui est « *un élément au cœur de ce débat* », dirions-nous.

Généralement, le marché public implique le paiement d'un prix, tandis que la délégation de service public implique un financement par les redevances des usagers du service, en ce sens que c'est un contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de

2014 ; IVANON, D., *Les différentes formes de partenariat public privé et leur implantation en Russie*, Strasbourg, ENA, 2007.

⁸⁸ *Ibid.*

percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public⁸⁹.

Notons que la rémunération du délégataire provient non des usagers mais directement de la personne publique délégante. La notion de prix en tant que critère de distinction entre le marché public et la délégation de service public demeure extensive et il est devenu dès lors, l'exigence d'une rémunération, qui se limite à ce que le concessionnaire tire sa rémunération d'une manière ou d'une autre des recettes liées à l'activité de service public.

De nos jours, le problème s'est posé de la qualification de certains contrats qui combinaient deux types de rémunération. En effet, dans cette situation, le cocontractant de la personne publique se paie à la fois par des ressources tirées de l'activité de service public et par des subventions ou des compensations versées directement par la personne publique⁹⁰.

Dans la situation où les deux sources de rémunération sont équivalentes, les possibilités de qualification sont ouvertes. La Haute juridiction administrative française définit les marchés publics par référence au mode de rémunération du cocontractant même si elle ne semble plus exiger la présence exclusive de redevances pour identifier une délégation de service public.

Malgré tout, la notion de « *rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation* » soulève des difficultés d'interprétation. Le Conseil d'État français a indiqué clairement que un contrat par lequel la rémunération du cocontractant était composée d'une

⁸⁹ Voir VIE PUBLIQUE, *Que sont des marchés publics et des délégations de service public ?* 19-08-2013, en ligne sur www.vie-publique.fr ; SAGUEZ, Fl., *Critères distinctifs : marché public et délégation de service public*, 09-07-2009, en ligne sur www.lepetitjuriste.fr ; COURONNE, E./SCHNEIDER, J/YANN, *Les critères récents de distinction entre délégation de service public et marchés publics*, 26-09-2007, en ligne sur www.juristudiant.com.

⁹⁰ *Ibid.*

part d'un prix payé par le SMITOM, une association sans but lucratif, pour le traitement des déchets collectés auprès des adhérents de celui-ci et d'autre part, d'une partie variable provenant tout à la fois des recettes d'exploitation liées au traitement des déchets collectés auprès d'autres usagers que les adhérents du SMITOM, de la vente de l'énergie produite et des éventuelles recettes supplémentaires liées aux performances réalisées dans le traitement des déchets collectés auprès des adhérents du syndicat, même si le prix payé par le SMITOM devait être d'environ 30 % de l'ensemble des recettes perçues par le cocontractant du SMITOM, doit être analysé comme une délégation de service public. Ainsi, la rémunération est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation⁹¹.

Néanmoins, force est de constater que l'application du seul critère du prix est dépassée. Il constitue certes un indice mais pas un critère de différenciation en tant que tel. La jurisprudence française a cristallisé cet indice autour de « *la notion de risque ou d'aléa économique* »⁹².

À ce titre, le droit communautaire européen considère que le véritable critère de la délégation de service public repose sur le risque d'exploitation⁹³. Par exemple, dans un arrêt *Commission c./ Italie* (CJCE, 26 avril 1994), la CJCE a refusé de qualifier de concession le contrat qui confiait à une entreprise l'informatisation de la loterie italienne. Pour justifier cette position, la Cour a précisé que le contrat en cause n'entraînait « *aucun transfert de responsabilité* ».

De même, l'avocat général Antonio La Pergola, dans ses conclusions prononcées dans l'arrêt *BFI Holding*, a retenu quatre critères pour définir la concession de service public parmi lesquels l'existence d'un

⁹¹ Voir AIT-EL-KADI, Z., *Code de justice administrative, Annoté et commenté*, Paris, Dalloz-Sirey, 2017 ; COLIN, F., *L'essentiel des grands arrêts du droit administratif*, Éditions 2017-2018, Paris, Gualino, 2017.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Voir DUBOUIS, L./BLUMANN, Cl., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 2015.

risque économique assumé par le concessionnaire. C'est le mode de rétribution qui constitue le critère d'identification d'une délégation de service public⁹⁴.

3.4.1.2 Le dépassement du critère du prix

De nos jours, il convient d'identifier l'existence du risque à travers le mécanisme de la rémunération, en ce sens que le délégataire se voit en l'espèce garantir par les contrats litigieux, une rémunération totalement indifférente à la performance de l'exploitation. Ainsi donc, la convention de délégation de service public se reconnaît à ce qu'elle fait supporter au délégataire le risque financier de l'exploitation, quel que soit le mode de rémunération choisi. Donc ici, c'est la prise en compte du risque d'exploitation qui devient « *le cœur de ce débat* », dirions-nous encore⁹⁵.

Du point de vue de la théorie économique, Lucien Rapp rappelle, en substance, que le « transfert des risques de l'exploitation d'une activité de service public peut être effectuée sous un régime d'incitation forte, le délégataire supportant alors l'intégralité du risque de coût ou sous un régime d'incitation faible, par laquelle le délégataire est assuré de couvrir ses coûts par la garantie des revenus qui lui sont assurés par anticipation »⁹⁶.

Il en découle que la délégation de service public postule une certaine autonomie du délégataire, une autonomie liée à l'économie de la gestion

⁹⁴ Voir DUBOUIS, L./BLUMANN, Cl., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 2015.

⁹⁵ Voir VIE PUBLIQUE, *Que sont des marchés publics et des délégations de service public ?* 19-08-2013, en ligne sur www.vie-publique.fr ; SAGUEZ, Fl., *Critères distinctifs : marché public et délégation de service public*, 09-07-2009, en ligne sur www.lepetitjuriste.fr ; COURONNE, E./SCHNEIDER, J/YANN, *Les critères récents de distinction entre délégation de service public et marchés publics*, 26-09-2007, en ligne sur www.juristudiant.com.

⁹⁶ Cf. RAPP. L., « L'esprit des lois face à celui du temps », *Revue Française du Droit Administratif*, 1993.

déléguée qui implique en principe un transfert des risques de l'exploitation du service public. Cette autonomie de l'exploitant se reconnaît au fait qu'il fixe, entre autres, le règlement de service, il recrute ses agents, il choisit ses fournisseurs. Mais, son autonomie ne signifie pas qu'il exerce ses activités sans contrôle de la part de l'autorité délégante⁹⁷.

C'est finalement l'idée de contrôle qui constitue un élément de la définition d'une délégation de service public. Cependant, le critère du transfert du risque financier souffre néanmoins d'une difficulté qui nécessite d'analyser la structure financière du contrat⁹⁸.

En somme, au cœur de la définition du marché public, le prix est à la fois un élément d'identification et un élément de différenciation entre le marché public et la convention de délégation de service public. Force est également de reconnaître que le prix constitue le critère de distinction entre le marché public et la convention d'occupation domaniale.

3.4.2 La distinction entre le marché public et la convention d'occupation domaniale

3.4.2.1 Les contrats de mobilier urbain

S'agissant du critère économique et financier, la frontière entre le marché public et la convention d'occupation domaniale pose également quelques délicats problèmes. En effet, les contrats qui soulèvent des difficultés de qualification sont ceux dans lesquels l'occupation domaniale est couplée d'une prestation de travaux, de fournitures ou de services, réalisée par le titulaire du droit avec occupation au profit de la

⁹⁷ Voir SYMCHOWICZ, N., *La notion de délégation de service public : Critique des fondements de la jurisprudence* « Préfet des Bouches-du-Rhône », AJDA, 20 -03-1998, en ligne sur www.swavocats.com

⁹⁸ Voir HOEPFFNER, H., *La délégation de service public : une notion condamnée ?* RLCT, no 98, Février 2014.

collectivité publique, propriétaire du domaine, à savoir les contrats de mobilier urbain⁹⁹.

Par ces contrats dits de mobilier urbain, « les entreprises privées s'engagent à installer gratuitement sur le domaine public des abris destinés notamment aux usagers des transports en commun, des cabines téléphoniques, des panneaux d'information, des poteaux d'indicateurs, etc., et obtiennent en contrepartie, l'autorisation d'exploiter, à titre exclusif, ces supports à des fins publicitaires »¹⁰⁰.

Dans la plupart de ces contrats, les entreprises privées se réservent la propriété du mobilier urbain, partagent avec la collectivité contractante les frais d'entretien de ce mobilier, s'obligent à laisser à la disposition de cette collectivité une partie des emplacements publicitaires pour la diffusion d'informations locales. Les contrats de mobilier urbain apparaissent *a priori* comme des contrats portant occupation privative du domaine public.

Comme dit précédemment, dans un marché public, le prix payé par la personne publique à son cocontractant constitue un élément central de la définition. La notion d'onérosité ne se limite pas au versement d'une somme d'argent. La jurisprudence française a reconnu le caractère onéreux d'un contrat, dès lors qu'une charge, même en nature, est supportée par la personne publique contractante en contrepartie d'une prestation donnée¹⁰¹. En ce sens, la notion d'onérosité s'oppose uniquement, par définition, à la gratuité¹⁰².

⁹⁹ Voir HANSEN, S. Ph., *Distinction entre autorisation d'occupation domaniale et délégation de service public*, Droit Administratif no 4, Avril 2017, comm. 17, en ligne sur www.uggc.com ; TERRIEN, G., *Les contrats de mobilier urbain*, Paris, Territorial éditions, 2007.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ CE, 28 février 1980, *SA Les sablières Modernes d'Aresy*, Rec. CE, p. 110

¹⁰² *Après avoir été qualifié expressément de marchés publics par les sections consultatives du Conseil d'État et par le juge administratif, ce dernier a confirmé la nature onéreuse des contrats de mobilier urbain, soumis aux*

L'abandon des recettes publicitaires par la collectivité au profit de l'entreprise prestataire s'analyse ainsi comme le versement du prix qui caractérise le marché public¹⁰³, voire aussi l'abandon de redevance au titre de l'occupation du domaine public par la collectivité.

Malgré cette qualification acquise, certains auteurs considèrent que dans les contrats de mobilier urbain, « il est possible de concevoir que le cocontractant ne prend pas en charge la totalité du risque d'exploitation, puisqu'il se voit garantir un montant minimum de recettes »¹⁰⁴.

Julien Antoine s'appuie ici sur le critère du risque lié à l'exploitation. Selon lui, « il apparaît évident que l'équilibre financier du contrat nécessite que l'entreprise vende des espaces publicitaires à des tiers à la convention. Il s'ensuit que l'équilibre contractuel repose à titre quasi exclusif sur l'entreprise cocontractante, qui assume donc l'aléa inhérent à l'exploitation du mobilier urbain, à ses risques et périls »¹⁰⁵.

Autrement dit, sauf à reconnaître qu'un marché public est susceptible d'exister lorsque la rémunération de l'entreprise cocontractante est substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service et non par un prix versé par la collectivité publique, les contrats de

dispositions du Code des marchés publics. Une telle qualification trouve à s'expliquer dans la notion extensive de versement de prix par la collectivité cocontractante au titulaire du marché. Cf. LLORENS F. et SOLER-COUTEAUX P., Le champ d'application du Code des marchés publics, Contrats et marchés publics, avril 2001, chron. n° 6, p. 9

¹⁰³ Cette analyse est conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat qui considère qu'un contrat peut être qualifié de marché public en dehors de tout versement d'un prix par l'administration : CE, 18 mars 1988, *Sté Civile des Néo-polders*, Rec. CE, p. 128, s'agissant d'une concession d'endiguage par laquelle le titulaire s'engageait à réaliser des digues pour le compte de l'Etat moyennant une rémunération tirée de l'acquisition de terrains exondés.

¹⁰⁴ Voir ANTOINE J., La nature juridique des contrats de mobilier urbain, *Les petites affiches*, 19 avril 2004, n°78, p. 6

¹⁰⁵ *Ibid.*

mobilier urbain ne constituent pas des marchés publics. Ils se rattachent, dès lors, à la catégorie des conventions d'occupation domaniale.

En somme, la mise en œuvre du critère économique et financier, critères du prix et du risque lié à l'exploitation, est plus ardue qu'il n'y paraît. La qualification des contrats de mobilier urbain en est la preuve. En effet, en ne retenant que le critère du prix, ces contrats apparaissent comme des marchés publics. Mais, en affinant le critère et en prenant en considération le risque lié à l'exploitation, comme le souhaite la jurisprudence française, l'identification de ces contrats semble plus problématique¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Voir HANSEN, S. Ph., *Distinction entre autorisation d'occupation domaniale et délégation de service public*, Droit Administratif no 4, Avril 2017, comm. 17, en ligne sur www.uggc.com ; TERRIEN, G., *Les contrats de mobilier urbain*, Paris, Territorial éditions, 2007.

EXPLICATION DE L'ENJEU DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC PRIVÉ

Que ce soit pour la conception, la construction, le financement, ou l'exploitation ou l'entretien d'un équipement ou d'une infrastructure, le législateur a ouvert la possibilité d'utiliser les services du secteur privé en autorisant la mise en place de partenariat public privé.

Ainsi, le secteur privé peut apporter son expertise au secteur public, chargé de définir les besoins et de retenir la meilleure solution en termes de coûts pour la collectivité et de qualité du service rendu aux usagers. Ainsi donc, les contrats de partenariat public privé s'ajoutent à de nombreuses formules de commande publique qui se distinguent parfois de manière subtile notamment au regard des contraintes qui pèsent sur la personne publique, dont certaines sont soumises au Code des marchés publics, d'autres, ne le sont pas, mais doivent obéir aux grands principes de la commande publique, et d'autres encore sont de simples contrats administratifs¹⁰⁷.

En outre, l'on notera que le partage des risques et des responsabilités respectives du commanditaire public et du fournisseur ou du prestataire

¹⁰⁷ Cf. MAZOUZ, B., Les aspects pratiques des pratiques des partenariats public privé, *Revue Française d'Administration Publique*, no 130, 2009/2, en ligne sur www.cairn.info.

privé y est très divers allant du plus simple au plus complexe, et que, la délégation de service public, une forme particulière de contrat de partenariat public privé, permet aussi de reporter sur le partenaire privé l'ensemble de l'exécution du service payé par l'utilisateur¹⁰⁸.

Ainsi donc, le législateur n'a pas entendu laisser à la discrétion totale des administrations et des institutions administratives concernées le recours aux contrats de partenariat public privé, il a imprimé des formules qui, pour la plupart, connaissent un encadrement juridique très strict, dont les juridictions tant civiles, financières que pénales contrôleront le strict respect¹⁰⁹.

4.1 Objet des contrats de partenariat public privé

Rappelons que les contrats de partenariat public privé sont des contrats administratifs par lesquels une personne publique confie à un tiers, une personne privée, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'infrastructures ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou à la transformation d'infrastructures ou d'équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à

¹⁰⁸ Voir SAUSSIER, S., *Risques et opportunités de partenariat public privé dans le champ des services urbains*, 2015, en ligne sur www.millenaire3.com.

¹⁰⁹ Voir MAKALOU, M., M., *Rôle, enjeux et défis des partenariats public privé en Afrique subsaharienne*, Bamako, Mali, 30 juillet 2016, publié par Noé N'SEMI, *Afrique Nos dossiers*, 03-04-2017; MANOUKIAN, S., *Les partenariats public privé, une solution adaptée pour le financement des infrastructures en Afrique ?* Banque et Stratégie, no 314, 14-05-2013.

d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée¹¹⁰.

Autrement dit, les contrats de partenariat public privé, contrats administratifs par détermination de la loi et de la jurisprudence, présentent des caractéristiques bien définies comme étant, d'une part, des contrats globaux, et d'autre part, en relation avec cette première caractéristique, des contrats nécessairement de longue durée et aux modalités de rémunération originales¹¹¹.

Ainsi donc, les contrats de partenariat public privé sont susceptibles d'être conclus non seulement par l'État, ses collectivités territoriales et leurs établissements publics, mais aussi par les sociétés publiques et les structures de coopération dotées de la personnalité morale publique. En revanche, en sont exclues les personnes privées chargées d'une mission de service public¹¹².

4.1.1 Des contrats globaux

Les contrats de partenariat public privé sont des contrats **globaux**, par lesquels un opérateur privé se voit confier une mission incluant nécessairement au minimum les trois éléments suivants, à savoir : Premièrement, le financement d'investissements immatériels, d'infrastructures ou d'équipements publics ; deuxièmement, la

¹¹⁰ Cf. SUEUR, J.-P./PORTELLI, H., *Note sur les contrats de partenariat, une forme de partenariat public privé, Espagne-Italie-Royaume-Uni*, Juillet 2013, en ligne sur www.senat.fr Net-iris, *Les contrats de partenariat public privé*, 22-05-2012, en ligne sur www.net-iris.fr ; MULLER, P. D., *Les partenariats public privé*, Montréal, Institut Économique de Montréal, 2005, en ligne sur www.iedm.org.

¹¹¹ Cf. MAZOUZ, B., Les aspects pratiques des pratiques des partenariats public privé, *Revue Française d'Administration Publique*, no 130, 2009/2, en ligne sur www.cairn.info.

¹¹² Voir SAUSSIÉ, S., *Risques et opportunités de partenariat public privé dans le champ des services urbains*, 2015, en ligne sur www.millenaire3.com.

construction ou la transformation des infrastructures ou des équipements ; et troisièmement, leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion¹¹³.

Il en résulte que les contrats de partenariat public privé par leur caractère global et leur nature même, constituent une menace à ne pas méconnaître pour l'ensemble des entreprises artisanales, incapables de rivaliser avec les importants groupes de travaux publics, et en pratique, seuls susceptibles de concourir, car, dans la plupart des cas, les petites et moyennes entreprises (PME) ne sont pas de taille pour répondre aux contrats de partenariat public privé et pour rivaliser avec les grands groupes de travaux publics¹¹⁴.

Cependant, pour rendre effective l'obligation de l'engagement du titulaire du contrat de partenariat public privé d'attribuer une partie de celui-ci à des PME et à des entreprises artisanales, il leur est imposé d'insérer dans le contrat de partenariat public privé de clauses relatives aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres

¹¹³ Cf. UPIO KAGURA, W., *Un nouveau cadre juridique pour la promotion du partenariat publique privé en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Emery Mukendi Wafwana et Associates, 30-04-2014 ; PPP Canada, *Les avantages de Partenariat Public Privé*, Ottawa, 2013 ; BRAUNDESHAIES, C., *Les avantages et les enjeux du mode partenariat public privé concernant l'intégration des stratégies et des incitatifs reliés au cycle de vie des immeubles : Analyse de la littérature et d'étude du cas de la maison symphonique de Montréal*, Montréal, UQAM, 2012 ; RÉPUBLIQUE DU CAMEROUN, *Cadre juridique des contrats de partenariat au Cameroun, Lois et textes d'application*, Yaoundé, 2009.

¹¹⁴ Voir HALL, D., *Partenariats public privé : les raisons de leur inefficacité*, Université Greenwich, Unité de recherche internationale sur les services publics, Royaume-Uni, février 2015, en ligne sur www.psir.org ; NZINZI, G., *Le partenariat public privé en République du Congo : À quel prix ?* NAP no 16. Janvier 2014.

entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des entreprises artisanales¹¹⁵.

Il en est de même concernant les sous-traitants auxquels il est fait appel pour la construction des infrastructures et des équipements, une clause fait obligation au titulaire du contrat de partenariat public privé de constituer une caution leur garantissant le paiement au fur et à mesure de la réalisation des travaux, et ce, dans un certain délai maximum, par exemple, de quarante-cinq jours, à compter de la réception de ceux-ci¹¹⁶.

En somme, la personne publique dispose d'un pouvoir de contrôle sur les conditions selon lesquels le titulaire du contrat public privé s'engage à faire appel à d'autres entreprises. Elle peut aussi exprimer des exigences sur les conditions de sélection et d'intervention de ces entreprises¹¹⁷.

Ainsi donc, les contrats de partenariat public privé ne sont pas seulement des contrats globaux, car, ils présentent d'autres spécificités au niveau de leur durée et des modalités de rémunération du cocontractant privé.

¹¹⁵ Voir UPIO KAGURA, W., *Un nouveau cadre juridique pour la promotion du partenariat public privé en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Emery Mukendi Wafwana et Associates, 30-04-2014 ; RÉPUBLIQUE DU CAMEROUN, *Cadre juridique des contrats de partenariat au Cameroun, Lois et textes d'application*, Yaoundé, 2009.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Voir SIBAY, G., *Partenariats public privé*, en ligne sur www.mccarthy.ca ; IOSSA, E/MARTIMORT, D/POUYET. J., *Partenariats public privé : quelques réflexions*, Congrès 2007 de l'Association Française d'Économie, Paris Sorbonne, 2007.

