USAID DU PEUPLE AMERICAIN | CROISSANCE ECONOMIQUE

LE DROIT SÉNÉGALAIS DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

ANALYSE DU CADRE REGLEMENTAIRE DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ AU SÉNÉGAL

15 Octobre 2008
Cette publication a été produite pour l'Agence Internationale du Développement des États-Unis par International Resources Group (IRG).

LE DROIT SÉNÉGALAIS DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

ANALYSE DU CADRE REGLEMENTAIRE DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ AU SÉNÉGAL

SAGIC IQC No. 685-I-01-06-00005-00

Sous la coordination de:
Abdoulaye SAKHO
Agrégé des Facultés de Droit - UCAD - DAKAR

Assistant de recherche:
Aliou SAWARE - DEA Droit Privé &
Master II Management des Projets

15 Octobre 2008

Avertissements:
Les points de vue des auteurs exprimés dans cette publication ne reflètent pas nécessairement ceux de l'USAID ou du Gouvernement des USA.

TABLE DES MATIERES

LISTE D'ACRONYMES — P. 7

CHAPITRE I — P. 8

RÉSUMÉ EXÉCUTIF ET RECOMMANDATIONS

CHAPITRE II — P. 12

INTRODUCTION, CONTEXTE, NOTION DE PPP, JUSTIFICATIONS DE LA MÉTHODOLOGIE DE PRÉSENTATION DE L'ÉTUDE, PLAN DE L'ÉTUDE

I- Introduction — P. 13
II- Contexte — P. 15
III- Notion de PPP — P. 18
IV- Justifications de la méthodologie de présentation de l'étude — P. 19
V- Plan de l'étude — P. 22

CHAPITRE III — P. 24

RAPPORT SUR LE CADRE JURIDIQUE ET REGLEMENTAIRE DES PPP INCLUANT LES INCOHERENCES ET RECOMMANDATIONS

I- Environnement général des affaires — P. 26
II- Environnement spécial du PPP — P. 30

CHAPITRE IV — P. 70

RAPPORT SUR LE DROIT DES MARCHES PUBLICS ET SON IMPACT SUR LE DEVELOPPEMENT DU PPP

CHAPITRE V — P. 74

RAPPORT SUR LES INCOHERENCES DE LA LOI CET ET RECOMMANDATIONS

BIBLIOGRAPHIE — P. 81

LISTE D'ACRONYMES

Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle liés au Commerce	ADPIC
Agence de Promotion des investissements	APIX
Agence de Régulation des marchés	ARM
Agence de régulation des Marchés et des Postes	ARMP
Agence de Régulation des Télécommunications et des Postes	ARTP
Agence de Promotion des Exportations	ASEPEX
Agence Sénégalaise de l'Electrification Rurale	ASER
Black Economic Empowerment	BEE
Build Operate and Transfer	BOT
Cour Commune de Justice et d'Arbitrage	CCJA
Code des Collectivités Locales	CCL
Communauté Economique Des Etats de l'Afrique de l'Ouest	CEDEAO
Conseil Exécutif des Transports Urbains de Dakar	CETUD
Conseil des Infrastructures	CDI
Contribution Globale Unique	CGU
Centre International pour le Règlement des Différends	CIRDI
Code des Marchés Publics	CMP
Commission Nationale de Lutte contre la non transparence, la Corruption et la concussion	CNLCC
Conseil National de Régulation de l'Audiovisuel	CNRA
Commission de Régulation des Marchés	CRM
Commission de Régulation du Secteur de l'Electricité	CRSE
Construction-Exploitation et transfert (loi/contrat)	CET
Code du Travail	CT
Code des obligations Civiles et Commerciales;	COCC
Etablissement Publics à caractère Industriel et commercial	EPIC
Electricité Rurale	ER
Design, Build and Operate	DBO
Direction Centrale des Marchés Publics	DCMP
Délégation de Service Public	DSP
Fonds de Promotion des Exportations	FOPROMEX
Gouvernement de la République du Sénégal	GRS
Guichet Unique	GU
Impôt sur les Sociétés	IS
Impôt sur le Revenu	IR
Nouveau Code des Marchés Publics	NCMP
Municipal Infrastructure Investment Unit	MIIU
Haut Conseil de l'Audiovisuel	HCA
Haut Conseil de la Radio et de la Télévision	HCRT
Nouveau Code des Marchés Publics	NCMP
Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique	OHADA
Office Africain de la Propriété Industrielle	OAPI
Office Africain et Malgache de la Propriété Industrielle	OAMPI
Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique	OHADA
Organisation Mondiale du Commerce	OMC
Objectifs du Millénaire pour le Développement	OMD
Office National de l'Assainissement du Sénégal	ONAS
Office National de l'Electricité (du Maroc)	ONE
Organisations Non Gouvernementales	ONG
Petites et Moyennes Entreprises	PME
Public Financial Management Act	PMFA
Partenariat Public-Privé	PPP
Projet Sectoriel Eau	PSE
Sociétés Anonymes à Participation Publique Majoritaire	SAPPMI
Stratégie de Croissance Accélérée	SCA
Sénégalaise Des Eaux	SDE
Société d'Economie Mixte	SEM
Société Nationale des Eaux du Sénégal	SONES
Union Economique Monétaire Ouest Africaine	UEMOA