4.1.2 Des contrats nécessairement de longue durée et comportant des modalités de rémunération originales

Les contrats de partenariat public privé sont nécessairement des contrats de longue durée, et ce, en raison de leur objet et de leur caractère global. Cependant, la durée est simplement déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues¹¹⁸. C'est ainsi qu'au plan économique et financier, le recours à un contrat de partenariat public privé ne peut se justifier que sur la durée, et cela par la baisse escomptée des coûts, dans la mesure où la conception, la réalisation, l'exploitation et/ou la maintenance relèvent d'un seul opérateur privé, par un meilleur entretien des ouvrages, ce qui est censé augmenter leur durée de vie, ainsi que par la latitude laissée aux cocontractants de choisir une durée du contrat prenant effectivement en compte les caractéristiques du financement du projet¹¹⁹.

La durée du contrat partenariat public privé est aussi à relier à la rémunération de l'opérateur privé. En effet, cette rémunération présente les trois propriétés caractéristiques du contrat de partenariat public privé

¹¹⁸ Voir SOW, Ab., *Le partenariat public privé dans les infrastructures au Sénégal*, Dakar, 2017 ; DE SERRES, A., « *Le développement d'un partenariat innovateur : Le cas de concessions d'infrastructures publiques* », Acte de Colloque XVe Conférence internationale en management stratégique organisée par l'Association internationale de management stratégique (AIMS), juin 2006, Annecy, France ; INSTITUT ÉCONOMIQUE DE MONTRÉAL, *Les partenariats public privé : une solution pour les services publics plus efficaces*, Mémoire soumis à l'Assemblée Nationale du Québec, aout 2004.

¹¹⁹ Voir BOUDOT, Y., *Enjeux et défis du financement des infrastructures : Études de cas sur les partenariats public privé en Afrique subsaharienne*, Agence Française de Développement, Yaoundé, 10-03-2014 ; BENSARD, J./MARTY, F., *Pertinence et limites des partenariats public privé : Une analyse économique*, Centre Cournot, novembre 2013 ; LA VIE ÉCONOMIQUE, *Les partenariats public privé en Afrique*, Revue de politique économique, no 10, 2005.

suivantes : Premièrement, elle fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat ; Deuxièmement, elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant ; Et troisièmement, elle peut intégrer des recettes annexes¹²⁰.

Autrement dit, primo, contrairement aux marchés publics, les contrats de partenariat public privé permettent à la personne publique de rémunérer la prestation globale par l'intermédiaire de redevances périodiques. Les investissements initiaux ne sont pas obligatoirement payés à leur réception, mais peuvent donner lieu à des règlements tout au long de leur exploitation. Cette modalité de rémunération, qui au demeurant est déjà possible dans les marchés d'entreprise de travaux publics, s'oppose à l'interdiction des paiements différés existant en matière de marchés publics. La clause relative à la rémunération du cocontractant privé pose une véritable obligation de transparence dans la mesure où cette clause de rémunération doit en effet distinguer les différents coûts, notamment, ceux d'investissement, de fonctionnement et de financement¹²¹.

Secundo, il s'agit d'une autre caractéristique de la rémunération dans les contrats de partenariat public privé, celle-ci peut être liée aux objectifs de performance qui sont assignés au cocontractant privé par l'Administration, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des infrastructures et des équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation, et qui doivent

¹²⁰ Voir BANQUE MONDIALE, *Promotion des partenariats public privé africains auprès des investisseurs*, Guide de préparation des projets, 2009, en ligne sur www.worldbank.org ; BIAU, C/DAHOO, K/HOMMA, T., *Comment accroître les investissements privés dans les infrastructures routières en Afrique*, Initiative NEPAD-OCDE pour l'investissement en Afrique, Décembre 2008.

¹²¹ Voir BERNARDINI, N., *La rémunération du partenaire privé dans le contrat de partenariat*, Université d'Aix-Marseille, Mémoire, 14-04-2015, en ligne sur www.slideshare.net.

également faire obligatoirement l'objet d'une clause dans le contrat de partenariat public privé.

Tercio, la rémunération du cocontractant privé peut faire intervenir des recettes accessoires, en particulier celles que le cocontractant privé peut être autorisé à se procurer en exploitant les infrastructures ou des équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante.

Ainsi, le titulaire du contrat de partenariat public privé peut être rémunéré par des revenus complémentaires provenant d'une exploitation alternative de l'équipement réalisé, à condition que cela soit matériellement possible en dehors du service public¹²².

Par principe, nous l'avons déjà fait observer, le contrat de partenariat public privé se caractérise par une grande souplesse. C'est notamment le cas en matière de rémunération. Car, ce type de contrat autorise aussi la mise en place de financements innovants, comme les revenus provenant de la valorisation du domaine public ou des recettes supplémentaires d'exploitation¹²³.

La durée, *nécessairement longue*, du contrat de partenariat public privé, les modalités, *originales*, de la rémunération du partenaire privé ainsi que le *partage des risques* qui intervient entre le cocontractant privé et la personne publique et qui retentit également sur les modalités de la rémunération font partie des mentions obligatoires que doit comporter tout contrat de partenariat public privé et ils constituent des

¹²² *Ibid.*

¹²³ Cf. BOUDOT, Y., *Enjeux et défis du financement des infrastructures : Études de cas sur les partenariats public privé en Afrique subsaharienne*, Agence Française de Développement, Yaoundé, 10-03-2014 ; EKOMAN EKOMAN, J.-N., *Partenariat public privé et valorisation du patrimoine communal*, Yaoundé. CARPA, 13-07-2016 ; HAMEL, P. J., *Les partenariats public privé et les municipalités*, Montréal, Institut de la Recherche Scientifique, 2007.

éléments participant à la définition même du contrat de partenariat public privé¹²⁴.

Ces caractéristiques du contrat de partenariat public privé permettent de le distinguer d'autres types de contrats administratifs, et en particulier des marchés publics et des délégations de service public comme nous l'avons déjà relevé¹²⁵.

En somme, les contrats de partenariat public privé se distinguent des marchés publics en raison de l'interdiction des paiements différés. Ils se distinguent aussi des contrats de délégation de service public par le fait que la rémunération du délégataire est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service¹²⁶.

4.2 Conditions de recours aux contrats de partenariat public privé

En général, le recours aux contrats de partenariat public privé n'est possible que dans deux situations, notamment : celle d'un projet complexe ou celle de l'urgence¹²⁷.

Ainsi, en raison de circonstances particulières ou locales, les contrats de partenariat public privé doivent répondre à des motifs d'intérêt

¹²⁴ Voir McGLASHAN., L., *Les partenariats public privé : Les Canadiens ont-ils toute l'information voulue ?* Bibliothèque du Parlement du Canada, Ottawa, 2015.

¹²⁵ Cf. *Supra*, point 3.4. ss.

¹²⁶ Cf. PYXIS, *Baromètre de la réglementation de la commande publique en Afrique*, Zone CEMAC, Février 2017, en ligne sur www.marches-publics-afrique.com ; CHARREL, N., *Code pratique des marchés publics*, Paris, Le Moniteur, 2017 ; DUCRET, S., *Lexique pratique des marchés publics*, Paris, Éditions du Puits Fleury, 2016.

¹²⁷ Cf. BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010.

général tels que l'urgence qui s'y attache, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien à la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'une infrastructure, d'un équipement ou d'un service déterminé.

Autrement dit, les contrats de partenariat public privé ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation, montre, ou bien que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence¹²⁸.

4.2.1 La complexité du projet envisagé

Le recours à un contrat de partenariat public privé est relatif à la complexité du projet envisagé, première condition. Celle-ci est constituée lorsque la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier et juridique du projet¹²⁹.

Par conséquent, la complexité du projet est une notion objective, en ce sens que le pouvoir adjudicateur doit démontrer qu'il est dans

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Voir PERRIER, N./TORO, M. P./PELLERIN, R., *Une revue de la littérature sur le partenariat public privé en gestion des projets*, Montréal, CIRRELT, 2014 ; BERGERE, F./BEZANCON, X./DERUY, L./FORNACCIARI, M./GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; IVANON, D., *Les différentes formes de partenariat public privé et leur implantation en Russie*, Strasbourg, ENA, 2007.

l'impossibilité *objective* de définir seul et à l'avance les solutions techniques lui permettant de satisfaire ses besoins ou d'établir le montage financier et juridique du projet.

Cette complexité du projet est aussi multiforme, dans la mesure où elle peut bien recouvrir son versant technique et fonctionnel que la question du montage juridique et/ou financier, en raison, par exemple, de la difficulté concernant la répartition des risques.

En revanche, la taille d'un projet n'est pas nécessairement synonyme de complexité ; il en va de même de la difficulté pressentie de sa réalisation en raison, par exemple, de contraintes réglementaires et domaniales¹³⁰.

4.2.2 Le caractère urgent du projet

Selon la jurisprudence constitutionnelle et administrative française, l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat public privé, dès lors qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave qui affecte la réalisation d'infrastructures ou d'équipements publics. Et par conséquent, l'urgence ainsi appréhendée ne saurait se limiter à viser les situations imprévues et ne relevant point de la personne publique¹³¹.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Voir AIT-EL-KADI, Z, *Code de justice administrative, Annoté et commenté*, Paris, Dalloz-Sirey, 2017 ; COLIN, F., *L'essentiel des grands arrêts du droit administratif*, Éditions 2017-2018, Paris, Gualino, 2017 ; BRAIBANT, G./DELVOVE, P./GENEVOIS, B. /LONG, M. /WEIL, P., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2017, en ligne sur www.lgdj.fr . CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, EDCE n° 59, La Documentation Française, 2008.

Au regard de la jurisprudence précitée, l'urgence en tant que condition de recours aux contrats de partenariat public privé, ne paraît point exclure la carence et/ou la négligence de la collectivité publique, dans ce sens qu'un retard préjudiciable ou un retard particulièrement grave qui affecte la réalisation d'infrastructures ou d'équipements collectifs, en est souvent la conséquence. Par exemple, un déficit (insécurité, vétusté) qualitatif et/ou quantitatif d'infrastructures ou d'équipements publics peut résulter d'une insuffisance d'investissements pourtant clairement identifiés et/ou reconnus nécessaires¹³².

Dans tous les cas, le caractère urgent du projet doit être prouvé et non simplement invoqué pour que soit justifié le recours à un contrat de partenariat public privé. Donc, il appartient à la personne publique de démontrer objectivement l'existence d'un retard grave et préjudiciable sous-entendu pour les besoins collectifs à satisfaire d'infrastructures ou d'équipements publics et la nécessité de les combler¹³³.

En somme, il en découle que les conditions relatives à la complexité du projet envisagé et à son caractère d'urgence, renvoient aux conditions intrinsèques à un projet précis, une situation particulière (non pas à des conceptions figées et abstraites) et à une personne publique donnée. En outre, les conditions précitées ne sont ni hiérarchisées, ni cumulatives, ni non plus exclusives l'une de l'autre, car un projet complexe peut aussi s'avérer urgent¹³⁴.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Cf. BRAIBANT, G./DELVOVE, P./GENEVOIS, B. /LONG, M. /WEIL, P., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2017, en ligne sur www.lgdj.fr. CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, EDCE n° 59, La Documentation Française, 2008 ;

¹³⁴ Cf. AIT-EL-KADI, Z., *Code de justice administrative, Annoté et commenté*, Paris, Dalloz-Sirey, 2017 ; COLIN, F., *L'essentiel des grands arrêts du droit administratif*, Éditions 2017-2018, Paris, Gualino, 2017.

4.2.3 L'obligation d'une étude préalable pour justifier le recours à un contrat de partenariat public privé

En principe, la personne publique doit procéder, avant de lancer la procédure de passation d'un contrat de partenariat public privé, à une évaluation préalable ou une étude préalable, qui a précisément pour objet de vérifier que l'une ou l'autre des conditions juridiques requises pour pouvoir recourir à un contrat de partenariat public privé est bien satisfaite. Tel est du moins le premier objet de l'étude préalable¹³⁵.

L'étude préalable a un second objet, qui, au-delà de la vérification des conditions juridiques, doit en outre exposer avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat public privé, et ce, en précisant qu'en cas d'urgence, cet exposé peut être succinct¹³⁶.

¹³⁵ Voir BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; IVANON, D., *Les différentes formes de partenariat public privé et leur implantation en Russie*, Strasbourg, ENA, 2007.

¹³⁶ Il est clair que ces deux objets de l'évaluation préalable, à savoir la complexité du projet envisagé et le caractère urgent du projet, ne sont pas du même ordre. Dans le cadre de la complexité du projet envisagé, il s'agit de vérifier précisément si l'une ou l'autre des conditions juridiques est strictement satisfaite afin qu'ultérieurement la légalité du recours à un contrat de partenariat public privé ne puisse être contestée. Dans le cadre du caractère urgent du projet, l'analyse comparative qui doit bien évidemment être menée de la façon la plus sérieuse et la plus approfondie possible, sauf en cas d'urgence, ne saurait, à ce stade préliminaire de la procédure, prétendre à l'exhaustivité. Autrement dit, cette étude préalable doit non seulement comporter une analyse des coûts mais elle doit aussi porter sur l'étude des performances, sur la répartition des risques

Ainsi, l'étude préalable est à l'évidence l'une des phases les plus délicates de la mise en œuvre d'un projet d'un contrat de partenariat public privé. Sa réalisation exige des compétences dans de nombreux domaines, dont ne disposent pas toujours les pouvoirs adjudicateurs. Donc, le législateur a pris soin de renvoyer à des méthodologies validées par des organismes experts reconnus par décret pour élaborer ces évaluations, ce qui permettra aux personnes publiques comme aux partenaires privés de disposer de référentiels communs pour choisir¹³⁷.

En raison du principe constitutionnel de libre administration, les collectivités territoriales et leurs établissements publics doivent certes procéder elles aussi à une évaluation préalable ayant les deux mêmes objets. Mais cette étude préalable une fois réalisée est présentée à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou à l'organe délibérant de l'établissement public, qui se prononce sur le principe du recours à un contrat de partenariat public privé¹³⁸.

En somme, l'étude préalable doit permettre à la personne publique de recenser les motifs économiques, financiers et juridiques pouvant justifier l'intérêt de recourir à un contrat de partenariat public privé plutôt qu'à un autre mode de contrat administratif ou de commande publique. Autrement dit, il s'agit d'examiner si le recours à un contrat de partenariat public privé est susceptible d'aboutir à une solution moins

économiques, financiers et juridiques entre les partenaires ainsi que sur les motifs susceptibles de justifier le recours à un contrat de partenariat public privé. Cf. CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, EDCE n° 59, La Documentation Française, 2008.

¹³⁷ Cf. AIT-EL-KADI, Z., *Code de justice administrative, Annoté et commenté*, Paris, Dalloz-Sirey, 2017 ; BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010.

¹³⁸ *Ibid.*

coûteuse et/ou plus avantageuse en vue d'atteindre les objectifs recherchés par la personne publique¹³⁹.

¹³⁹ Voir COLIN, F., *L'essentiel des grands arrêts du droit administratif*, Éditions 2017-2018, Paris, Gualino, 2017 ; PERRIER, N/TORO, M. P/PELLERIN,R., *Une revue de la littérature sur le partenariat public privé en gestion des projets*, Montréal, CIRRELT, 2014.

EXAMEN DES TYPES DE CONTRAT DE PARTENARIAT PUBLIC PRIVÉ

5.1 Intégration du cycle de vie d'un projet dans les contrats de partenariat public privé

Selon les cas, nous observons que le concept de cycle de vie peut faire référence autant à la notion de durée de vie de l'infrastructure qu'à la notion de coûts et de niveaux de performance structurelle, économique et environnementale reliées aux différentes phases de durée de vie d'un projet¹⁴⁰.

Issue de *l'Initiative cycle de vie* qui a été lancée en 2002 dans le cadre d'un partenariat international entre le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE) et la Société de Toxicologie et Chimie Environnementale (SETAC) ainsi que le Sommet mondial sur le développement durable de Johannesburg en 2002, le concept de cycle de vie visait à répondre aux enjeux formulés par les gouvernements dans le cadre des déclarations de Malmö en 2000, lesquelles visaient la promotion d'une économie fondée sur le cycle de vie, qui promouvait la

¹⁴⁰ Voir MATRY, F/VOISIN, A/TROSA, S., *Les partenariats public privé*, Paris, Éditions La Découverte, 2006 ; BELEM., G., *L'analyse cycle de vie comme outil de développement durable*, Montréal, UQAM, École des sciences de la gestion, 2005 ;

mise sur pied de modèles de production et de consommation qui soient durables¹⁴¹.

En effet en 2004, le PNUE définissait l'approche cycle de vie comme:

1. Une approche qui consiste à reconnaître en quoi nos décisions déterminent ce qui se passe à chacune des étapes de production et de consommation d'un produit ou d'un service pour pouvoir trouver des compromis valables et faire des choix plus salutaires pour l'économie, l'environnement et la société ;
2. Un mode de pensée qui permet de reconnaître que nos choix s'inscrivent dans un réseau d'événements qui forme un tout ;
3. Une approche qui couvre les possibilités et les risques liés à un produit ou à une technologie sur toute leur chaîne de production et de consommation, qui va de l'extraction des matières premières à leur élimination en fin de vie¹⁴².

Ainsi donc, l'approche cycle de vie est un système de gestion des opérations qui s'oriente vers les exigences prônées par le développement durable.

Notons que deux outils d'analyse apparaissent pertinents en matière de pensée cycle de vie. Il s'agit de l'Analyse cycle de vie (ACV), qui doit servir dans l'élaboration et la mise en application d'une approche de développement durable, et du coût du cycle de vie (CCV) (Life cycle cost (LCC) en anglais), qui est l'évaluation des coûts du cycle de vie et qui est aussi un moyen efficace de prendre en considération les

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Cf. PNUE, *GEO : annuaire 2003*, Caen, Éditions De Boeck Université, 2004 ; PNUE, *L'avenir de l'environnement mondial*, Caen, Éditions De Boeck Université, 2000.

différents coûts que peuvent engendrer les décisions de gestion à chacune des phases de développement d'un projet¹⁴³.

Figure no 2. Cycle de vie d'un projet



Source : Gormand, 1986

5.1.1. L'analyse du cycle de vie d'un projet

Concernant l'ACV, elle est définie par le PNUE, la SETAC et le Centre interuniversitaire de recherche sur le cycle de vie des produits, procédés et services (CIRAIG) comme une méthode multicritère d'évaluation des impacts environnementaux d'un produit ou d'un service sur l'ensemble de son cycle de production et de consommation¹⁴⁴.

Généralement, l'ACV peut s'appliquer à différents niveaux et elle est employée, soit pour la conception, le développement et la mise en marché de produits et services ou soit encore pour l'élaboration de lois, de réglementations et de politiques en matière de gestion des produits¹⁴⁵.

¹⁴³ Cf. MATRY, F/VOISIN, A/TROSA, S., *Les partenariats public privé*, Paris, Éditions La Découverte, 2006 ; VALENTIN, E., *La coopération internationale au développement : un vecteur de développement durable ?* Université Laval, Institut québécois des hautes études internationales, 14-12-2005.

¹⁴⁴ Voir PNUE, *GEO : annuaire 2003*, Caen, Éditions De Boeck Université, 2004 ; PNUE, *L'avenir de l'environnement mondial*, Caen, Éditions De Boeck Université, 2000.

¹⁴⁵ Cf. JOLLIET., O/SAADE, M/CRETZAZ, P/SHAKED, S., *Analyse du cycle de vie : Comprendre et réaliser un écobilan*, Lausanne, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, 2010 ; BENOIT, C., *L'analyse sociale du cycle de vie : Du cadre théorique à l'opérationnalisation*, Montpellier, Université Européenne d'été 2007.

Autrement dit, l'ACV est un outil qui est principalement reconnu pour quantifier les impacts environnementaux, depuis l'extraction des matières premières qui entrent dans la chaîne de production et de consommation des produits et services jusqu'à leur élimination ou récupération en fin de vie, bref, soit du « *berceau à la tombe* », comme le précisent bien Nadia Boeglin et Dominique Veuillet dans une note de synthèse publiée par l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) en 2005¹⁴⁶.

Ainsi donc, la réalisation d'une ACV se fait à deux niveaux. Premièrement au niveau de l'évaluation, quels sont les effets ou les impacts sur l'environnement qui seront examinés ? Et deuxièmement au niveau de l'interprétation de l'analyse qui sera rendue, soit à savoir quels impacts seront retenus, et lesquels feront l'objet de mesures prioritaires de ISO 14040 (1997) à ISO 14043 (2006) ?

Rappelons que la norme élaborée par la SETAC fût rapidement reprise et redéfinie par les normes internationales ISO 14040 (1997) à ISO 14043 (2006), qui en précise désormais le cadre, les principes généraux ainsi que les exigences pour la réalisation de ce type d'analyse. Précisons également que les normes ISO 14041 à 14043 s'adressent plus aux experts réalisant l'ACV¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Cf. BOEGLIN, N/VEUILLET, D., *Introduction à l'analyse de cycle de vie (ACV)*, ADEME, DECCD/DC, mai 2005.

¹⁴⁷ Voir BARRY, Z., *L'ISO 9001 version 2015 au service de la performance des entreprises : Comment mettre en place un système qualité basé sur le norme ISO 9001 version 2015 ?* Saarbrücken, Éditions Universitaires Européennes, 2017 ; FRYBOURG, P., *Les mécanismes et les modes de certification : Accréditation certification Norme ISO 9001*, Paris, Amazon, 2012

En somme, appliqué aux projets, l'ACV s'avère très utile pour mesurer les impacts d'une décision quant à l'utilisation de matériaux, d'équipements ou de systèmes qui entrent dans leur chaîne d'approvisionnement.

5.1.2. Le coût du cycle de vie d'un projet

Quant au coût de cycle de vie, relevons que chaque étape de production et de consommation d'un bien, qui constitue la durée de vie du bien, réfère à un ensemble de coûts qui leur sont propres¹⁴⁸.

C'est la somme de l'ensemble de ces coûts, qui regroupés, façonnent la notion de coût global de cycle de vie, à savoir :

1. Les coûts de développement, qui sont les frais associés à la recherche et au développement et qui contiennent toutes les dépenses engendrées par le développement de tous les prototypes ou essais élaborés.
2. Les coûts d'industrialisation, qui regroupent l'ensemble des frais engendrés par les études de faisabilité et de la production industrielle.
3. Les coûts de production, qui comprennent les ressources qui seront nécessaires à la production du bien. Soit les coûts de main-d'œuvre, de matières premières, d'approvisionnement, des équipements, de l'énergie, des outillages qui entrent dans la production, etc.

¹⁴⁸ Cf. JOLLIET., O/SAADE, M/CRETZAZ, P/SHAKED, S., *Analyse du cycle de vie : Comprendre et réaliser un écobilan*, Lausanne, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, 2010 ; MATRY, F/VOISIN, A/TROSA, S., *Les partenariats public privé*, Paris, Éditions La Découverte, 2006.

4. Les coûts d'utilisation ou communément nommés coûts d'opération, qui sont les dépenses engendrées par l'utilisation comme les besoins en énergie, en personnels, en équipement divers et en assurance.
5. Les coûts de maintenance inclus tous les coûts qui seront engendrés pour maintenir le produit en bon état (maintenance préventive et maintenance corrective) et hormis le coût d'acquisition, celui de la maintenance est généralement le coût le plus significatif.
6. Le coût de destruction ou de récupération, qui est relié soit à la destruction partielle ou totale du bien dans le respect des normes environnementales incluant la vente de certaines composantes qui peuvent être récupérées¹⁴⁹.

Autrement dit, le coût global du cycle de vie serait la somme des coûts reliés aux phases de lancement du projet ; de définition du projet ; de conception du projet ; de construction du projet ; de mise en service du projet ; d'exploitation, d'entretien/de maintenance du projet ; de destruction et de démolition définitive du projet ; ou de réhabilitation, de remplacement du projet ; de recyclage ou de réutilisation de l'ensemble ou d'une partie des composantes du projet.

En somme, la SETAC-Europe Working Group on Life Cycle Costing a défini trois (3) types de coût du cycle de vie : le Conventional LCC, le Environmental LCC et Societal LCC¹⁵⁰.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Cf. MATRY, F/VOISIN, A/TROSA, S., *Les partenariats public privé*, Paris, Éditions La Découverte, 2006.

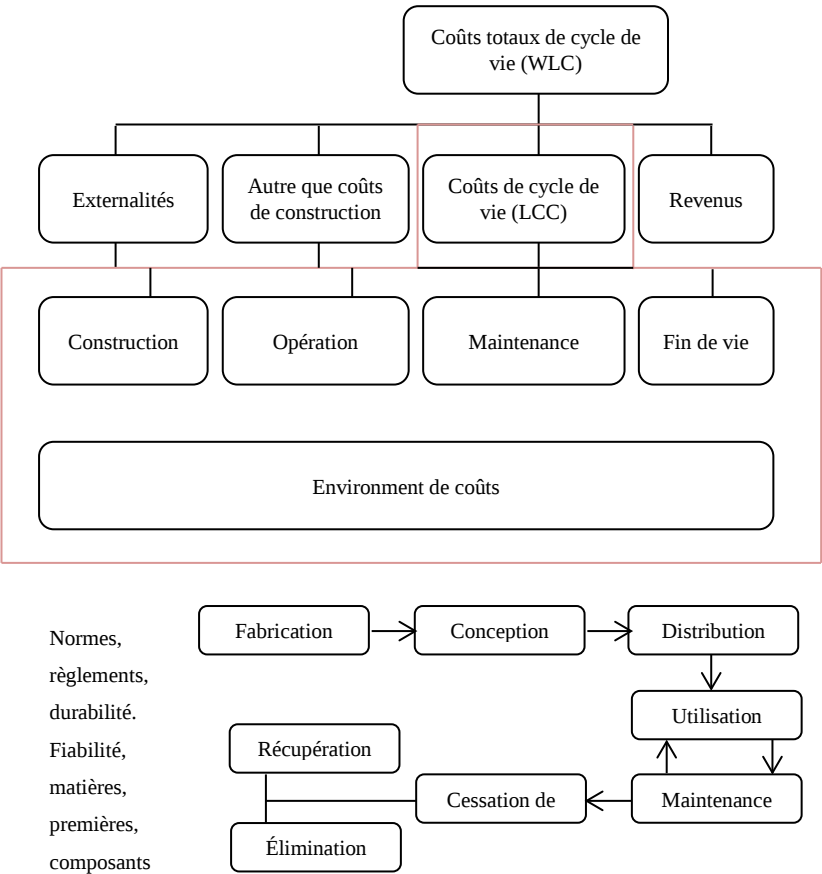
Les « *Conventional LCC* » désignent les coûts directs qui sont couverts par le producteur et/ou l'utilisateur du bien produit durant ses phases de durée de vie, en ce sens que ces types de coûts sont absorbés soit par le producteur ou par l'utilisateur/consommateur durant les phases de vie du bien dont il est question.

Les « *Environmental LCC* » désignent les coûts qui sont assumés par au moins un acteur (fournisseur, constructeur, utilisateur ou consommateur) durant les phases de durée de vie d'un produit. Ces types de coûts sont considérés comme des externalités, mais dans la mesure où ils sont anticipés ils seront internalisés dans les décisions prises durant les phases de durée de vie du bien produit. Précisons que les subventions ou taxes sont à inclure dans les « *Environmental LCC* ».

Les « *Societal LCC* » désignent tous les coûts associés à chaque phase de durée de vie d'un produit qui sont absorbés par la société civile, ceci inclus les générations futures. Ils incluent tous les coûts environnementaux incluant tous les coûts à venir même ceux qui n'ont pas été anticipés¹⁵¹.

¹⁵¹ La durée de vie d'un produit comprend les phases suivantes : Développement ; Industrialisation ; Production ; Utilisation ; Maintenance ; Destruction. Voir MATRY, F/VOISIN, A/TROSA, S., *Les partenariats public privé*, Paris, Éditions La Découverte, 2006.

Figure no 3. Coût du cycle de vie.



Source : La durée de vie des biens dans Gormand, 1986 d'après Laurent J., 1979.

5.2 Modes de prise en charge des projets d'infrastructures publiques et de délivrance de service public

En principe, les infrastructures publiques sont celles dont le financement, la conception, l'exploitation et l'entretien sont à la charge, soit en totalité ou en partie, des administrations publiques¹⁵².

Traditionnellement, les gouvernements ont eu tendance à prendre à leur charge le développement des infrastructures essentielles, soit en régie directe ou par l'intermédiaire d'un concédant public, et principalement dans des secteurs où l'incertitude pesant sur ces marchés pouvait décourager le secteur privé à investir¹⁵³.

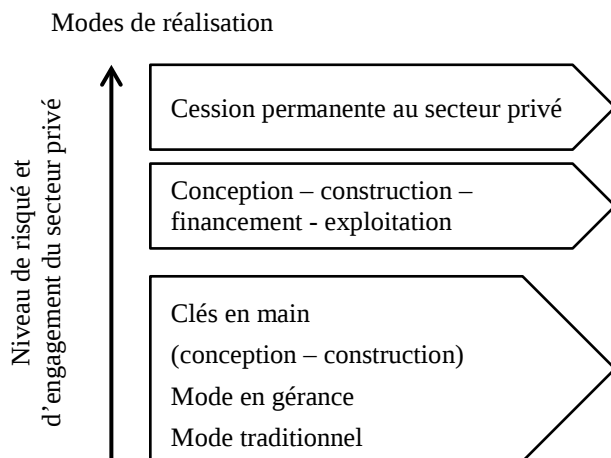
C'est ce que, d'une manière générale, nous désignons ici par la notion de prise en charge des projets d'infrastructures publiques et de délivrance de services publics. Exposons une description des principaux modes, c'est-à-dire, le mode conventionnel, regroupant le mode traditionnel, le mode en gérance, le mode clé en main et le mode des contrats de partenariat public privé¹⁵⁴.

¹⁵² Voir ROBERT, J., *Modèles pour le financement des projets régionaux d'infrastructures et de développement d'intérêt particulier pour les pays d'Europe Centrale et Orientale : Partenariats publics privés dans la politique d'aménagement du territoire*, Bruxelles, Éditions du Conseil de l'Europe, 2001.

¹⁵³ Cf. MAZOUZ, B., Les aspects pratiques des pratiques des partenariats public privé, *Revue Française d'Administration Publique*, no 130, 2009/2, en ligne sur www.cairn.info ; MONERA, F., Les financements innovants de services et de projets publics, *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, PUAM, 2005-1.

¹⁵⁴ *Ibid.*

Figure no 4. Modes de prise en charge des projets d'infrastructures publiques



Source : Adaptation de *Modes de réalisation* d'après le Rapport du vérificateur général du Québec 2009-2010, Tome II, Chap. 5, p. 5.

5.2.1. Les modes conventionnels

Ils comprennent :

1. Le mode traditionnel, qui consiste pour l'organisme public qui souhaite réaliser une infrastructure à lancer les plans et devis détaillés de l'infrastructure avant de procéder au lancement de l'appel d'offres public visant à confier la réalisation de l'infrastructure à un seul entrepreneur ;
2. Le mode en gérance, qui consiste pour l'organisme public ou son mandataire, à confier la réalisation de l'infrastructure à plusieurs entrepreneurs, et ce, après que l'ensemble des plans et devis détaillés des diverses phases ont été complétés ;

3. Le mode clé en main, qui consiste à confier à une entreprise ou à un groupement d'entreprises la préparation des plans et devis et la réalisation de l'infrastructure publique à un prix fixé d'avance¹⁵⁵.

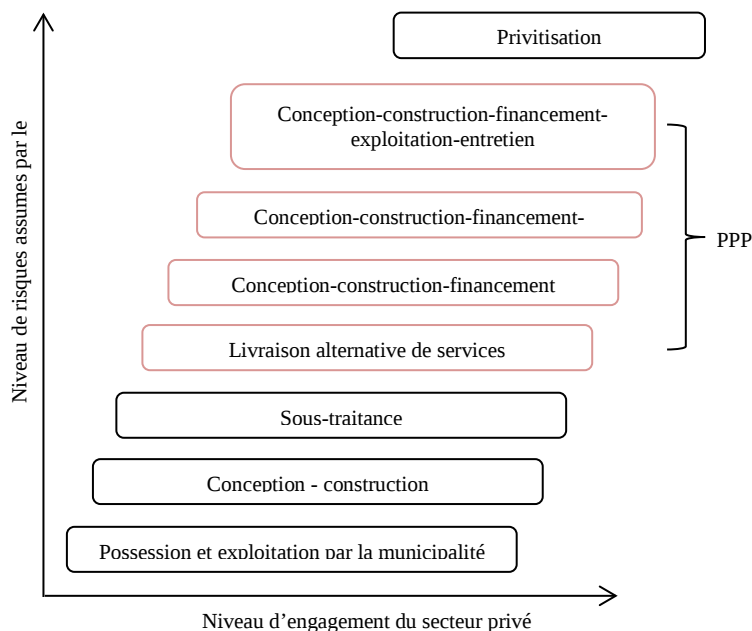
5.2.2. Le mode de partenariat public-privé

Le mode de partenariat public privé implique qu'un organisme public associe une entreprise du secteur privé, avec ou sans financement de la part de celle-ci, à la conception, à la réalisation et à l'exploitation d'une infrastructure publique, un moyen de réconcilier les attentes sociales et la maîtrise des finances publiques et il se positionne aussi comme une alternative à la privatisation¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Voir SAUSSIÉ, S., *Risques et opportunités de partenariat public privé dans le champ des services urbains*, 2015, en ligne sur www.millenaire3.com ; MAZOUZ, B., *Partenariat public privé*. École Nationale d'Administration Publique, Montréal, Québec, 2009, en ligne sur www.dictionnaire.enap.ca ; MULLER, P. D., *Les partenariats public privé*, Montréal, Institut Économique de Montréal, 2005, en ligne sur www.iedm.org.

¹⁵⁶ Cf. BRAUNDESHAIES, C., *Les avantages et les enjeux du mode partenariat public privé concernant l'intégration des stratégies et des incitatifs reliés au cycle de vie des immeubles : Analyse de la littérature et d'étude du cas de la maison symphonique de Montréal*, Montréal, UQAM, 2012 ; BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ;

Figure no 5. Moyens globaux de prise en charge des projets d'infrastructures publiques



Source : Le Conseil canadien pour le partenariat public-privé, 2011, p. 20.

5.2.3. Les autres moyens de prise en charge

Relevons que lorsqu'il s'agit d'associer le secteur privé à la prise en charge de projets et de services publics, d'autres moyens contractuels sont mis à la disposition de l'État, notamment des contrats de sous-traitance, d'impartition, de concession et de privatisation. Soulignons que ses formes contractuelles ne sont pas considérées comme faisant partie de la catégorie des contrats de partenariat public privé et s'en distinguent¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Cf. BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au*

En effet, il s'agit de :

1. La sous-traitance, qui désigne le transfert d'une activité au secteur privé et d'une manière générale, elle représente un faible niveau de risque et requiert un faible niveau d'engagement de la part du secteur privé. Les parties sont liées par un contrat dans lequel le service ou les travaux à réaliser sont définis ainsi que les niveaux de performance à atteindre et les prix sont spécifiés. Par ailleurs, la performance du sous-traitant est généralement traduite par sa capacité à se conformer aux exigences formulées dans le contrat plutôt que par l'atteinte de niveaux de performance ;
2. L'impartition ou la gérance, qui désigne les cas où le secteur public demeure le propriétaire des actifs dont l'opération est transférée au secteur privé. De courte durée, en général trois (3) ans, ce type de contrat ne requiert pas d'investissement de la part du secteur privé qui est rémunéré par l'administration publique. Néanmoins, le secteur privé a la responsabilité d'entretenir les équipements et les systèmes dont il a la charge et, dans certains cas, ce sont des employés du secteur public qui seront engagés et supervisés par le secteur privé. Citons en guise d'exemple, les contrats d'impartition des systèmes informatiques et de télécommunication.
3. La gestion déléguée, qui s'apparente à la forme des contrats de partenariat public privé parce qu'elle permet de céder une partie de la gestion d'une infrastructure au secteur privé, et dans certains cas de transférer une partie des actifs vers le secteur privé.

partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; IOSA, E/MARTIMORT, D/POUYET. J., *Partenariats public privé : quelques réflexions*, Congrès 2007 de l'Association Française d'Économie, Paris Sorbonne, 2007 ; WEIL.SBIAU, V., « *Le développement des procédures de PPP/PFI en Grande-Bretagne* ». MIQCP, 2003.

Ce contrat permet à une organisation publique de transférer différentes activités au secteur privé tel que le financement, la conception, la construction, l'opération et l'entretien d'un actif pendant une période ne dépassant rarement dix (10) ans. Dans certains cas, un droit de perception de tarif à l'usager peut être octroyé au secteur privé, mais sera soumis à la réglementation de l'État.

4. L'affermage, qui s'apparente également à la forme des contrats de partenariat public privé puisqu'il engage le secteur privé sur le long terme. D'une manière générale, dans le cas des contrats d'affermage, les actifs demeurent la propriété de l'État et la rémunération provient des tarifs pratiqués sur les usagers et l'administration est rémunérée par le secteur privé sous forme d'un loyer en échange des équipements mis à la disposition de l'opérateur privé. Le contrat est généralement accompagné d'un cahier des charges qui définit le régime financier qui gouverne les relations entre les parties, la durée de l'entente, les modalités de révision et le contrôle des prix.
5. La concession, qui est une forme de contrat qui permet d'opérer un transfert de risques complet au secteur privé. Dans ce contrat, la propriété des actifs est transférée au secteur privé qui délivrera le service public. Par conséquent, le secteur privé se retrouve avec l'obligation de financer et d'exploiter le projet. Dans ce mode contractuel, le secteur privé est rémunéré exclusivement sur la base de revenus associés à l'exploitation d'un service délivré à l'usager. C'est la forme contractuelle qui se rapproche le plus de la privatisation puisqu'en principe, le partenaire privé supportera le risque commercial qui est lié au succès du projet. Comme dans le cas de la gestion déléguée, la concession a comme vertu de responsabiliser le partenaire privé et cette

responsabilisation est réputée garantir une optimisation d'ensemble de la performance économique de la fourniture.

6. La privatisation, qui se traduit par la cession définitive d'un actif ou d'une activité traditionnellement délivrée par le secteur public au secteur privé¹⁵⁸.

Notons que la frontière entre le contrat de concession et un contrat de partenariat public privé est parfois difficile à bien cerner pour de multiples raisons.

En effet, ces types de contrats ont deux points communs. Premièrement, le transfert de risques du secteur public au secteur privé est considéré comme le facteur essentiel d'optimisation de la dépense publique et de l'augmentation de l'efficacité ; et deuxièmement, les avantages nets d'un projet sont calculés en fonction de leur cycle de vie. La raison est que dans ces types de contrats, le partenaire privé s'engage sur une longue période qui dépasse le cadre de la conception et/ou construction du projet.

Cependant, la concession doit se distinguer des contrats de partenariat public privé en fonction de l'importance du risque assumé par le prestataire privé et de sa principale source de revenus, droits prélevés sur les usagers ou commissions versées par l'État. De plus, dans son expression la plus stricte, quand, il y a concession, ce n'est pas l'État qui rémunère l'opérateur privé pour les services fournis, mais plutôt l'opérateur privé qui rémunère l'État pour avoir le droit d'exploiter l'actif¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Cf. DE SERRES, A., « *Le développement d'un partenariat innovateur : Le cas de concessions d'infrastructures publiques* », Acte de Colloque XVe Conférence internationale en management stratégique organisée par l'Association internationale de management stratégique (AIMS), juin 2006, Annecy, France.

¹⁵⁹ *Ibid.*

5.3 Formes des contrats de partenariat public privé

Il existe différentes formes ou permutations possibles contractuelles de partenariat public-privé qu'il est possible de classer selon le degré de risque assumé par le partenaire privé et selon son degré d'engagement sur le long terme et qui regroupent plusieurs activités telles que le financement, la conception, la construction, l'exploitation, l'entretien et la destruction¹⁶⁰.

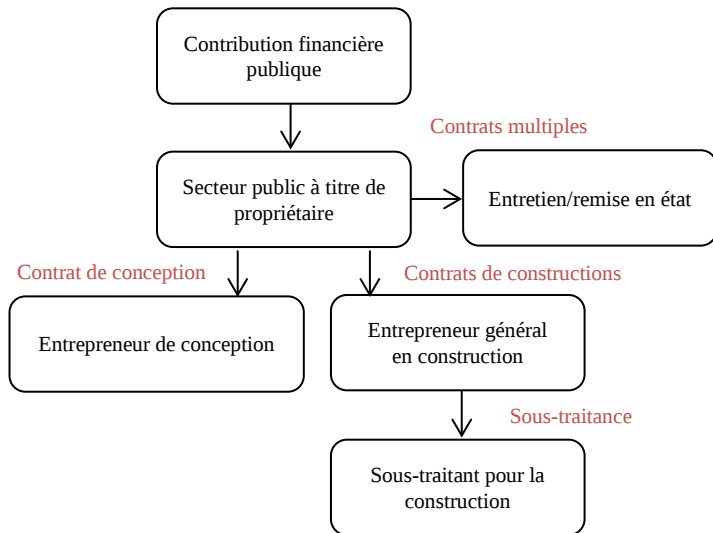
5.3.1 Le modèle conception-construction ou conception-soumission-construction

C'est un modèle traditionnel de livraison d'infrastructures. Dans ce mode, l'investisseur public conserve la direction du projet et réalise en interne ou donne à contrat la conception et l'élaboration technique, financière et contractuelle.