CHAPITRE I :

RÉSUMÉ EXÉCUTIF ET RECOMMANDATIONS

Le financement des infrastructures et des services collectifs au moyen des partenariats public-privé nécessite un cadre juridique et réglementaire cohérent et sécurisant. Ce cadre devra prendre en considération la longévité des formes juridiques matérialisant les PPP, les risques et les garanties de bonne exécution et de rentabilité.

La création et la consolidation d'un tel cadre implique une volonté politique claire associant le secteur privé et la société civile.

Conscient de la modestie des ressources fiscales et financières nationales, qui sont sous extrême tension avec la montée fréquente des prix du pétrole et la récente crise financière mondiale, le Gouvernement de la République du Sénégal accorde de plus d'importance à cet outil de développement qu'est le partenariat public-privé.

A ce titre, depuis une décennie, il a entrepris des réformes juridiques, économiques, fiscales et institutionnelles majeures en vue de promouvoir l'investissement privé.

Un cadre juridique et réglementaire des partenariats public-privé est mis en place.

Ce cadre, au sens restreint, est partagé par diverses dispositions contenues principalement dans la loi du 1er mars 2004 relative aux contrats de construction-exploitation et transfert d'infrastructures publiques, d'une part et d'autre part, dans le décret du 30 juin 2006 modifiant le code des obligations de l'administration et le code des marchés publics.

Au sens large, ce cadre englobe toutes les lois susceptibles d'influer sur le dynamisme des partenariats public-privé.

Ce cadre présente certes des avancées mais, il pourrait être amélioré afin de corriger les incohérences et les situations hybrides, tant contractuelles qu'institutionnelles car le Sénégal présente un très grand potentiel (tourisme, infrastrucres, santé education, mines, peche, agriculture, elevage etc.) que le partenarait public-privé peut permettre d'exploiter.

Au plan des recommandations, le GRS (Gouvernement de la République du Sénégal) devrait mettre en pace une législation cohérente des PPP prévoyant également une institution chargée exclusivement des PPP, laquelle institution serait composée de spécialistes formés aux outils des PPP, le cadre actuel étant relativement hybride voire même équivoque.

Cette législation devrait se démarquer des marchés publics. En effet, les contrats de PPP ne sont ni une opération de privatisation ni des marchés publics. De ce fait, ils doivent être encadrés par un système juridique spécifique.

Il est en outre utile d'améliorer les garanties de bonne exécution et de rentabilité des PPP en renforçant les structures de lutte contre la corruption et pour la transparence, en reconnaissant aux parties la liberté de recourir aux modes alternatifs de règlements des litiges de leur choix. A ce titre, la loi CET devrait être modifiée notamment relativement à son article 23 afin de la placer au rang des meilleures pratiques.

Le droit foncier devra être également adapté à la mouvance de responsabilisation du secteur privé dans la dynamique de réalisations d'infrastructures et de services collectifs.

A l'instar de l'Afrique du sud, le ministre chargé des finances pourrait être en mis au cœur du dispositif des contrats CET (tout comme les autres PPP) en l'impliquant dans toutes les phases de la procédure de ces contrats. Il s'agira concrètement de lui reconnaître la compétence de présenter au conseil des infrastructures ou éventuellement à toute autre institution qui serait mise en place, des observations sur la faisabilité des PPP, de leur impact sur les finances publiques ;

Les conflits de compétence entre le Conseil des Infrastructures et les juridictions devront être évités par la modification de l'article 23 de la loi CET. Cette modification devra consacrer la compétence exclusive du Conseil des Infrastructures pour connaître des irrégularités liées à la procédure de passation des contrats CET. D'autres dispositions de la loi CET devront être modifiées ce, pour sécuriser l'investissement privé.

Le décret du 30 juin 2006 devrait être harmonisé avec les dispositions du code des collectivités locales qui prévoient expressément l'affermage. Ce décret ne cite pas l'affermage même s'il énumère de façon non limitative des mécanismes contractuels de PPP.

Les institutions de régulation devront être responsabilisées en les dotant de moyens suffisant pour la réalisation de leur mission. Ces instances devront être composées de ressources humaines compétentes en phase avec les PPP, et doivent permettre d'éviter les conflits d'intérêts entre acteurs.