¹⁶⁰ Cf. PERRIER, N/TORO, M. P/PELLERIN, R., Une revue de la littérature sur le partenariat public privé en gestion de projets, Montréal, CIRRELT, 2014 ; SUEUR, J.-P/PORTELLI, H., *Note sur les contrats de partenariat, une forme de partenariat public privé, Espagne-Italie-Royaume-Uni*, Juillet 2013, en ligne sur www.senat.fr ; BENSID, J/MARTY, F., *Pertinence et limites des partenariats public privé : Une analyse économique*, Centre Cournot, novembre 2013 ; BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; IVANOV, D., Les différentes formes de partenariat public privé et leur implantation en Russie, Strasbourg, ENA, 2007 ; INSTITUT ÉCONOMIQUE DE MONTRÉAL, *Les partenariats public privé : une solution pour les services publics plus efficaces*, Mémoire soumis à l'Assemblée Nationale du Québec, août 2004 ; BEZANÇON, X., Une approche historique du partenariat public privé, *Revue d'Économie Financière*, 1995 ; SIBAY, G., *Partenariats public privé*, en ligne sur www.mccarthy.ca.

Pendant la construction, il agit à titre de client et de contrôleur. Une fois la mise en service, le constructeur est rémunéré par le secteur public qui assurera la gestion et l'administration des phases d'exploitation, d'opération et d'entretien durant toute la durée de vie de l'infrastructure. Le secteur public assure également la livraison de service public, qu'il peut aussi sous-traiter au terme d'un processus d'appel d'offres¹⁶¹.

Figure no 6. Modèle conception-construction



Source : Le Conseil canadien pour le partenariat public-privé, 2011, p. 21.

5.3.2 Le modèle conception-construction-financement

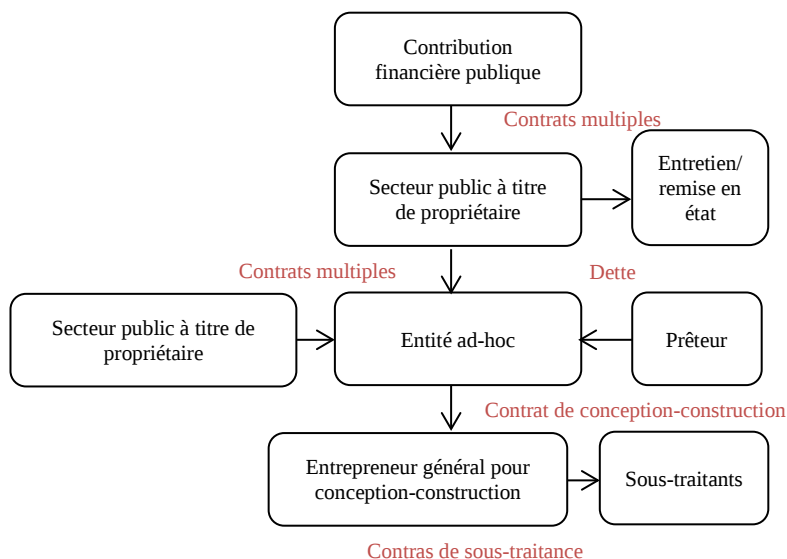
C'est un modèle de livraison du partenariat public privé. Dans ce cas, le partenaire privé est responsable de financer, de concevoir et de

¹⁶¹ Cf. PERRIER, N/TORO, M. P/PELLERIN, R., Une revue de la littérature sur le partenariat public privé en gestion de projets, Montréal, CIRRELT, 2014 ; BEZANÇON, X., Une approche historique du partenariat public privé, *Revue d'Économie Financière*, 1995 ; SIBAY, G., *Partenariats public privé*, en ligne sur www.mccarthy.ca.

construire une infrastructure en réalisant les exigences de coût et de performance préalablement définies par le secteur public.

Les risques de dépassement de coûts associés aux phases de conception et de construction sont assumés par le partenaire privé jusqu'à l'achèvement des travaux et la remise de l'infrastructure. Le partenaire privé est sélectionné au moyen d'un processus d'appel d'offres et n'assume aucun risque d'exploitation et d'entretien¹⁶².

Figure no 7. Modèle conception-construction-financement



Source : Le Conseil canadien pour le partenariat public-privé, 2011, p. 21.

¹⁶² Cf. SUEUR, J.-P./PORTELLI, H., *Note sur les contrats de partenariat, une forme de partenariat public privé, Espagne-Italie-Royaume-Uni*, Juillet 2013, en ligne sur www.senat.fr ; BENSARD, J./MARTY, F., *Pertinence et limites des partenariats public privé : Une analyse économique*, Centre Cournot, novembre 2013 ; BERGERE, F./BEZANCON, X./DERUY, L./FORNACCIARI, M./GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010.

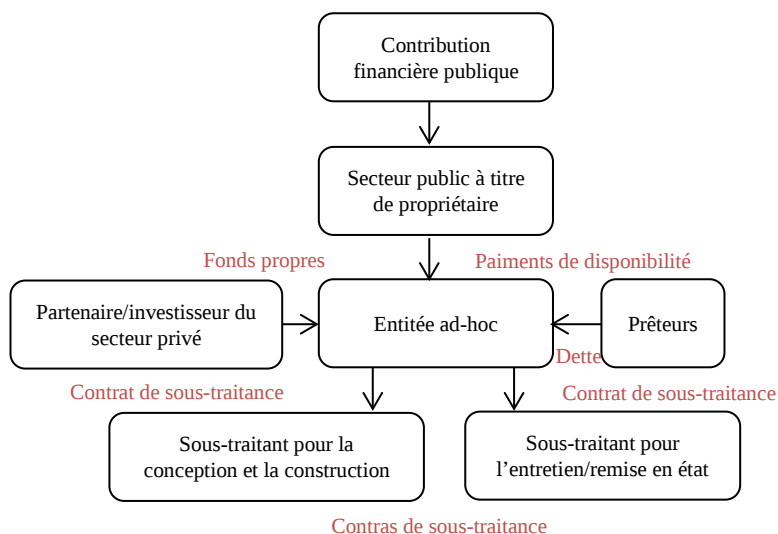
5.3.3 Le modèle conception-construction-financement-entretien

C'est un modèle de livraison du partenariat public privé. Dans ce cas, le secteur privé finance, conçoit, construit l'infrastructure et est responsable de son maintien selon les termes d'un contrat préalablement défini avec le secteur public.

Le partenaire privé est sélectionné au terme d'un processus d'appel d'offres et n'assume généralement aucun risque concernant l'exploitation du service. Il aura la responsabilité de maintenir l'infrastructure selon les exigences de performance définies dans le contrat de partenariat public privé.

Donc, ce modèle permet d'intégrer les coûts du cycle de vie au-delà des coûts de conception et de construction. Par ailleurs, ces coûts concernent uniquement l'entretien et la maintenance de l'infrastructure et des équipements identifiés dans l'entente de partenariat public privé pendant la durée du cycle contractuel¹⁶³.

¹⁶³ Cf. BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; IVANOV, D., *Les différentes formes de partenariat public privé et leur implantation en Russie*, Strasbourg, ENA, 2007 ; INSTITUT ÉCONOMIQUE DE MONTRÉAL, *Les partenariats public privé : une solution pour les services publics plus efficaces*, Mémoire soumis à l'Assemblée Nationale du Québec, aout 2004.

Figure no 8. Modèle conception-construction-financement-entretien

Source : Le Conseil canadien pour le partenariat public-privé, 2011, p. 22.

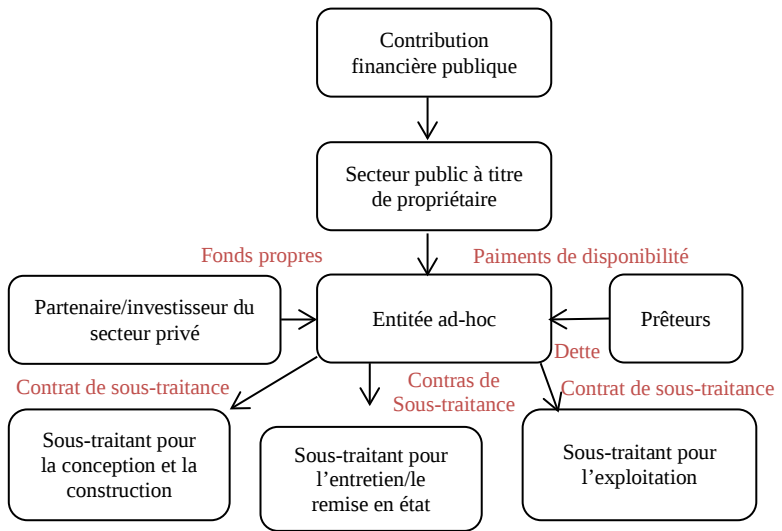
5.3.4 Le modèle conception-construction-financement-exploitation-entretien

C'est un modèle de livraison du partenariat public privé. Dans ce cas, le secteur privé est responsable de concevoir, de construire, de financer, d'opérer et de maintenir une infrastructure selon les termes d'un contrat préalablement défini avec le secteur public.

L'intégration des fonctions de conception, de construction, de financement, d'opération et de maintenance incite le partenaire privé à davantage tenir compte des coûts du cycle de vie et à adopter une approche intégrée pour concevoir et exploiter une infrastructure par la suite. Encore une fois, le partenaire privé est sélectionné à la suite d'un processus d'appel d'offres¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Cf. PERRIER, N./TORO, M. P./PELLERIN, R., Une revue de la littérature sur le partenariat public privé en gestion de projets, Montréal, CIRRELT, 2014 ; BERGERE, F./BEZANCON, X./DERUY, L./FORNACCIARI, M./GOULARD,

Figure no 9. Modèle conception-construction-financement-exploitation-entretien



Source : Le conseil canadien pour le partenariat public-privé, 2011, p. 23.

5.3.5 Les modèles de la Banque Mondiale

La Banque mondiale rassemble elle aussi dans la *World Bank's Private Participation in Infrastructure Projects Database* d'autres types de contrats dans lequel le secteur privé investit et qui se rapporte au contrat de partenariat public privé¹⁶⁵.

Il s'agit de :

G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; IVANOV, D., *Les différentes formes de partenariat public privé et leur implantation en Russie*, Strasbourg, ENA, 2007 ; MATRY, F/VOISIN, A/TROSA, S., *Les partenariats public privé*, Paris, Éditions La Découverte, 2006.

¹⁶⁵ Cf. WORLD BANK GROUP, *Private Participation in Infrastructure Database*, en ligne sur www.ppi.worldbank.org.

1. *Management and lease contracts*, qui désignent les cas où le secteur public délègue au secteur privé pour un temps donné l'exploitation d'une infrastructure dont la propriété demeure publique. Ces contrats ressemblent au type d'affermage.
2. *Concession contracts*, qui désignent les cas où la propriété d'une infrastructure est transférée au secteur privé pour une période donnée. Celle-ci assumera les frais d'exploitation et les investissements possibles durant la durée du contrat.
3. *Greenfield projects*, qui désignent les nouveaux projets qui sont en totalité financés, conçus, construits, exploités et maintenus, soit par une entité strictement privée ou une entité public privé durant un temps donné fixé par un contrat. Dans ce cas, la propriété de l'actif est cédée pour le temps de l'entente de partenariat au secteur privé et elle sera rétrocédée au secteur public une fois l'entente arrivée en fin de contrat.
4. *Divestiture contracts*, qui réfèrent au contrat de type concession lorsque le secteur privé fait l'acquisition d'un actif public dans le cadre d'une opération de privatisation¹⁶⁶.

En somme, nous avons observé, que le contrat de partenariat public privé est un mode de prise en charge des projets publics qui se distingue de la manière traditionnelle qu'avait l'État de financer, de développer et de gérer ses grands projets d'infrastructures, un mode hybride entre la frontière publique et la frontière privée, qui se distingue du mode

¹⁶⁶ Cf. THE WORLD BANK, *Infrastructure and Public Private Partnerships*, en ligne sur www.worldbank.org; BANQUE MONDIALE, *Promotion des partenariats public privé africains auprès des investisseurs*, Guide de préparation des projets, 2009, en ligne sur www.worldbank.org; BIAU, C/DAHOO, K/HOMMA, T., *Comment accroître les investissements privés dans les infrastructures routières en Afrique*, Initiative NEPAD-OCDE pour l'investissement en Afrique, Décembre 2008; LA VIE ÉCONOMIQUE, *Les partenariats public privé en Afrique*, Revue de politique économique, no 10, 2005.

traditionnel de régie directe, du mode en gérance ainsi que du mode clé en main. Il est aussi un type de contrat non conventionnel qui diffère des contrats de sous-traitance et d'impartition en raison notamment de la durée des contrats¹⁶⁷.

Également, il diffère de la gestion déléguée en raison du niveau de risques assumés par le secteur privé, et tout comme, il diffère du contrat d'affermage en raison de la propriété de l'actif qui demeure privée durant toute sa durée de vie et dont le cadre bâti est mis à la disposition de la délivrance d'un service public sous la forme d'un contrat de location, mais, il s'apparente parce que ce type de collaboration concerne les projets où le secteur privé n'a pas à concevoir, à financer et à construire l'actif.

Finalement, Le mode de partenariat public privé correspond au type de la concession, car dans ce type, le secteur privé se charge de concevoir, de financer, de construire, d'exploiter et d'entretenir un actif durant la durée d'une entente préétablie et de la Private Finance Initiative (PFI) dans la mesure où le mode de rémunération serait établi sur la base de paiements mensuels indexés au niveau de performance et de qualité à atteindre¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Cf. BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; IVANOV, D., *Les différentes formes de partenariat public privé et leur implantation en Russie*, Strasbourg, ENA, 2007.

¹⁶⁸ Voir PERRIER, N/TORO, M. P/PELLERIN, R., *Une revue de la littérature sur le partenariat public privé en gestion de projets*, Montréal, CIRRELT, 2014 ; SUEUR, J.-P/PORTELLI, H., *Note sur les contrats de partenariat, une forme de partenariat public privé, Espagne-Italie-Royaume-Uni*, Juillet 2013, en ligne sur www.senat.fr ; BENSAD, J/MARTY, F., *Pertinence et limites des partenariats public privé : Une analyse économique*, Centre Cournot, novembre 2013.

ÉNONCIATION DES PRINCIPALES CONTRAINTES LIÉES AUX CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC PRIVÉ

Notons que le contrat de partenariat public privé laisse aux partenaires une grande latitude au niveau de son objet ainsi qu'au niveau du mode de rémunération du cocontractant privé. Cependant, il se caractérise, pour ce qui est de sa procédure et de son contenu, par une certaine rigidité¹⁶⁹.

6.1 Procédure applicable en matière des contrats de partenariat public privé

6.1.1 Les principes généraux applicables

La passation d'un contrat de partenariat public privé est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures, communément dénommés les principes généraux de la commande publique¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Voir BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; IVANOV, D., *Les différentes formes de partenariat public privé et leur implantation en Russie*, Strasbourg, ENA, 2007.

¹⁷⁰ *Ibid.*

Rappelons que le principe de liberté d'accès et celui d'égalité de traitement des candidats, sont des principes bien établis, et aussi applicables aux marchés publics.

Ainsi, après la phase de l'étude préalable, la personne publique doit faire en sorte que les principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats soient effectivement respectés, et que la procédure soit aussi conduite avec objectivité¹⁷¹.

6.1.2 Les acteurs de la procédure

Selon la personne publique en cause, l'autorité habilitée à l'engager dans le cadre d'une procédure de partenariat public privé varie. De façon classique, l'autorité habilitée à conduire la procédure pour les collectivités territoriales est l'organe exécutif chargé d'exécuter les décisions de l'Assemblée délibérante de la collectivité territoriale concernée¹⁷².

Ainsi, c'est évidemment l'Assemblée délibérante ou l'organe délibérant qui autorise le lancement de la procédure en se prononçant sur le principe du recours à un contrat de partenariat public privé au vu de l'étude préalable. À la fin de la procédure, l'Assemblée délibérante ou

¹⁷¹ Cf. BRAUNDESHAIES, C., *Les avantages et les enjeux du mode partenariat public privé concernant l'intégration des stratégies et des incitatifs reliés au cycle de vie des immeubles : Analyse de la littérature et d'étude du cas de la maison symphonique de Montréal*, Montréal, UQAM, 2012 ; BERNARDINI, N., *La rémunération du partenaire privé dans le contrat de partenariat*, Université d'Aix-Marseille, Mémoire, 14-04-2015, en ligne sur www.slideshare.net.

¹⁷² Voir EKOMAN EKOMAN, J.-N., *Partenariat public privé et valorisation du patrimoine communal*, Yaoundé. CARPA, 13-07-2016 ; HAMEL, P. J., *Les partenariats public privé et les municipalités*, Montréal, Institut de la Recherche Scientifique, 2007.

l'organe délibérant autorise la signature du contrat de partenariat public privé par l'organe exécutif ou déclare la procédure infructueuse¹⁷³.

Quant aux candidats à un contrat de partenariat public privé, ils peuvent être soit des entreprises individuelles, soit des groupements d'entreprises¹⁷⁴.

6.1.3 L'attribution du contrat ou les critères de sélection

Le contrat de partenariat public privé est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse par application des critères définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation dans le cas de la délégation de service¹⁷⁵.

La phase de jugement des offres n'impose pas le classement de toutes les offres mais ce classement semble découler naturellement de l'application d'une grille de critères pondérés. Si la personne publique

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Cf. BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; INSTITUT ÉCONOMIQUE DE MONTRÉAL, *Les partenariats public privé : une solution pour les services publics plus efficaces*, Mémoire soumis à l'Assemblée Nationale du Québec, août 2004.

¹⁷⁵ Cf. HALL, D., *Partenariats public privé : les raisons de leur inefficacité*, Université Greenwich, Unité de recherche internationale sur les services publics, Royaume-Uni, février 2015, en ligne sur www.psiru.org ; BENSALID, J/MARTY, F., *Pertinence et limites des partenariats public privé : Une analyse économique*, Centre Cournot, novembre 2013 ; MORIC, K., *Les partenariats public privé, le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2009 ; DE SERRES, A., « *Le développement d'un partenariat innovateur : Le cas de concessions d'infrastructures publiques* », Acte de Colloque XVe Conférence internationale en management stratégique organisée par l'Association internationale de management stratégique (AIMS), juin 2006, Annecy, France ;

choisit de mettre fin à la procédure, elle attribue le contrat de partenariat public privé. Donc, celui-ci peut être signé par les parties concernées, ce qui marque la fin de la procédure¹⁷⁶.

6.2 Clauses obligatoires dans tout contrat de partenariat public privé

6.2.1 Les mentions obligatoires

En général, tout contrat de partenariat public privé doit obligatoirement contenir douze mentions¹⁷⁷. Ces mentions concernent :

1. La durée du contrat ;
2. Le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant privé ;
3. Les objectifs de performance assignés à ce cocontractant privé ;
4. La rémunération du cocontractant privé ;
5. Les obligations du cocontractant privé relatives à la protection du domaine public et/ou du service public ;
6. Les modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat ;
7. Les sanctions et les pénalités applicables au cocontractant privé en cas de manquement à ses obligations ;
8. Les modifications du contrat de partenariat public privé, notamment la situation d'une cession partielle ou totale du contrat ;

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Cf. BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; MATRY, F/VOISIN, A/TROSA, S., *Les partenariats public privé*, Paris, Éditions La Découverte, 2006.

9. La défaillance du cocontractant privé ;
10. Les conséquences de la fin du contrat de partenariat public privé ;
11. Les modalités de prévention et de règlement des litiges ;
12. Le recours éventuel à l'arbitrage¹⁷⁸.

Par exemple, aux termes de la loi congolaise relative au partenariat public privé¹⁷⁹, Certaines mentions spécifiques aux contrats de partenariat public privé sont soulignées particulièrement.

C'est ainsi :

1. Que les contrats de partenariat public privé sont conclus pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, qui doit être expressément spécifiée ;
2. Qu'ils doivent indiquer les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant privé ;
3. Qu'ils doivent fixer au cocontractant privé des objectifs de performance, variables d'un contrat à un autre mais mesurables pendant toute la durée du contrat, et ce, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des infrastructures et des équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation, et qui sont d'autant plus importants qu'ils constituent ou sont censés constituer l'une des raisons majeures du recours à ce contrat global qu'est le contrat de partenariat public privé ;

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Cf. Loi no 140005 du 11 février 2014 portant régime fiscal, douanier, parafiscal, des recettes non fiscales et de changes applicables aux conventions de collaboration et aux projets de coopération ou Loi sur le Partenariat Public Privé, J.O, no spécial, 18 février 2014.

4. Qu'ils doivent comporter des dispositions précises concernant cet élément caractéristique du contrat de partenariat public privé et susceptible d'être lié aux objectifs de performance assignés au cocontractant privé, à savoir sa rémunération, dispositions qui doivent faire la distinction entre ce qui relève de l'investissement, le fonctionnement et le financement et qui permettent à la personne publique de payer la prestation globale par redevances périodiques ;
5. Qu'ils doivent également contenir des clauses concernant la protection du domaine public, en d'autres termes, des clauses garantissant l'intégrité et l'affectation d'un bien au domaine public et en outre, ce qui est moins spécifique des clauses relatives au respect des exigences constitutionnelles du service public, dans la mesure où, lorsque le projet implique pour sa réalisation l'occupation d'emprises du domaine public de la personne publique cocontractante, le contrat de partenariat public privé vaut titre d'occupation de ce domaine public pour sa durée, et où le cocontractant privé dispose le plus souvent d'un droit réel sur les infrastructures et les équipements qu'il réalise, ce qui a pour effet de lui donner sur eux les prérogatives du propriétaire public.

S'agissant des modalités de contrôle de l'exécution du contrat ou des sanctions et pénalités, les contrats de partenariat public privé doivent encore comporter des dispositions spécifiques :

6. Certes, les modalités de contrôle de l'exécution du contrat sont variables d'un contrat à un autre, mais elles doivent obligatoirement prévoir, d'une part, le contrôle des objectifs de performance, et, d'autre part, le recours à d'autres entreprises, et en particulier le respect de l'engagement du cocontractant privé d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des entreprises artisanales ;

7. Les manquements du titulaire du contrat de partenariat public privé à ses obligations contractuelles doivent en outre être sanctionnés par des clauses spécifiques du contrat de partenariat public privé, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance.

En revanche, les clauses relatives aux modifications éventuelles du contrat de partenariat public privé, à la défaillance du cocontractant privé, aux conséquences de la fin du contrat de partenariat public privé, ou encore à la prévention et au règlement des litiges ainsi qu'au recours éventuel de l'arbitrage avec application de la loi nationale ne sont pas spécifiques aux contrats de partenariat public privé¹⁸⁰.

6.2.2 Les autres mentions obligatoires

Lorsque le contrat de partenariat public privé confie tout ou partie de la conception des infrastructures au titulaire du contrat de partenariat public privé, il doit comporter des clauses relatives à l'identification d'une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des infrastructures et du suivi de leur réalisation et aussi des dispositions protectrices des sous-traitants¹⁸¹.

¹⁸⁰ Cf. UPIO KAGURA, W., *Un nouveau cadre juridique pour la promotion du partenariat publique privé en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Emery Mukendi Wafwana et Associates, 30-04-2014.

¹⁸¹ Voir BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; IVANON, D., *Les différentes formes de partenariat public privé et leur implantation en Russie*, Strasbourg, ENA, 2007 ; MATRY, F/VOISIN, A/TROSA, S., *Les partenariats public privé*, Paris, Éditions La Découverte, 2006.

6.2.3 Les avantages découlant de la mise en œuvre procédurale des contrats de partenariat public privé

Au-delà des règles applicables aux contrats de partenariat public privé, règles qui montrent le caractère largement spécifique de ce type de contrats par rapport à d'autres formes contractuelles de coopération entre personnes publiques et personnes privées comme les marchés publics ou les délégations de service public, il convient de souligner les avantages de ces nouveaux contrats, avantages qui résultent de leurs caractéristiques fondamentales ainsi que de leur mise en œuvre procédurale et qui sont autant de bonnes raisons d'y recourir¹⁸².

Le premier avantage du contrat de partenariat public privé vient du fait que son recours résulte nécessairement d'un choix éclairé et justifié de la personne publique à la suite de l'étude préalable, laquelle lui permet de le comparer aux autres formes possibles de coopération contractuelle.

Le deuxième avantage du contrat de partenariat public privé est qu'il dispose l'avantage de la souplesse, dans la mesure où le titulaire du contrat de partenariat public privé prend en charge la maîtrise d'ouvrage, et le contrat est susceptible d'évoluer tout au long de sa vie afin de

¹⁸² Voir BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; BRAUNDESHAIES, C., *Les avantages et les enjeux du mode partenariat public privé concernant l'intégration des stratégies et des incitatifs reliés au cycle de vie des immeubles : Analyse de la littérature et d'étude du cas de la maison symphonique de Montréal*, Montréal, UQAM, 2012 ; MONERA, F., Les financements innovants de services et de projets publics, *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, PUAM, 2005-1 ; WEIL/S/BIAN, V., « *Le développement des procédures de PPP/PFI en Grande-Bretagne* ». MIQCP, 2003.

s'adapter au mieux à tous les changements d'environnement pouvant intervenir.

Le troisième avantage est que le contrat de partenariat public privé met en avant l'efficacité et la qualité de gestion et il incite au respect des coûts et des délais, donc, il ne lie pas la rémunération du cocontractant privé aux recettes d'exploitation de l'ouvrage ou du service mais à la performance et/ou à la disponibilité de l'équipement.

Le quatrième avantage est que le contrat de partenariat public privé doit permettre de faire porter les risques par le(s) partenaire(s) le(s) plus à même de les assumer et de trouver et mettre en place des solutions optimales en termes de gains, donc, par le partage équilibré des risques entre la personne publique cocontractante et les opérateurs privés, qu'il est censé rechercher et mettre en couvre.

Le cinquième avantage est que les contrats de partenariat public privé apportent une prévisibilité financière alliée à une contractualisation minutieusement définie et encadrée entre les différents partenaires¹⁸³.

Cependant, le recours aux contrats de partenariat public privé n'est absolument pas légitime, s'il s'agit simplement d'essayer de s'affranchir des règles budgétaires, de contourner les règles des marchés publics ou pour une personne publique de se dessaisir de ses compétences au profit d'opérateurs privés¹⁸⁴.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Cf. PERRIER, N/TORO, M. P./PELLERIN,R., *Une revue de la littérature sur le partenariat public privé en gestion des projets*, Montréal, CIRRELT, 2014 ; BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; IVANON, D., *Les différentes formes de partenariat public privé et leur implantation en Russie*, Strasbourg, ENA, 2007 ; MATRY, F/VOISIN, A/TROSA, S., *Les partenariats public privé*, Paris, Éditions La Découverte, 2006

FORMULATION DES TECHNIQUES DE NÉGOCIATION DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC PRIVÉ EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

7.1. Modalités de conclusion des contrats de partenariat public privé

7.1.1 La conclusion des contrats de partenariat public privé

Le principe général applicable en matière de conclusion des contrats de partenariat public privé, qui énonce, les acteurs au contrat (art. 6), les conditions d'éligibilité des acteurs et le contenu du contrat (art. 7) ainsi que de l'attribution du contrat (art. 8), sont défini aux articles précités de la Loi no 14/0005 du 11 février 2014 portant régime fiscal, douanier, parafiscal, des recettes non fiscales et de change applicables aux conventions de collaboration et aux projets de coopération ou Loi sur le Partenariat Public Privé de la République Démocratique du Congo¹⁸⁵ en ces termes :

¹⁸⁵Voir Loi no 14/0005 du 11 février 2014 portant régime fiscal, douanier, parafiscal, des recettes non fiscales et de changes applicables aux conventions de collaboration et aux projets de coopération ou Loi sur le Partenariat Public

Article 6 : « Sont éligibles à conclure une convention de collaboration, les entreprises, groupement d'entreprises, sociétés et/ou établissements ayant une personnalité morale, de droit privé ou de droit public, de droit congolais ou de droit étranger et pouvant justifier de moyens techniques et financiers suffisants pour mener à bien un projet de coopération ou pouvant mobiliser lesdits moyens auprès des bailleurs des fonds ».

Article 7 : « Un décret du Premier ministre délibéré en Conseil des ministres détermine les conditions d'éligibilité et le contenu des conventions de collaboration. Toutefois, les conditions suivantes sont requises : 1. la valeur des investissements ne doit pas être inférieure à l'équivalent en francs congolais d'un milliard de dollars américains ; 2. la prise en charge des clauses sociales et environnementales ; 3. la présentation d'une offre sous forme d'un montage financier sur le projet ; 4. l'engagement d'assurer le transfert de la technologie ; 5. l'engagement de ne recourir à la main-d'œuvre étrangère que lorsque les qualifications et compétences ne sont pas disponibles localement ».

Article 8 : « Délibérée en Conseil des ministres, la convention de collaboration est signée pour la partie République Démocratique du Congo par le Ministre du Gouvernement central sectoriel et les Ministres du Gouvernement central ayant respectivement les finances et le budget dans leurs attributions. Au cas où la convention prévoit la participation directe de l'Etat ou d'une entreprise de droit public, dans la société commune, le Ministre du Gouvernement central ayant le Portefeuille dans ses attributions est également signataire.

La convention de collaboration visée à l'alinéa 1er du présent article est sanctionnée par décret du Premier ministre ».

Soulignons que ces dispositions précitées visent, à la fois, les conventions de collaboration et les projets de coopération devant faire l'objet de partenariat public privé ou les projets principaux, concernant les domaines des infrastructures de base et des ressources naturelles, tels que les mines, les hydrocarbures, la forêt et l'eau, et aussi les projets connexes, notamment les projets de construction de centrale hydroélectrique, de réseau d'électricité, de routes, de chemins de fer.

Précisons que l'art. 7 précité énonce les cinq (5) conditions essentielles, qui doivent obligatoirement être remplies, à savoir :

1. La valeur des investissements ne doit pas être inférieure à l'équivalent en francs congolais d'un milliard de dollars américains ;
2. La prise en charge des clauses sociales et environnementales ;
3. La présentation d'une offre sous forme d'un montage financier sur le projet ;
4. L'engagement d'assurer le transfert de la technologie ;
5. L'engagement de ne recourir à la main d'œuvre étrangère que lorsque les qualifications et compétences ne sont pas disponibles localement.

Quant à l'art. 8, il révèle que toute convention de collaboration doit obligatoirement être approuvée par le Conseil des ministres, signée par les membres du gouvernement compétents en la matière et sanctionnée par décret du Premier ministre de la RDC pour pouvoir entrer en force¹⁸⁶.

¹⁸⁶ *Ibid.*

7.1.2 Les modalités de réalisation des contrats de partenariat public privé.

Aux termes de l'art. 9 que nous mentionnons ci-dessous,

Article 9 : « Pour réaliser le projet de coopération, l'Etat ou l'entreprise de l'Etat désignée par lui et l'entreprise, le groupement d'entreprise, la société et/ou l'établissement ayant conclu une convention de collaboration créent une ou plusieurs sociétés communes en vue de la réalisation des objectifs de la convention de collaboration. Sans préjudice des dispositions légales en vigueur, les modalités de réalisation des projets de coopération sont définies dans la convention de collaboration ».

Il en ressort que les modalités de réalisation des projets de coopération sont définies dans la convention de collaboration, sous réserve du respect des dispositions légales en vigueur en RDC.

A cet effet, la loi sur le Partenariat Public Privé impose la création d'une ou plusieurs sociétés communes entre l'Etat ou l'entreprise de l'Etat désignée par celui-ci et l'entreprise, le groupement d'entreprises, la société et/ou l'établissement ayant conclu la convention de collaboration portant sur les projets de coopération, les projets connexes ou sur l'exploitation des ressources minérales, forestières, énergétiques ou des hydrocarbures¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Voir UPIO KAGURA, W., *Un nouveau cadre juridique pour la promotion du partenariat public privé en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Emery Mukendi Wafwana et Associates, 30-04-2014.

7.2. Modalités de financement et de remboursement des financements des contrats de partenariat public privé

7.2.1. Le financement des contrats de partenariat public privé

Faisant suite de la matière déjà examinée dans la partie relative à l'explication de l'enjeu des contrats de partenariat public privé, les articles 10 et 11 ne font que cristalliser les principes marqueurs du financement des contrats de partenariat public privé en ces termes :

Article 10 : « Les entreprises, le groupement d'entreprises, sociétés ou établissements qui ont conclu des conventions de collaboration avec l'Etat mobilisent des financements nécessaires, conformément aux études de faisabilité, pour réaliser les projets de coopération et les projets connexes dans les domaines faisant l'objet de leurs conventions respectives et portant notamment sur les infrastructures de base ainsi que sur les ressources naturelles.

Si la convention de collaboration porte sur l'exploitation des ressources naturelles notamment les substances minérales, la forêt, les hydrocarbures, les eaux, celles-ci doivent au préalable faire l'objet d'une certification par des cabinets spécialisés ».

Article 11 : « Le coût du projet, objet de la convention de collaboration, équivaut au coût total, tous droits et taxes compris, de toute opération de création ou d'extension d'activités, notamment l'acquisition des terrains, matériels, matériaux de construction, outillage et le besoin en fonds de roulement »¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Voir *Loi no 14/0005 du 11 février 2014 portant régime fiscal, douanier, parafiscal, des recettes non fiscales et de changes applicables aux conventions de collaboration et aux projets de coopération* ou *Loi sur le Partenariat Public*

7.2.2 Le remboursement des financements des contrats de partenariat public privé

Aux termes de l'article 12, nous citons,

Article 12 : « Le remboursement des financements des projets de coopération se fait sur les revenus de la société commune ».

En outre, l'État Congolais garantit aux entreprises, groupement d'entreprises, sociétés ou établissements et à leurs actionnaires, ayant conclu des contrats de collaboration, le libre transfert de revenus et capitaux conformément à la Règlementation de change en vigueur, ainsi que la libre ouverture des comptes bancaires en devises et en monnaie locale à l'intérieur du pays dans les conditions prévues par les lois en vigueur¹⁸⁹.

Ainsi donc, la perception d'impôts, droits et taxes du pouvoir central ainsi que des provinces et des entités territoriales décentralisées obéit, dès lors, à des nouvelles règles spécifiquement applicables aux conventions de collaboration conclues par les entreprises, groupement d'entreprises, sociétés et/ou établissements ayant une personnalité morale de droit privé ou de droit public, de droit congolais ou de droit étranger ainsi qu'à leurs sous-traitants, pouvant justifier de moyens techniques et financiers suffisants pour mener à bien un projet de

Privé, Journal Officiel (J.O.) de la République Démocratique du Congo (RDC), no spécial, 18 février 2014.

¹⁸⁹ Voir *Loi no 14/0005 du 11 février 2014 portant régime fiscal, douanier, parafiscal, des recettes non fiscales et de changes applicables aux conventions de collaboration et aux projets de coopération ou Loi sur le Partenariat Public Privé*, Journal Officiel (J.O.) de la République Démocratique du Congo (RDC), no spécial, 18 février 2014 ; UPIO KAGURA, W., *Un nouveau cadre juridique pour la promotion du partenariat publique privé en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Emery Mukendi Wafwana et Associates, 30-04-2014.

coopération ou pouvant mobiliser lesdits moyens auprès des bailleurs des fonds¹⁹⁰.

¹⁹⁰ *Ibid.*

ANALYSE DES RISQUES DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC PRIVÉ

Notons que pour réaliser les projets ou les contrats de partenariat public privé, une analyse rigoureuse des risques s'avère un facteur déterminant, entre autres, pour couvrir les coûts et pour évaluer la capacité à rembourser les investissements consentis.

Ainsi, avec Renata Pindzo¹⁹¹, le risque peut être défini comme la probabilité que certains événements, certains effets néfastes, certaines mauvaises pratiques et/ou certaines possibilités inexploitées puissent affecter négativement la réalisation d'un projet ou d'un contrat. Il en découle que nous examinerons trois (3) types de risques, à savoir les risques politiques, légaux et sociaux, les risques financiers et économiques et les risques environnementaux¹⁹².

¹⁹¹ Cf. PINDZO, R., *Financing public private partnership projects*, Belgrade, Académie bancaire de Belgrade, 2010.

¹⁹² Cf. PERRIER, N/TORO, M. P/PELLERIN, R., *Une revue de la littérature sur le partenariat public privé en gestion des projets*, Montréal, CIRRELT, 2014 ; BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; IVANON, D., *Les différentes formes de partenariat public privé et leur implantation en Russie*, Strasbourg, ENA, 2007 ; MATRY, F/VOISIN, A/TROSA, S., *Les partenariats public privé*, Paris, Éditions La Découverte, 2006.

8.1. Risques politiques, légaux et sociaux

Le secteur public préfère accepter et assumer les risques politiques, légaux et sociaux. Les principaux risques politiques, légaux et sociaux s'énoncent, entre autres, comme suit :

1. La nationalisation, qui consiste en une opération par laquelle une ou plusieurs entreprises privées sont soustraites par voie d'autorité au régime privé et déclarées propriétés publiques, dotées d'une personnalité morale publique ;
2. L'expropriation, qui est une procédure permettant à l'Administration publique, dans un but d'intérêt public, de contraindre une personne à lui céder un bien, moyennant une indemnité ou à le céder à une autre personne ;
3. Les interventions gouvernementales et de ses agents, marquées par les retards dans l'approbation des projets et des permis ;
4. La corruption de l'État et les pratiques de corruptions de ses agents ;
5. La concurrence ou le droit d'exclusivité et la transparence dans l'attribution des contrats de partenariat public privé ;
6. Les mauvais processus de prises de décisions publics ;
7. La séparation des fonctions exécutives et réglementaires avec des cadres institutionnels et réglementaires précis ;
8. Les amendements des lois et des règlements ;
9. La répartition des contrats de partenariat public privé de grande envergure en plusieurs contrats pour renforcer la concurrence (des économies d'échelle dans l'exploitation des services (contrat de service, de gestion, de concession ou de privatisation) et la décentralisation de la prestation des services ;
10. Les pénuries éventuelles de la main d'œuvre qualifiée ;

11. Le renforcement des capacités et le développement des ressources humaines¹⁹³.

8.2. Risques financiers et économiques

Le secteur privé préfère conserver les risques financiers et économiques. Ces principaux risques se résument, entre autres, comme suit :

1. Le transfert de la responsabilité financière globale du contrat de partenariat public privé ;
2. Les mécanismes de financement du contrat de partenariat public privé ;
3. L'escalade des coûts (des coûts de construction excessifs, des coûts de gestion excédentaires) ;
4. Le dépassement des délais de construction de l'infrastructure ;
5. Les opérations de change ;
6. Les modalités du remboursement des financements des contrats de partenariat public privé¹⁹⁴.

¹⁹³ Cf. SAUSSIÉ, S., *Risques et opportunités de partenariat public privé dans le champ des services urbains*, 2015, en ligne sur www.millenaire3.com ; SUEUR, J.-P./PORTELLI, H., *Note sur les contrats de partenariat, une forme de partenariat public privé, Espagne-Italie-Royaume-Uni*, Juillet 2013, en ligne sur www.senat.fr ; NET-IRIS, *Les contrats de partenariat public privé*, 22-05-2012, en ligne sur www.net-iris.fr ; BRAUNDESHAIES, C., *Les avantages et les enjeux du mode partenariat public privé concernant l'intégration des stratégies et des incitatifs reliés au cycle de vie des immeubles : Analyse de la littérature et d'étude du cas de la maison symphonique de Montréal*, Montréal, UQAM, 2012 ; BERGERE, F./BEZANCON, X./DERUY, L./FORNACCIARI, M./GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010.

8.3. Risques environnementaux

Les risques environnementaux sont à partager en le secteur public et le secteur privé¹⁹⁵.

En principe, une entreprise ne doit pas, par son activité, causer des dommages à son environnement humain et naturel. Les risques naturels sont liés à la confrontation d'un aléa naturel et de son territoire, comme l'inondation, la tempête, la sécheresse, la foudre ; alors que les risques technologiques sont des risques liés à une activité humaine, comme des

¹⁹⁴ Cf. SUEUR, J.-P./PORTELLI, H., *Note sur les contrats de partenariat, une forme de partenariat public privé, Espagne-Italie-Royaume-Uni*, Juillet 2013, en ligne sur www.senat.fr ; BERGERE, F./BEZANCON, X./DERUY, L./FORNACCIARI, M./GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; MORIC, K., *Les partenariats public privé, le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2009 ; MAZOUZ, B., *Partenariat public privé*. École Nationale d'Administration Publique, Montréal, Québec, 2009, en ligne sur www.dictionnaire.enap.ca ; MONERA, F., Les financements innovants de services et de projets publics, *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, PUAM, 2005-1 ; WEIL.S/BIAN, V., « Le développement des procédures de PPP/PFI en Grande-Bretagne ». MIQCP, 2003 ; ZUSSMAN, D., « Les partenariats : une cible en mouvement », *Aperçus : La gestion publique au Canada*, 1999, Vol. 4, no 1 ; BEZANÇON, X., Une approche historique du partenariat public privé, *Revue d'Économie Financière*, 1995.

¹⁹⁵ Voir PRIEUR, M., *Droit de l'environnement*, Paris, Précis Dalloz, 2016 ; PERRIER, N./TORO, M. P./PELLERIN, R., *Une revue de la littérature sur le partenariat public privé en gestion des projets*, Montréal, CIRRELT, 2014 ; BERGERE, F./BEZANCON, X./DERUY, L./FORNACCIARI, M./GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010 ; MAZAUDOUX, O., *Droit international public et droit international de l'environnement*, Paris, Pulim, 2008.

installations industrielles, des installations nucléaires, des grands barrages ou comme le transport de matières dangereuses et la rupture de digue¹⁹⁶.

Ainsi, pour les dommages causés directement à l'environnement naturel, l'on parle de la Responsabilité Environnementale des entreprises (REE) et pour les dommages causés à l'environnement humain, l'on parle de la Responsabilité civile atteinte à l'environnement (RCAE)¹⁹⁷.

Il en résulte qu'une fois que les entreprises ont identifié les risques environnementaux qui les concernent, il est nécessaire qu'elles mettent un plan d'action pour les réduire, ce qui passe par un travail de surveillance, de prévention et de formation des employés, alors, les grandes entreprises font appel à un Risk Manager¹⁹⁸.

Notons que c'est ici que l'implication des Organisations Non Gouvernementales (ONG) s'avère décisive, entre autres, par :

1. Les mécanismes d'incitation et d'amélioration de la qualité de la main d'œuvre à la protection de l'environnement ;
2. L'évaluation économique et écologique des projets d'infrastructures et de développement des ressources naturelles

¹⁹⁶ Voir CLOUTIER, S., *Description des risques environnementaux des activités d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures pour les milieux aquatiques de l'île d'Anticosti*, Québec, Étude AENVII, Novembre 2015 ; PERRIER, N/TORO, M. P/PELLERIN, R., *Une revue de la littérature sur le partenariat public privé en gestion des projets*, Montréal, CIRRELT, 2014 ; PE.NET, *Les risques environnementaux*, 11-06-2013, en ligne sur www.petite-entreprise.net ; MONDOUKPE LAGNIKA, S. B., *La gestion des risques environnementaux au sein des entreprises immobilières*, Montréal, Mémoire, UQAM, 2009 ;

¹⁹⁷ Cf. CLOUTIER, S., *Description des risques environnementaux des activités d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures pour les milieux aquatiques de l'île d'Anticosti*, Québec, Étude AENVII, Novembre 2015 ; MONDOUKPE LAGNIKA, S. B., *La gestion des risques environnementaux au sein des entreprises immobilières*, Montréal, Mémoire, UQAM, 2009.

¹⁹⁸ *Ibid.*

par des rapports optimaux de la répartition des coûts environnementaux¹⁹⁹.

En somme, en cas de dommage causé à l'environnement humain et/ou à l'environnement naturel, l'entreprise est amenée à payer des dommages-intérêts pour les dégâts causés.

¹⁹⁹ Cf. PERRIER, N./TORO, M. P./PELLERIN, R., *Une revue de la littérature sur le partenariat public privé en gestion des projets*, Montréal, CIRRELT, 2014 ; PE.NET, *Les risques environnementaux*, 11-06-2013, en ligne sur www.petite-entreprise.net.

ENJEUX DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC PRIVÉ EN AFRIQUE SUBSAHARIENNE

9.1. Déficit d'infrastructures en Afrique subsaharienne

Soulignons que l'insuffisance des ressources financières allouées au développement et à la modernisation des infrastructures de base demeure un grand handicap au regard des besoins exprimés par les populations africaines subsahariennes, par conséquent, il urge de développer les pratiques du partenariat public privé qui semblent incontournables dans le financement des infrastructures publiques en Afrique subsaharienne²⁰⁰, comme la BAD s'implique déjà dans les partenariats public privé au Sénégal, au Madagascar, au Cameroun et en République Démocratique du Congo dans la construction d'infrastructures modernes de qualité²⁰¹.

²⁰⁰ Voir MAKALOU, M., M., *Rôle, enjeux et défis des partenariats public privé en Afrique subsaharienne*, Bamako, Mali, 30 juillet 2016, publié par Noé N'SEMI, *Afrique Nos dossiers*, 03-04-2017; MANOUKIAN, S., *Les partenariats public privé, une solution adaptée pour le financement des infrastructures en Afrique ?* Banque et Stratégie, no 314, 14-05-2013 ;

²⁰¹ Cf. *Partenariat public privé en Afrique : la BAD renouvelle son parrainage*, 6^{ème} Conférence et exposition annuelle sur le partenariat public privé en Afrique, Abidjan, Cote d'Ivoire, du 19 au 21 novembre 2014 ; SADIO, S.P/DIOUF, A.,

En effet, les déficits en infrastructures se traduisent par des services liés aux infrastructures qui sont déficient, peu fiables et de moindre qualité à causes, entre autres, de l'insuffisance de moyens financiers, de la mauvaise sélection des projets, des insuffisances dans la planification ou de la coordination budgétaire, des objectifs politiques, de la corruption²⁰².

Relevons que l'Afrique subsaharienne doit surmonter des nombreux obstacles au nombre desquels :

1. Une réglementation inadéquate et des politiques restrictives ;
2. Le mauvais état des infrastructures de base ;
3. Une sérieuse pénurie de compétence et une inadéquation entre les besoins des employeurs et les travailleurs disponibles particulièrement les nouveaux diplômés ;
4. Les restrictions commerciales et les barrières tarifaires et non tarifaires aux exportations africaines subsahariennes ;
5. Les difficultés de financement à moyen et à long terme à un coût abordable²⁰³.

Développement des infrastructures en Afrique : Le partenariat public privé incontournable selon la BAD, Dakar, Le Soleil, 2013.

²⁰² Voir Van PROOIJEN, L., *Grâce aux PPP, l'Afrique de l'Ouest devient la 1^{ère} région du continent pour les projets d'infrastructures*, Deloitte Africa Construction Trends Report 2015, du 27-05-2016 ; SAUSSIÉ, S., *Risques et opportunités de partenariat public privé dans le champ des services urbains*, 2015, en ligne sur www.millenaire3.com ; NZINZI, G., *Le partenariat public privé en République du Congo : À quel prix ?* NAP no 16. Janvier 2014.

²⁰³ Cf. BOUDOT, Y., *Enjeux et défis du financement des infrastructures : Études de cas sur les partenariats public privé en Afrique subsaharienne*, Agence Française de Développement, Yaoundé, 10-03-2014 ; BIAU, C/DAHOO, K/HOMMA, T., *Comment accroître les investissements privés dans les infrastructures routières en Afrique*, Initiative NEPAD-OCDE pour l'investissement en Afrique, Décembre 2008.

Or, les pratiques du partenariat public privé aideront le secteur public à :

1. Renforcer les politiques, les lois, les systèmes fiscaux, les droits, les règlements et les procédures régissant les entreprises publiques et privées ;
2. Planifier les investissements du secteur public dans les infrastructures de base ;
3. Accéder aux infrastructures économiques et sociales ;
4. Approfondir et étendre les marchés financiers et des capitaux et promouvoir la transparence financière ;
5. Renforcer les marchés du travail et perfectionner les compétences des jeunes et des entrepreneurs dans le domaine des affaires ;
6. Lutter contre la corruption de l'État et de ses agents ;
7. Veiller à la gestion durable et l'utilisation efficiente des ressources primaires ;
8. S'assurer que les phases de traitement et de production dans les secteurs clés tels que les industries extractives des minerais, des forêts, des pêches, des hydrocarbures, en aval sont entreprises en Afrique subsaharienne²⁰⁴.

Ainsi donc, l'implication du secteur privé constituera un plus dans l'efficacité opérationnelle et la gouvernance des entreprises de secteur public, dans la conception et la réalisation des investissements. Le partenariat public privé est aussi une opportunité pour développer les infrastructures au niveau des collectivités locales²⁰⁵.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ Voir EKOMAN EKOMAN, J.-N., *Partenariat public privé et valorisation du patrimoine communal*, Yaoundé. CARPA, 13-07-2016.

9.2. Contrats de partenariat public privé, options innovantes de financement d'infrastructures publiques

À l'heure actuelle, l'Afrique subsaharienne offre de grandes occasions d'investissements. Elle fournit également des perspectives de partenariats créatifs entre les secteurs public, privé et humanitaire dans plusieurs domaines, entre autres, ceux des minerais, des industries agricoles, des technologies de l'information et de la communication fondées sur l'interaction entre les ordinateurs, les télécommunications et les médias classiques, du tourisme, des transports, de la culture, du développement des ressources humaines, et ce, en vue d'accélérer l'intégration nationale, régionale et continentale²⁰⁶.

Dans cette perspective, la perception de l'Afrique subsaharienne par les investisseurs comme étant un continent « *à haut risque* » du fait de l'insécurité des droits de propriété et des insuffisances des réglementations et des marchés devrait être dépassée²⁰⁷.

En effet, la stratégie de la BAD pour le secteur privé et qui vise à améliorer le climat d'investissement et des affaires en Afrique subsaharienne, appréhende le secteur privé dans sa globalité, établit des liens plus solides entre l'argent qu'elle prête aux gouvernements et l'argent qu'elle prête au secteur privé, promet un appui significatif aux petites et moyennes entreprises, éléments essentiels de toute économie²⁰⁸.

²⁰⁶ Cf. MUKONDE, M. P., *La réalité intégrationnelle juridique africaine subsaharienne*, Kinshasa, Revue de la Faculté de droit, No 7, Droit et Emergence, Editions de l'Université Protestante au Congo, 2015.

²⁰⁷ Voir MUKONDE, M. P., *Droit, Sociétés et Développement*, Saarbrücken, Éditions Universitaires Européennes, 2013. 150 p.

²⁰⁸ Cf. *Partenariat public privé en Afrique : la BAD renouvelle son parrainage*, 6^{ème} Conférence et exposition annuelle sur le partenariat public privé en Afrique, Abidjan, Cote d'Ivoire, du 19 au 21 novembre 2014 ; SADIO, S.P./DIOUF, A., *Développement des infrastructures en Afrique : Le partenariat public privé incontournable selon la BAD*, Dakar, Le Soleil, 2013 ; BANQUE MONDIALE,

Cette stratégie vise aussi la promotion de l'inclusion, c'est-à-dire le partage de la croissance et des opportunités par tous, les femmes que les hommes, les jeunes que les personnes âgées, les communautés rurales que les communautés urbaines ; et la transition vers une croissance verte où l'Afrique subsaharienne s'engage à œuvrer pour une croissance qui soit durable du point de vue environnemental²⁰⁹.

S'inscrivant dans la dynamique de la BAD, plusieurs gouvernements africains subsahariens reconnaissent la place incontournable du secteur privé dans l'expansion des activités financières, économiques et commerciales²¹⁰, car le secteur privé fournit déjà deux tiers des investissements de l'Afrique subsaharienne, trois quarts de sa production économique et neuf dixième des emplois dans le secteur formel et informel.

En effet, les opérations d'investissement privé de la BAD sont passées de 250 millions de dollars américains (USD) en 2005 à 2 milliards USD en 2012, ce qui entraîne d'un dollar investi par la BAD en Afrique subsaharienne attire six dollars supplémentaires du secteur

Promotion des partenariats public privé africains auprès des investisseurs, Guide de préparation des projets, 2009, en ligne sur www.worldbank.org ;

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Cf. *Loi no 2015-039 sur le partenariat public privé*, Assemblée Nationale Malgache, 09-12-2015, en ligne sur www.ore.mg ; *Loi no 2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat*, Journal Officiel du Sénégal, no spécial, 25 mars 2014 ; *Loi no 14/0005 du 11 février 2014 portant régime fiscal, douanier, parafiscal, des recettes non fiscales et de changes applicables aux conventions de collaboration et aux projets de coopération ou Loi sur le Partenariat Public Privé*, Journal Officiel (J.O.) de la République Démocratique du Congo (RDC), no spécial, 18 février 2014 ; *Loi no 2006-012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat au Cameroun*, en ligne sur www.initiative-ppp-afrique.com

privé, encourageant d'autres partenaires à investir et en mobilisant ainsi d'autres fonds²¹¹.

²¹¹ Voir GROUPE DE LA BANQUE MONDIALE, *Mettre fin à l'extrême pauvreté, promouvoir une prospérité partagée et un développement durable*, Rapport annuel 2017, en ligne sur www.worldbank.org ; SOW, Ab., *Le partenariat public privé dans les infrastructures au Sénégal*, Dakar, 2017 ; GROUPE DE LA BANQUE AFRICAINE DE DÉVELOPPEMENT, Rapport annuel 2016, en ligne sur www.afdb.org ; UPIO KAGURA, W., *Un nouveau cadre juridique pour la promotion du partenariat publique privé en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Emery Mukendi Wafwana et Associates, 30-04-2014 ; RÉPUBLIQUE DU CAMEROUN, *Cadre juridique des contrats de partenariat au Cameroun, Lois et textes d'application*, Yaoundé, 2009.

CONCLUSION

Le contrat de partenariat public privé est une méthode fonctionnelle de collaboration, une approche innovante pour financer des projets d'infrastructures publiques, réduire leurs coûts, accélérer leurs achèvements, assurer la réalisation des projets de qualité et créer des emplois.

Il combine l'efficacité, l'expertise et l'innovation du secteur privé avec l'allocation appropriée des risques entre le secteur public et le secteur privé dans un contexte actuel de crise financière mondiale.

En effet, Le recours au contrat de partenariat public privé est :

1. Une réponse financière, comme les contraintes budgétaires sont comme telles dans la plupart des pays à travers le monde qu'il n'est souvent ni souhaitable, ni possible d'augmenter les impôts ou de recourir à des nouveaux emprunts. Il ne faut pas oublier le niveau considérable de l'endettement de nombreuses personnes publiques, mais également les conséquences en termes de manque à gagner pour les entreprises privées. Dans le cas inverse, les pouvoirs publics seraient tentés de conserver certaines activités rentables sous leur responsabilité, comme ce fut le cas pour les entreprises de télécommunications qui ont tardé à être privatisées.
2. Une réponse équitable. Ce sont les mécanismes qui, prenant en compte le principe de l'équité, permettent de faire payer l'utilisateur

et non pas le contribuable. Par exemple, les personnes qui n'utilisent pas l'autoroute ne souhaitent pas forcément payer pour les constructions des installations routières, ponts et tunnels ou leurs aménagements. Seul l'usager devra payer soit sous forme de taxe spécifique, soit de péage.

3. Une réponse technique. Souvent le secteur privé a des compétences ou un savoir-faire dont le secteur public ne dispose pas. Des formes différentes des contrats de partenariat public privé permettent à l'Etat de choisir la participation du secteur privé la plus efficace.
4. Une réponse en termes de souplesse de gestion. C'est le cas, par exemple, dans le domaine des ressources humaines ou comptabilité où les personnes privées n'ont pas les mêmes contraintes que les personnes publiques.
5. Une réponse en termes d'efficacité de gestion. La recherche du bénéfice et la situation de concurrence incitent les entreprises privées à faire preuve de rigueur dans leur gestion et à favoriser l'innovation technologique ou managériale. Les chiffres en témoignent : les gains liés au recours au secteur privé pourraient représenter de 10% à 30% du coût du projet et de ses coûts d'exploitation. C'est un moyen de tester la validité économique et financière du projet, en ce sens qu'un projet qui n'a pas de cohérence économique et financière n'intéressera pas les opérateurs privés.

Notons que la plupart des critiques à l'encontre des contrats de partenariat public privé, du moins au sein de l'Union Européenne, ont été formulées par les parlementaires, les représentants des architectes, des sociétés d'ingénierie et des petites et moyennes entreprises (PME), à savoir :

1. Les contrats de partenariat public privé pourraient instaurer un lien de dépendance des maîtres d'ouvrages publics face à une concurrence restreinte de quelques grands groupes ;
2. Seules les grandes entreprises pourraient avoir la possibilité de candidater aux appels d'offres portant sur les contrats globaux et les PME seraient alors réduites à une fonction de sous-traitance ;
3. La qualité des ouvrages serait menacée par l'absence d'un contrôle probant des infrastructures par des maîtres d'œuvre indépendants comme les architectes.

Autrement dit qu'en général, les critiques se concentrent autour des particularités qui accompagnent les contrats de partenariat public privé et elles consistent, entre autres, en la création d'un endettement indirect non enregistré dans les comptes de l'État et ses entités publiques, en l'endettement privé globalement plus onéreux que l'endettement public, en la mauvaise répartition des risques de l'exploitation, en l'instrument de soutien aux grandes groupes ayant seuls les capacités de financement nécessaires pour ce type d'ouvrages et en des véhicules de la corruption de l'États et de ses agents.

En somme, un partenariat public privé dynamique en Afrique subsaharienne sera un moteur qui tire la croissance et un facteur de développement qui favorise la réduction de la pauvreté et la prestation de services pour tous. Ainsi, il reviendra aux entreprises africaines subsahariennes du secteur public et du secteur privé de créer des emplois pour les africains subsahariens, grâce à la formation et à l'utilisation des talents africains, la mise en valeur du potentiel des services et des industries, la gestion durable et l'utilisation prudente des ressources naturelles considérables du continent. C'est de cette façon que les dividendes du partenariat public privé se ressentiront sur les conditions de vie des africains et de la société africaine subsaharienne.

BIBLIOGRAPHIE

Instruments juridiques

Loi no 2015-039 sur le partenariat public privé, Assemblée Nationale Malgache, 09-12-2015.

Loi no 2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat, Journal Officiel du Sénégal, no spécial, 25 mars 2014.

Loi no 14/0005 du 11 février 2014 portant régime fiscal, douanier, parafiscal, des recettes non fiscales et de changes applicables aux conventions de collaboration et aux projets de coopération ou Loi sur le Partenariat Public Privé, Journal Officiel (J.O.) de la République Démocratique du Congo (RDC), no spécial, 18 février 2014.

Loi no 2006-012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat au Cameroun.

Décret no 08-485/P-RM du 11 août 2008 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, tel que modifié par le Décret no 2011.079/P-RM du 22.02.2011, Bamako, Mali. 01.01.2014.

Décret D/2012/128/PRG/SGG du 03 décembre 2012, portant Code des marchés publics et délégations de services publics, Journal Officiel de la République de Guinée, 03 décembre 2012.

Ordonnance française no 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Procédure d'appel d'offres au sens de l'ordonnance française no 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

Directive 2014-24-UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014.

Ouvrages et articles

Agence de Régulation des Marchés Publics du Cameroun (ARMP) :
Étude sur les sanctions dans le domaine des Marchés Publics,
mars 2006.

AGENDA, *Exécution des marchés publics : les sanctions à l'encontre de l'entrepreneur*, Éd. No 142, 11-08-1994.

AICD, *Africa Infrastructure Country Diagnostic*, 2015.

AIT-EL-KADI, Z, *Code de justice administrative, Annoté et commenté*, Paris, Dalloz-Sirey, 2017.

ANTOINE J., *La nature juridique des contrats de mobilier urbain, Les petites affiches*, 19 avril 2004, n°78, p. 6

ANTSA, R., *Marchés publics : Régulations, contrôles et sanctions renforcés dans le nouveau code Malgache*, Midi Madagasikara, janvier 2017.

ATIAS, Ch., *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2012.

AUBERT, J.-L/SAVAUX, É/FLOUR, J., *Droit civil, les obligations*,

t.1. : *L'acte juridique*, Paris, Sirey, 2012.

BANQUE MONDIALE, *Promotion des partenariats public privé africains auprès des investisseurs*, Guide de préparation des projets, 2009.

BARRY, Z., *L'ISO 9001 version 2015 au service de la performance des entreprises : Comment mettre en place un système qualité basé sur le norme ISO 9001 version 2015 ?* Saarbrücken, Éditions Universitaires Européennes, 2017.

BATIONO, A., F., *Marchés publics : Contours, procédures et sanctions*, Ecodufaso/Groupe Ecodafrik, 17-03-2016.

BELEM., G., *L'analyse cycle de vie comme outil de développement durable*, Montréal, UQAM, École des sciences de la gestion, 2005.

BENOIT, C., *L'analyse sociale du cycle de vie : Du cadre théorique à l'opérationnalisation*, Montpellier, Université Européenne d'été 2007.

BENSAID, J/MARTY, F., *Pertinence et limites des partenariats public privé : Une analyse économique*, Centre Cournot, novembre 2013.

BERGERE, F/BEZANCON, X/DERUY, L/FORNACCIARI, M/GOULARD, G., *Le guide opérationnel des PPP : Conditions du recours au partenariat public privé, passation du contrat, risques et matrice des risques, questions fiscales et comptables*, Paris, Éditions du Moniteur, 2010.

BERNARDINI, N., *La rémunération du partenaire privé dans le contrat de partenariat*, Université d'Aix-Marseille, Mémoire, 14-04-2015.

BEZANÇON, X., *Une approche historique du partenariat public privé*,

Revue d'Économie Financière, 1995.

BIAU, C./DAHOO, K./HOMMA, T., *Comment accroître les investissements privés dans les infrastructures routières en Afrique*, Initiative NEPAD-OCDE pour l'investissement en Afrique, Décembre 2008.

BOEGLIN, N./VEUILLET, D., *Introduction à l'analyse de cycle de vie (ACV)*, ADEME, DECCD/DC, mai 2005.

BONICHOT, J.-Cl./CASSIA, P./POUJADE, B., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2006.

BOUDOT, Y., *Enjeux et défis du financement des infrastructures : Études de cas sur les partenariats public privé en Afrique subsaharienne*, Agence Française de Développement, Yaoundé, 10-03-2014.

BRAIBANT, G., DELVOVE, P., GENEVOIS, B., LONG, M., WEIL, P., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2017.

BRAUNDESHAIES, C., *Les avantages et les enjeux du mode partenariat public privé concernant l'intégration des stratégies et des incitatifs reliés au cycle de vie des immeubles : Analyse de la littérature et d'étude du cas de la maison symphonique de Montréal*, Montréal, UQAM, 2012.

BRECHO-MOULENES, Ch., *Droit des marchés publics*, Paris, Éd. Le Moniteur, 2000.

BRENET, F., *Les difficultés d'exécution des marchés publics de communication*, LEGICOM, 2004/2, no 31.

CAPTAIN ECONOMICS : *Le fonctionnement du marché organisé et du marché gré à gré*.

CASTALDO, A./LÉVY, J.-Ph., *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz,

2010.

Chambre de Commerce, d'Industrie, des Mines et de l'Artisanat (CCIMA), *Guide de Passation des Marchés Publics au Cameroun*, Juillet 2017.

CHAPUIS, R., *Contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 2006.

CHARREL, N., *Code pratique des marchés publics*, Paris, Le Moniteur, 2017.

CLAMENS, S., « La distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé au regard du dualisme juridictionnel », *Revue de l'Actualité Juridique Française*, 10-04-2001.

CLOUTIER, S., *Description des risques environnementaux des activités d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures pour les milieux aquatiques de l'île d'Anticosti*, Québec, Étude AENVII, Novembre 2015.

COLIN, F., *L'essentiel des grands arrêts du droit administratif*, Éditions 2017-2018, Paris, Gualino, 2017.

CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, EDCE n° 59, La Documentation Française, 2008.

COURONNE, E./SCHNEIDER, J./YANN, *Les critères récents de distinction entre délégation de service public et marchés publics*, 26-09-2007.

DAVID, R./JAUFFERT-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 2002.

DDJ, *L'acte administratif unilatéral et contrat administratif*, 15-12-2017.

DE SERRES, A., « Le développement d'un partenariat innovateur : Le

cas de concessions d'infrastructures publiques », Acte de Colloque XVe Conférence internationale en management stratégique organisée par l'Association internationale de management stratégique (AIMS), juin 2006, Annecy, France.

DELAFORTRIE, S./SPRINGAEL, Ch., *Passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux*, Presscenter.org, 28-04-2017.

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES, *Les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique*, DAF, 15-01-2015.

Documentation Française : *Que sont des marchés publics et des délégations de service public ?* 19-08-2013.

Droit Administratif, *Les actes administratifs unilatéraux et les contrats administratifs*, avril 2011.

DUBOUIS, L./BLUMANN, Cl., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 2015.

DUCRET, S., *Lexique pratique des marchés publics*, Paris, Éditions du Puits Fleury, 2016.

EKOMAN EKOMAN, J.-N., *Partenariat public privé et valorisation du patrimoine communal*, Yaoundé. CARPA, 13-07-2016.

ENCYCLOPÉDIE FINANCIÈRE : *Marché de gré à gré*.

Encyclopédie JCI, *Contrats et marchés publics : Sanctions-Exécutions*, 09-07-2012.

Étudier, *Distinction acte unilatéral et contrat administratif*, 10-12-2011.

FOREST, G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Paris, Dalloz, 2012.

FROMONT, M., *Grands systèmes de droit étrangers*, Paris, Dalloz,

2009.

FRYBOURG, P., *Les mécanismes et les modes de certification : Accréditation certification Norme ISO 9001*, Paris, Amazon, 2012.

Groupe de la Banque Africaine de Développement : *Accompagner la transformation du secteur privé en Afrique, Stratégie de développement du secteur privé, 2013-2017*, juillet 2013.

GROUPE DE LA BANQUE AFRICAINE DE DÉVELOPPEMENT, Rapport annuel 2016.

GROUPE DE LA BANQUE MONDIALE, *Mettre fin à l'extrême pauvreté, promouvoir une prospérité partagée et un développement durable*, Rapport annuel 2017.

GUERIN, E., *Les contrats administratifs*, octobre 2016.

GUETTIER, Ch., *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF, 2011.

HALL, D., *Partenariats public privé : les raisons de leur inefficacité*, Université Greenwich, Unité de recherche internationale sur les services publics, Royaume-Uni, février 2015.

HAMEL, P. J., *Les partenariats public privé et les municipalités*, Montréal, Institut de la Recherche Scientifique, 2007.

HANSEN, S. Ph., *Distinction entre autorisation d'occupation domaniale et délégation de service public*, Droit Administratif no 4, Avril 2017, comm. 17.

HOEPFFNER, H., *Droit des contrats administratifs*, Paris, Dalloz, 2016.

HOEPFFNER, H., *La délégation de service public : une notion condamnée ?* RLCT, no 98, Février 2014.

HOEPFFNER, H., *La modification du contrat administratif*, Paris,

L.G.D.J., 2009.

HOFFMANN, F., *Fiches de droit des contrats administratifs*, Paris, Ellipses, 2014.

IBARA KOUMOU DZO, A., *Le contrôle de l'exécution des marchés publics à l'ère de la nouvelle réglementation des marchés publics en République du Congo*, Brazzaville, 14-09-2013.

INSTITUT ÉCONOMIQUE DE MONTRÉAL, *Les partenariats public privé : une solution pour les services publics plus efficaces*, Mémoire soumis à l'Assemblée Nationale du Québec, aout 2004.

IOSSA, E/MARTIMORT, D/POUYET. J., *Partenariats public privé : quelques réflexions*, Congrès 2007 de l'Association Française d'Économie, Paris Sorbonne, 2007.

IVANON, D., *Les différentes formes de partenariat public privé et leur implantation en Russie*, Strasbourg, ENA, 2007.

JOLLIET., O/SAADE, M/CRETZAZ, P/SHAKED, S., *Analyse du cycle de vie : Comprendre et réaliser un écobilan*, Lausanne, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, 2010.

JONATHAN, B., *La nature administrative du contrat administratif*, Doc du Juriste, mars 2013.

JULIEN. F., *Guide pratique et juridique du contentieux des marchés publics*, Paris, Éd. Du Puits Fleuri, 2011.

KHALID, N., *Marchés publics : le contentieux de l'exécution ne cesse de se développer*, Le Moniteur, 04-12-2013.

KIRAT, T., *Economie et droit du contrat administratif*, Paris, La Documentation française, 2005.

LA VIE ÉCONOMIQUE, *Les partenariats public privé en Afrique*,

Revue de politique économique, no 10, 2005.

LAUBADÈRE, A., *Traité de droit administratif, Tome 2, Droit administratif de biens*, Paris, L.G.D.J., 1998.

LE MONDE POLITIQUE, *Critères du contrat administratif*, janvier 2013.

LEMAIRE, S., *Les contrats internationaux de l'administration*, Paris, LGDJ, 2005.

LÉVY, J.-Ph., « Le consensualisme et les contrats, des origines au Code civil », *Revue des sciences morales et politiques*, 1995.

LICHÈRE, F., *Droit des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2014.

LLORENS F. et SOLER-COUTEAUX P., Le champ d'application du Code des marchés publics, *Contrats et marchés publics*, avril 2001, chron. n° 6, p. 9.

LONG, M/ WIEL.P/BRAIBANT.G/DELVOVE, P. /GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 16^e Éd., 2009.

MAKALOU, M., M., *Rôle, enjeux et défis des partenariats public privé en Afrique subsaharienne*, Bamako, Mali, 30 juillet 2016, publié par Noé N'SEMI, *Afrique Nos dossiers*, 03-04-2017.

MANOUKIAN, S., *Les partenariats public privé, une solution adaptée pour le financement des infrastructures en Afrique ?* Banque et Stratégie, no 314, 14-05-2013.

MANOUKIAN, S., *Les partenariats public privé, une solution adaptée pour le financement des infrastructures en Afrique ?* Banque et Stratégie, no 314, 14-05-2013.

MARCUS, L., *L'unité des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2010.

MARTIN, J., *Les sources de droit privé du droit des contrats*

administratifs, thèse droit Paris II, 2008.

MARTINEZ, B/SERR, F., *Exécution des marchés publics*, Paris, Éd. Du Moniteur, 2016.

MATRY, F/VOISIN, A/TROSA, S., *Les partenariats public privé*, Paris, Éditions La Découverte, 2006.

MAZAUDOUX, O., *Droit international public et droit international de l'environnement*, Paris, Pulim, 2008.

MAZOUZ, B., Les aspects pratiques des pratiques des partenariats public privé, *Revue Française d'Administration Publique*, no 130, 2009/2.

MAZOUZ, B., *Partenariat public privé*. École Nationale d'Administration Publique, Montréal, Québec, 2009.

McGLASHAN, L., *Les partenariats public privé : Les Canadiens ont-ils toute l'information voulue ?* Bibliothèque du Parlement du Canada, Ottawa, 2015.

MEKKI, M., *Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004.

MONDOUKPE LAGNIKA, S. B., *La gestion des risques environnementaux au sein des entreprises immobilières*, Montréal, Mémoire, UQAM, 2009.

MONERA, F., Les financements innovants de services et de projets publics, *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, PUAM, 2005-1.

MONERA, F., Les financements innovants de services et de projets publics, *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, PUAM, 2005-1.

MORIC, K., *Les partenariats public privé, le choix du partenaire privé*

au regard du droit communautaire, Bruxelles, Éditions Larcier, 2009.

MORIC, K., *Les partenariats public privé, le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2009.

MUKONDE, M. P., *Droit, Sociétés et Développement*, Saarbrücken, Éditions Universitaires Européennes, 2013. 150 p.

MUKONDE, M. P., *La réalité intégrationnelle juridique africaine subsaharienne*, Kinshasa, Revue de la Faculté de droit, No 7, Droit et Emergence, Editions de l'Université Protestante au Congo, 2015.

MUKONDE, M. P., *L'idylle d'offreurs et de demandeurs de l'investissement international : Une analyse synthétique en droit international économique*, dans *Une empreinte sur le Code civil*, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri STEINAUER, Berne, Stampfli Éditions, 2013.

MUKONDE, M., P., *Démocratie électorale en Afrique subsaharienne, Entre droit, pouvoir et argent*, Genève, Globethics. Net, 2016, p. 149 ss.

MULLER, P. D., *Les partenariats public privé*, Montréal, Institut Économique de Montréal, 2005.

NOGUELLOU, R./STELKENS, U., *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

NZINZI, G., *Le partenariat public privé en République du Congo : À quel prix ?* NAP no 16. Janvier 2014.

Partenariat public privé en Afrique : la BAD renouvelle son parrainage, 6^{ème} Conférence et exposition annuelle sur le partenariat public privé en Afrique, Abidjan, Cote d'Ivoire, du

19 au 21 novembre 2014.

PAUGAM, S., *Solidarité/Solidarités, le contrat social en choix et en actes*, Paris, EHESS. 7 au 9 mars 2007.

PERRIER, N/TORO, M. P/PELLERIN,R., *Une revue de la littérature sur le partenariat publique privé en gestion des projets*, Montréal, CIRRELT, 2014.

PINDZO, R., *Financing public private partnership projects*, Belgrade, Académie bancaire de Belgrade, 2010.

PNUE, *GEO : annuaire 2003*, Caen, Éditions De Boeck Université, 2004.

PNUE, *L'avenir de l'environnement mondial*, Caen, Éditions De Boeck Université, 2000.

POUJADE, B., *Marché public et délégation de service public : deux notions, une frontière*, 01-12-2008.

PPP Canada, *Les avantages de Partenariat Public Privé*, Ottawa, 2013.

PREUD'HOMME, L., *L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat*, Paris, Thèse, CERAP, 23-10-2013.

PYXIS, *Baromètre de la réglementation de la commande publique en Afrique*, Zone CEMAC, Février 2017.

RAPP. L., « L'esprit des lois face à celui du temps », *Revue Française du Droit Administratif*, 1993.

RÉPUBLIQUE DU CAMEROUN, *Cadre juridique des contrats de partenariat au Cameroun, Lois et textes d'application*, Yaoundé, 2009.

RICHER, L., *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 10^e éd.

2016.

ROBERT, J., *Modèles pour le financement des projets régionaux d'infrastructures et de développement d'intérêt particulier pour les pays d'Europe Centrale et Orientale : Partenariats publics privés dans la politique d'aménagement du territoire*, Bruxelles, Éditions du Conseil de l'Europe, 2001.

ROUAULT, M-Ch., *Droit administratif et Institutions administratives*, 4^e éd., Larcier/Brylant, Bruxelles, 2017.

SADIO, S.P./DIOUF, A., *Développement des infrastructures en Afrique : Le partenariat public privé incontournable selon la BAD*, Dakar, Le Soleil, 2013.

SAGUEZ, Fl., *Critères distinctifs : marché public et délégation de service public*, 09-07-2009.

SAUSSIÉ, S., *Risques et opportunités de partenariat public privé dans le champ des services urbains*, 2015.

SERRAND, P., *Droit administratif : Les actions administratives*, Tome 1, 2^e éd. Paris, PUF, 2017.

SETYM International, *Suivi de l'exécution des marchés publics et règlements des litiges*, nov. 2016.

SOW, Ab., *Le partenariat public privé dans les infrastructures au Sénégal*, Dakar, 2017.

STEPHAN, F., *Marchés publics, une sanction pour les entreprises : la mise en régie des travaux*, *Moniteur*, no 5086, 18-05-2001.

STRADY.F., *Rédiger et instruire un appel d'offres*, Paris, Le Moniteur, 2017.

SUEUR, J.-P./PORTELLI, H., *Note sur les contrats de partenariat, une forme de partenariat public privé*, *Espagne-Italie-Royaume-*

Uni, Juillet 2013.

SYMCHOWICZ, N., *La notion de délégation de service public : Critique des fondements de la jurisprudence « Préfet des Bouches-du-Rhône »*, AJDA, 20 -03-1998.

TERRÉ, F., *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2012.

TERREL, J., *Les théories du pacte social : droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Paris, Seuil, 2001.

TERRIEN, G., *Les contrats de mobilier urbain*, Paris, Territorial éditions, 2007.

THE WORLD BANK, *Infrastructure and Public Private Partnerships*.

TIFINE, P., *Droit administratif français*, Quatrième Partie, Les contrats administratifs, *Revue Générale du Droit*, Décembre 2014.

UBAUD-BERGERON, M., *Droit des contrats administratifs*, Paris, LexisNexis, 2015

UPIO KAGURA, W., *Un nouveau cadre juridique pour la promotion du partenariat publique privé en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Emery Mukendi Wafwana et Associates, 30-04-2014.

VALENTIN, E., *La coopération internationale au développement : un vecteur de développement durable ?* Université Laval, Institut québécois des hautes études internationales, 14-12-2005.

Van PROOIJEN, L., *Grâce aux PPP, l'Afrique de l'Ouest devient la 1^{ère} région du continent pour les projets d'infrastructures*, Deloitte Africa Construction Trends Report 2015, du 27-05-2016.

VEDEL, G./DELVOLLE, P., *Droit administratif*, Paris, PUF, 1990.

VIE PUBLIQUE, *Que sont des marchés publics et des délégations de*

service public ? 19-08-2013.

Vie Publiques, *Actes administratifs unilatéraux, contrats administratifs : Quelles différences ?* 03-06-2013.

WEIL.S/BIAU, V., « *Le développement des procédures de PPP/PFI en Grande-Bretagne* ». MIQCP, 2003.

WEKA PARTENAIRE DES TERRITOIRES, *Marchés publics : de la préparation à l'exécution*, Paris, Éd. WEKA, 2016.

WORLD BANK GROUP, *Private Participation in Infrastructure Database*.

YOLKA, P., *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2013.

YOLKA, P., *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2013.

ZUSSMAN, D., « *Les partenariats : une cible en mouvement* », *Aperçus : La gestion publique au Canada*, 1999, Vol. 4, no 1.

Sites Internet

www.afdb.org.

www.cairn.info.

www.captaineconomics.fr.

www.courrierdesmaires.fr.

www.cours-de-droit.net.

www.cours-de-droit.net.

www.dictionnaire.enap.ca.

www.doc-du-juriste.com.

www.doc-du-juriste.com.

www.ecodufaso.com.

www.economie.gouv.fr.

www.etudier.com.

www.fallaitpasfairedudroit.fr.

www.iedm.org.

www.initiative-ppp-afrique.com.

www.jurispedia.org.

www.juristudiant.com.
www.leconomiste.com.
www.lemondepolitique.fr.
www.lemoniteur.fr.
www.lemoniteur.fr.
www.lepetitjuriste.fr.
www.lexisnexis.fr.
www.lgdj.fr.
www.marche-public.fr.
www.marches-publics-afrique.com.
www.marchespublicspme.com.
www.midi-madagasikara.mg.
www.millenaire3.com.
www.ore.mg.
www.picardie.cafpt.fr.
www.ppi.worldbank.org.
www.presscenter.org.
www.psir.org.
www.rachatducredit.com.
www.revuegenraledudroit.eu.
www.setym.com.
www.slideshare.net.
www.swavocats.com.
www.uggc.com,
www.vie-publique.fr.
www.vie-publique.fr.
www.vie-publique.fr.
www.weka.fr.
www.wikipedia.org.
www.wikiterritorial.cnfpt.fr.
www.worldbank.org.

Résumé de l'ouvrage :

Rappelant que la responsabilité étatique est pérenne pour assurer aux citoyens des services publics de qualité et durables. Ainsi, face à l'importance de l'endettement croissant des États africains subsahariens combinée à la crise financière mondiale actuelle, il s'avère impératif et réaliste à ceux-ci de recourir aux contrats de partenariat public privé, un mode de financement contractuel dans lequel une Autorité publique fait appel à des prestataires privés pour financer une infrastructure publique, comme moyens, entre autres, de compléter les capacités limitées du secteur public pour répondre à la demande croissante en développement des infrastructures et de fournir des infrastructures fondamentales dans les délais en introduisant la technologie et l'innovation du secteur privé aux services publics de meilleure qualité grâce à sa meilleure efficacité et en imposant un certain degré de certitude budgétaire dans les coûts des projets d'infrastructures ; de développer les capacités du secteur privé local par l'intermédiaire d'une propriété conjointe ou des joint-ventures avec les grandes entreprises internationales et aussi d'une possibilité de sous-traitance pour les entreprises locales ; de dégager un rapport qualité-prix à long terme grâce à un transfert des risques financiers, économiques et environnementaux, du moins en partie, au secteur privé tout au long du projet d'infrastructure de la conception-construction à l'exploitation-entretien.

Présentation de l'auteur :

Pascal Mukonde Musulay est Licencié en droit de l'Université de Fribourg (1989), Maître (1995) et Docteur en droit de l'Université de Montréal (2000). Actuellement Avocat au Barreau de Kinshasa/Matete en RDC, Mukonde est Professeur au Département SPA/Université Pédagogique Nationale (UPN), à la Faculté de droit de l'Université Protestante au Congo (UPC), Directeur de la Revue de Droit de l'UPC et

Directeur de recherches au CRESH. Professeur invité à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg en Suisse, chercheur au Centre d'études sur le droit international de l'Université du Québec à Montréal (UQAM) au Canada et Juriste Conseil au Conseil en Développement des marchés et en investissements (Consenim), Montréal, Québec/Canada et à l'Attractive Investments et Business (AIB) sprl, Kinshasa, Lingwala/RDC, Mukonde est aussi Formateur des formateurs en PROMINES, en droit OHADA et en droit CEMAC.

.



Globethics.net is a worldwide ethics network based in Geneva, with an international Board of Foundation of eminent persons, 173,000 participants from 200 countries and regional and national programmes. Globethics.net provides services especially for people in Africa, Asia and Latin-America in order to contribute to more equal access to knowledge resources in the field of applied ethics and to make the voices from the Global South more visible and audible in the global discourse. It provides an electronic platform for dialogue, reflection and action. Its central instrument is the internet site www.globethics.net.

Globethics.net has four objectives:

Library: Free Access to Online Documents

In order to ensure access to knowledge resources in applied ethics, Globethics.net offers its *Globethics.net Library*, the leading global digital library on ethics with over 4.4 million full text documents for free download.

Network: Global Online Community

The registered participants form a global community of people interested in or specialists in ethics. It offers participants on its website the opportunity to contribute to forum, to upload articles and to join or form electronic working groups for purposes of networking or collaborative international research.

Research: Online Workgroups

Globethics.net registered participants can join or build online research groups on all topics of their interest whereas Globethics.net Head Office in Geneva concentrates on six research topics: *Business/Economic Ethics, Interreligious Ethics, Responsible Leadership, Environmental Ethics, Health Ethics and Ethics of Science and Technology*. The results produced through the working groups and research finds their way *into online collections and publications* in four series (see publications list) which can also be downloaded for free.

Services: Conferences, Certification, Consultancy

Globethics.net offers services such as the Global Ethics Forum, an international conference on business ethics, customized certification and educational projects, and consultancy on request in a multicultural and multilingual context.

www.globethics.net ■

Globethics.net Publications

The list below is only a selection of our publications. To view the full collection, please visit our website.

All volumes can be downloaded for free in PDF form from the Globethics.net library and at www.globethics.net/publications. Bulk print copies can be ordered from publications@globethics.net at special rates from the Global South.

The Editor of the different Series of Globethics.net Publications Prof. Dr. Obiora Ike, Executive Director of Globethics.net in Geneva and Professor of Ethics at the Godfrey Okoye University Enugu/Nigeria.

Contact for manuscripts and suggestions: publications@globethics.net

Global Series

Christoph Stückelberger / Jesse N.K. Mugambi (eds.), *Responsible Leadership. Global and Contextual Perspectives*, 2007, 376pp. ISBN: 978-2-8254-1516-0

Heidi Hadsell / Christoph Stückelberger (eds.), *Overcoming Fundamentalism. Ethical Responses from Five Continents*, 2009, 212pp.
ISBN: 978-2-940428-00-7

Christoph Stückelberger / Reinhold Bernhardt (eds.): *Calvin Global. How Faith Influences Societies*, 2009, 258pp. ISBN: 978-2-940428-05-2.

Ariane Hentsch Cisneros / Shanta Premawardhana (eds.), *Sharing Values. A Hermeneutics for Global Ethics*, 2010, 418pp.
ISBN: 978-2-940428-25-0.

Deon Rossouw / Christoph Stückelberger (eds.), *Global Survey of Business Ethics in Training, Teaching and Research*, 2012, 404pp.
ISBN: 978-2-940428-39-7

Carol Cosgrove Sacks/ Paul H. Dembinski (eds.), *Trust and Ethics in Finance. Innovative Ideas from the Robin Cosgrove Prize*, 2012, 380pp.
ISBN: 978-2-940428-41-0

Jean-Claude Bastos de Morais / Christoph Stückelberger (eds.), *Innovation Ethics. African and Global Perspectives*, 2014, 233pp.
ISBN: 978-2-88931-003-6

Nicolae Irina / Christoph Stückelberger (eds.), *Mining, Ethics and Sustainability*, 2014, 198pp. ISBN: 978-2-88931-020-3

Philip Lee and Dafne Sabanes Plou (eds), *More or Less Equal: How Digital Platforms Can Help Advance Communication Rights*, 2014, 158pp.
ISBN 978-2-88931-009-8

Sanjoy Mukherjee and Christoph Stückelberger (eds.) *Sustainability Ethics. Ecology, Economy, Ethics. International Conference SusCon III, Shillong/India*, 2015, 353pp. ISBN: 978-2-88931-068-5

Amélie Vallotton Preisig / Hermann Rösch / Christoph Stückelberger (eds.) *Ethical Dilemmas in the Information Society. Codes of Ethics for Librarians and Archivists*, 2014, 224pp. ISBN: 978-288931-024-1.

Prospects and Challenges for the Ecumenical Movement in the 21st Century. Insights from the Global Ecumenical Theological Institute, David Field / Jutta Koslowski, 256pp. 2016, ISBN: 978-2-88931-097-5

Christoph Stückelberger, Walter Fust, Obiora Ike (eds.), *Global Ethics for Leadership. Values and Virtues for Life*, 2016, 444pp.
ISBN: 978-2-88931-123-1

Dietrich Werner / Elisabeth Jeglitzka (eds.), *Eco-Theology, Climate Justice and Food Security: Theological Education and Christian Leadership Development*, 316pp. 2016, ISBN 978-2-88931-145-3

Theses Series

Kitoka Moke Mutondo, *Église, protection des droits de l'homme et refondation de l'État en République Démocratique du Congo*, 2012, 412pp.
ISBN: 978-2-940428-31-1

Ange Sankieme Lusanga, *Éthique de la migration. La valeur de la justice comme base pour une migration dans l'Union Européenne et la Suisse*, 2012, 358pp. ISBN: 978-2-940428-49-6

Nyembo Imbanga, *Parler en langues ou parler d'autres langues. Approche exégétique des Actes des Apôtres*, 2012, 356pp.
ISBN: 978-2-940428-51-9

Kahwa Njojo, *Éthique de la non-violence*, 2013, 596pp.
ISBN: 978-2-940428-61-8

Ibiladé Nicodème Alagbada, *Le Prophète Michée face à la corruption des classes dirigeantes*, 2013, 298pp. ISBN: 978-2-940428-89-2

Carlos Alberto Sintado, *Social Ecology, Ecojustice and the New Testament: Liberating Readings*, 2015, 379pp. ISBN: 978-2-940428-99-1

Symphorien Ntibagirirwa, *Philosophical Premises for African Economic Development: Sen's Capability Approach*, 2014, 384pp.
ISBN: 978-2-88931-001-2

Jude Likori Omukaga, *Right to Food Ethics: Theological Approaches of Asbjørn Eide*, 2015, 609pp. ISBN: 978-2-88931-047-0

Jörg F. W. Bürgi, *Improving Sustainable Performance of SME's, The Dynamic Interplay of Morality and Management Systems*, 2014, 528pp.
ISBN: 978-2-88931-015-9

Jun Yan, *Local Culture and Early Parenting in China: A Case Study on Chinese Christian Mothers' Childrearing Experiences*, 2015, 190pp.
ISBN 978-2-88931-065-4

Frédéric-Paul Piguët, *Justice climatique et interdiction de nuire*, 2014, 559 pp.
ISBN 978-2-88931-005-0

Mulolwa Kashindi, *Appellations johanniques de Jésus dans l'Apocalypse: une lecture Bafuliiru des titres christologiques*, 2015, 577pp. ISBN 978-2-88931-040-1

Naupess K. Kibiswa, *Ethnonationalism and Conflict Resolution: The Armed Group Bany2 in DR Congo*. 2015, 528pp. ISBN: 978-2-88931-032-6

Kilongo Fatuma Ngongo, *Les héroïnes sans couronne. Leadership des femmes dans les Églises de Pentecôte en Afrique Centrale*, 2015, 489pp. ISBN 978-2-88931-038-8

Alexis Lékpéa Dea, *Évangélisation et pratique holistique de conversion en Afrique. L'Union des Églises Évangéliques Services et Œuvres de Côte d'Ivoire 1927-1982*, 2015, 588 pp. ISBN 978-2-88931-058-6

Bosela E. Eale, *Justice and Poverty as Challenges for Churches: with a Case Study of the Democratic Republic of Congo*, 2015, 335pp,
ISBN: 978-2-88931-078-4

Andrea Grieder, *Collines des mille souvenirs. Vivre après et avec le génocide perpétré contre les Tutsi du Rwanda*, 2016, 403pp. ISBN 978-2-88931-101-9

Monica Emmanuel, *Federalism in Nigeria: Between Divisions in Conflict and Stability in Diversity*, 2016, 522pp. ISBN: 978-2-88931-106-4

John Kasuku, *Intelligence Reform in the Post-Dictatorial Democratic Republic of Congo*, 2016, 355pp. ISBN 978-2-88931-121-7

Fifamè Fidèle Houssou Gandonour, *Les fondements éthiques du féminisme. Réflexions à partir du contexte africain*, 2016, 430pp. ISBN 978-2-88931-138-5

Nicoleta Acatrinei, *Work Motivation and Pro-Social Behavior in the Delivery of Public Services Theoretical and Empirical Insights*, 2016, 387pp. ISBN 978-2-88931-150-7

Texts Series

Principles on Sharing Values across Cultures and Religions, 2012, 20pp. Available in English, French, Spanish, German and Chinese. Other languages in preparation. ISBN: 978-2-940428-09-0

Ethics in Politics. Why it Matters More than Ever and How it Can Make a Difference. A Declaration, 8pp, 2012. Available in English and French. ISBN: 978-2-940428-35-9

Religions for Climate Justice: International Interfaith Statements 2008-2014, 2014, 45pp. Available in English. ISBN 978-2-88931-006-7

Ethics in the Information Society: the Nine 'P's. A Discussion Paper for the WSIS+10 Process 2013-2015, 2013, 32pp. ISBN: 978-2-940428-063-2

Principles on Equality and Inequality for a Sustainable Economy. Endorsed by the Global Ethics Forum 2014 with Results from Ben Africa Conference 2014, 2015, 41pp. ISBN: 978-2-88931-025-8

Focus Series

Christoph Stückelberger, *Das Menschenrecht auf Nahrung und Wasser. Eine ethische Priorität*, 2009, 80pp. ISBN: 978-2-940428-06-9

Christoph Stückelberger, *Corruption-Free Churches are Possible. Experiences, Values, Solutions*, 2010, 278pp. ISBN: 978-2-940428-07-6

—, *Des Églises sans corruption sont possibles: Expériences, valeurs, solutions*, 2013, 228pp. ISBN: 978-2-940428-73-1

Vincent Mbavu Muhindo, *La République Démocratique du Congo en panne. Bilan 50 ans après l'indépendance*, 2011, 380pp. ISBN: 978-2-940428-29-8

Benôit Girardin, *Ethics in Politics: Why it matters more than ever and how it can make a difference*, 2012, 172pp. ISBN: 978-2-940428-21-2

—, *L'éthique: un défi pour la politique. Pourquoi l'éthique importe plus que jamais en politique et comment elle peut faire la différence*, 2014, 220pp. ISBN 978-2-940428-91-5

Willem A Landman, *End-of-Life Decisions, Ethics and the Law*, 2012, 136pp. ISBN: 978-2-940428-53-3

Corneille Ntamwenge, *Éthique des affaires au Congo. Tisser une culture d'intégrité par le Code de Conduite des Affaires en RD Congo*, 2013, 132pp. ISBN: 978-2-940428-57-1

Kitoka Moke Mutondo / Bosco Muchukiwa, *Montée de l'Islam au Sud-Kivu: opportunité ou menace à la paix sociale. Perspectives du dialogue islamo-chrétien en RD Congo*, 2012, 48pp. ISBN: 978-2-940428-59-5

Elisabeth Nduku / John Tenamwenye (eds.), *Corruption in Africa: A Threat to Justice and Sustainable Peace*, 2014, 510pp. ISBN: 978-2-88931-017-3

Dicky Sofjan (with Mega Hidayati), *Religion and Television in Indonesia: Ethics Surrounding Dakwahtainment*, 2013, 112pp. ISBN: 978-2-940428-81-6

Yahya Wijaya / Nina Mariani Noor (eds.), *Etika Ekonomi dan Bisnis: Perspektif Agama-Agama di Indonesia*, 2014, 293pp. ISBN: 978-2-940428-67-0

Bernard Adeney-Risakotta (ed.), *Dealing with Diversity. Religion, Globalization, Violence, Gender and Disaster in Indonesia*. 2014, 372pp. ISBN: 978-2-940428-69-4

Sofie Geerts, Namhla Xinwa and Deon Rossouw, EthicsSA (eds.), *Africans' Perceptions of Chinese Business in Africa A Survey*. 2014, 62pp. ISBN: 978-2-940428-93-9

Nina Mariani Noor/ Ferry Muhammadsyah Siregar (eds.), *Etika Sosial dalam Interaksi Lintas Agama* 2014, 208pp. ISBN 978-2-940428-83-0

B. Muchukiwa Rukakiza, A. Bishweka Cimenesa et C. Kapapa Masonga (éds.), *L'État africain et les mécanismes culturels traditionnels de transformation des conflits*. 2015, 95pp. ISBN: 978-2-88931- 042-5

Célestin Nsengimana, *Peacebuilding Initiatives of the Presbyterian Church in Post-Genocide Rwandan Society: An Impact Assessment*. 2015, 154pp. ISBN: 978-2-88931-044-9

Bosco Muchukiwa, *Identité territoriales et conflits dans la province du Sud-Kivu, R.D. Congo*, 53pp. 2016, ISBN: 978-2-88931-113-2

Dickey Sofian (ed.), *Religion, Public Policy and Social Transformation in Southeast Asia*, 2016, 288pp. ISBN: 978-2-88931-115-6

Symphorien Ntibagirirwa, *Local Cultural Values and Projects of Economic Development: An Interpretation in the Light of the Capability Approach*, 2016, 88pp. ISBN: 978-2-88931-111-8

Karl Wilhelm Rennstich, *Gerechtigkeit für Alle. Religiöser Sozialismus in Mission und Entwicklung*, 2016, 500pp. ISBN 978-2-88931-140-8.

John M. Itty, *Search for Non-Violent and People-Centric Development*, 2017, 317pp. ISBN 978-2-88931-185-9

Florian Josef Hoffmann, *Reichtum der Welt—für Alle Durch Wohlstand zur Freiheit*, 2017, 122pp. ISBN 978-2-88931-187-3

Cristina Calvo / Humberto Shikiya / Deivit Montealegre (eds.), *Ética y economía la relación dañada*, 2017, 377pp. ISBN 978-2-88931-200-9

Maryann Ijeoma Egbujor, *The Relevance of Journalism Education in Kenya for Professional Identity and Ethical Standards*, 2018, 141pp. ISBN 978-2-88931233-7

African Law Series

D. Brian Dennison/ Pamela Tibihikirra-Kalyegira (eds.), *Legal Ethics and Professionalism. A Handbook for Uganda*, 2014, 400pp. ISBN 978-2-88931-011-1

Pascale Mukonde Musulay, *Droit des affaires en Afrique subsaharienne et économie planétaire*, 2015, 164pp. ISBN: 978-2-88931-044-9

Pascal Mukonde Musulay, *Démocratie électorale en Afrique subsaharienne: Entre droit, pouvoir et argent*, 2016, 209pp. ISBN 978-2-88931-156-9

China Christian Series

Yahya Wijaya; Christoph Stückelberger; Cui Wantian, *Christian Faith and Values: An Introduction for Entrepreneurs in China*, 2014, 76pp. ISBN: 978-2-940428-87-8

Yahya Wijaya; Christoph Stückelberger; Cui Wantian, *Christian Faith and Values: An Introduction for Entrepreneurs in China*, 2014, 73pp. ISBN: 978-2-88931-013-5 (en Chinois)

Christoph Stückelberger, *We are all Guests on Earth. A Global Christian Vision for Climate Justice*, 2015, 52pp. ISBN: 978-2-88931-034-0 (en Chinois, version anglaise dans la Bibliothèque Globethics.net)

Christoph Stückelberger, Cui Wantian, Teodorina Lessidrenska, Wang Dan, Liu Yang, Zhang Yu, *Entrepreneurs with Christian Values: Training Handbook for 12 Modules*, 2016, 270pp. ISBN 978-2-88931-142-2

China Ethics Series

Liu Baocheng / Dorothy Gao (eds.), *中国的企业社会责任 Corporate Social Responsibility in China*, 459pp. 2015, en Chinois, ISBN 978-2-88931-050-0

Bao Ziran, *影响中国环境政策执行效果的因素分析 China's Environmental Policy, Factor Analysis of its Implementation*, 2015, 431pp. En chinois, ISBN 978-2-88931-051-7

Yuan Wang and Yating Luo, *China Business Perception Index: Survey on Chinese Companies' Perception of Doing Business in Kenya*, 99pp. 2015, en anglais, ISBN 978-2-88931-062-3.

王淑芹 (Wang Shuqin) (编辑) (Ed.), *Research on Chinese Business Ethics [Volume 1]*, 2016, 413pp. ISBN: 978-2-88931-104-0

王淑芹 (Wang Shuqin) (编辑) (Ed.), *Research on Chinese Business Ethics [Volume 2]*, 2016, 400pp. ISBN: 978-2-88931-108-8

Liu Baocheng, *Chinese Civil Society*, 2016, 177pp. ISBN 978-2-88931-168-2

Liu Baocheng / Zhang Mengsha, *Philanthropy in China: Report of Concepts, History, Drivers, Institutions*, 2017, 246pp. ISBN: 978-2-88931-178-1

Education Ethics Series

Divya Singh / Christoph Stückelberger (Eds.), *Ethics in Higher Education Values-driven Leaders for the Future*, 2017, 367pp. ISBN: 978-2-88931-165-1

Obiora Ike / Chidiebere Onyia (Eds.) *Ethics in Higher Education, Foundation for Sustainable Development*, 2018, 645pp. IBSN: 978-2-88931-217-7

Obiora Ike / Chidiebere Onyia (Eds.) *Ethics in Higher Education, Religions and Traditions in Nigeria* 2018, 198pp. IBSN: 978-2-88931-219-1

Readers Series

Christoph Stückelberger, *Global Ethics Applied: vol. 4 Bioethics, Religion, Leadership*, 2016, 426. ISBN 978-2-88931-130-9

Кристоф Штукельбергер, *Сборник статей, Прикладная глобальная этика Экономика. Инновации. Развитие. Мир*, 2017, 224pp. ISBN: 978-5-93618-250-1

CEC Series

Win Burton, *The European Vision and the Churches: The Legacy of Marc Lenders*, Globethics.net, 2015, 251pp. ISBN: 978-2-88931-054-8

Laurens Hogebrink, *Europe's Heart and Soul. Jacques Delors' Appeal to the Churches*, 2015, 91pp. ISBN: 978-2-88931-091-3

Elizabeta Kitanovic and Fr Aimilianos Bogiannou (Eds.), *Advancing Freedom of Religion or Belief for All*, 2016, 191pp. ISBN: 978-2-88931-136-1

Peter Pavlovic (ed.) *Beyond Prosperity? European Economic Governance as a Dialogue between Theology, Economics and Politics*, 2017, 147pp. ISBN 978-2-88931-181-1

CEC Flash Series

Guy Liagre (ed.), *The New CEC: The Churches' Engagement with a Changing Europe*, 2015, 41pp. ISBN 978-2-88931-072-2

Guy Liagre, *Pensées européennes. De « l'homo nationalis » à une nouvelle citoyenneté*, 2015, 45pp. ISBN: 978-2-88931-073-9

Copublications & Other

Patrice Meyer-Bisch, Stefania Gandolfi, Greta Balliu (eds.), *Souveraineté et coopérations: Guide pour fonder toute gouvernance démocratique sur l'interdépendance des droits de l'homme*, 2016, 99pp. ISBN 978-2-88931-119-4

Patrice Meyer-Bisch, Stefania Gandolfi, Greta Balliu (a cura di), *Sovranità e cooperazioni: Guida per fondare ogni governance democratica sull'interdipendenza dei diritti dell'uomo*, 2016, 100pp. ISBN: 978-2-88931-132-3

Reports

Global Ethics Forum 2016 Report, Higher Education—Ethics in Action: The Value of Values across Sectors, 2016, 184pp. ISBN: 978-2-88931-159-0

African Church Assets Programme ACAP: Report on Workshop March 2016, 2016, 75pp. ISBN 978-2-88931-161-3

This is only selection of our latest publications, to view our full collection please visit:

www.globethics.net/publications



Contrats de partenariat public privé

Options innovantes de financements des infrastructures publiques en Afrique subsaharienne



Pascal Mukonde Musulay est Licencié en droit de l'Université de Fribourg (1989), Maître (1995) et Docteur en droit de l'Université de Montréal (2000). Actuellement Avocat au Barreau de Kinshasa/Matete en RDC, Mukonde est Professeur au Département SPA/Université Pédagogique Nationale (UPN), à la Faculté de droit de l'Université Protestante au Congo (UPC), Directeur de la Revue de Droit de l'UPC et Directeur de recherches au CRESH. Professeur invité à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg en Suisse, chercheur au Centre d'études sur le droit international de l'Université du Québec à Montréal (UQAM) au Canada et Juriste Conseil au Conseil en Développement des marchés et en investissements (Consenim), Montréal, Québec/Canada et à l'Attractive Investments et Business (AIB) srl, Kinshasa, Lingwala/ RDC, Mukonde est aussi Formateur des formateurs en PROMINES, en droit OHADA et en droit CEMAC.

Ce livre porte sur les notions de contrat et de partenariat public privé, il indique de manière non complaisante la responsabilité étatique d'assurer aux citoyens des services publics de qualité et durables. Face à l'endettement des États africains subsahariens combiné à la crise financière mondiale actuelle, il s'avère impératif de recourir aux contrats de partenariat public privé. C'est un mode de financement contractuel dans lequel une autorité publique fait appel à des prestataires privés pour financer une infrastructure publique, comme moyens, entre autres, de compléter les capacités limitées du secteur

public pour répondre à la demande croissante en développement des infrastructures. Il permet de les fournir dans les délais en introduisant la technologie et l'innovation du secteur privé et en imposant un degré de certitude budgétaire dans les coûts des projets.