CHAPITRE II :

INTRODUCTION, CONTEXTE, NOTION DE PPP, JUSTIFICATIONS DE LA MÉTHODOLOGIE DE PRÉSENTATION DE L'ÉTUDE, PLAN DE L'ÉTUDE

I. Introduction

Le présent rapport se donne pour objectif l'analyse du cadre légal et réglementaire des partenariats publics privés (PPP) au Sénégal. Il s'agit plus précisément de mettre en exergue l'environnement contractuel et institutionnel des partenariats publics privés, d'en discerner les limites et de faire des recommandations dans le but de tirer pleinement profit de cet outil de développement.

Le Gouvernement de la République du Sénégal (GRS) a entrepris au cours de la dernière décennie des réformes économiques, juridiques, fiscales et institutionnelles majeures afin de réduire la pauvreté et d'accélérer la croissance économique. La plupart de ces reformes a été engagée en application du Document stratégique de Réduction de la Pauvreté (DSRP) et de la stratégie de la croissance accélérée (SCA).

Au plan global, les réformes ont touché plusieurs secteurs du droit intéressant la mise en œuvre des PPP. Il s'agit notamment du droit du travail, du droit des sociétés et du crédit, du droit fiscal, du droit des investissements, du droit des petites et moyennes entreprises, du droit du dialogue social, du droit de la concurrence, du droit relatif à la lutte contre la corruption.

Au plan spécifique des PPP, le Code des Obligations de Administration du 19 Juillet 1965 régissant les contrats de l'administration a fait l'objet, conformément aux Directives communautaires de l'UEMOAN°04/2005/CM/UEMOA (portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public et Directive) et N°05/2005/CM/UEMOA(portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA), de modifications contenues dans le décret n° 2006-16 du 30 juin 2006 qui consacre la délégation de service public (DSP) et le contrat de partenariat comme modes de participation d'un cocontractant de l'administration à un service public. Ce décret renvoie au code des marchés publics en ce qui concerne la passation, le contrôle et le règlement des différends relatifs à ces deux types de contrat.

Il existe toutefois, une spécificité en droit sénégalais qui mérite d'être signalée à ce niveau de l'analyse. En effet pour les contrats portant Construction, Exploitation et Transfert (l'équivalent des BOT), il existe une loi spéciale qui régit exclusivement les projets d'infrastructures, c'est la loi n° 2004-13 du 1er mars 2004 relative aux contrats de Construction, Exploitation et Transfert (CET).

Toujours dans le but d'atteindre les objectifs précités, le GRS a également mis en œuvre des réformes institutionnelles destinées à améliorer les performances de l'administration grâce à l'introduction des méthodes du privé dans de nouvelles structures administratives (en charge de la gestion du service public) mais différentes des struc-

tures du secteur para public telles que prévues par la loi n°90-07 du 26 juin 1990. A défaut de pouvoir les classer dans les catégories connues de structures de gestion privée du service public, les juristes et le droit positif (loi n°2002-23 portant cadre de régulation des entreprises concessionnaires du service public), les qualifient d'Autorités Administratives Indépendantes(AAI). C'est ainsi que plusieurs agences ont vu le jour, chacune ayant en charge un secteur traditionnellement et exclusivement géré par l'administration centrale. On peut citer entre autres, l'Agence Autonome des Travaux Routiers (AATR), l'Agence nationale chargée de la Promotion des Investissements et des Grands Travaux (APIX), l'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP), l'Agence de Régulation des Télécommunications et Postes (ARTP), la Commission de Régulation du Secteur de l'Electricité (CRSE), le Conseil Exécutif des Transports Urbains(CETUD), l'Agence Sénégalaise d'Electrification Rurale (ASER).

Toutes ces réformes ont permis ces dernières années de mobiliser des investissements privés consistants qui se sont traduits par des privatisations conséquentes notamment dans le secteur de l'eau (sous forme d'affermage avec une société d'exploitation et une société de patrimoine) et dans le très dynamique secteur des télécommunications (sous forme d'une société à participation publique minoritaire avec mise en place d'une autorité nationale de régulation), des projets d'infrastructures très ambitieux (autoroute à péage, exploitation du terminal à conteneurs du port de Dakar, aéroport international Blais Diagne de Ndiass).

Les avancées enregistrées dans la cadre de ces réformes comme l'allégement de la fiscalité des sociétés, la réduction du délai de création d'entreprises, l'amélioration du climat des investissement avec l'instauration d'incitations importantes et larges ont permis au Sénégal de se hisser au rang des dix pays les plus réformateurs retenus par le rapport Doing Business (2007) de la Banque Mondiale.

Toutefois, ces avancées ne doivent pas occulter l'absence de politique cohérente et stratégique de développement et de promotion des PPP. C'est ce qui justifie certainement le déficit d'exploitation du potentiel des secteurs socio-économiques tant national que décentralisé.

II. Contexte

B.1 Contexte économique

Après son accession à l'indépendance, le Sénégal avait opté pour l'économie planifiée. Puis dans les années 80, le pays changea d'option économique en se tournant vers la libéralisation et ce, sous l'impulsion des partenaires au développement, notamment les institutions de Brettons Woods. Avec, la période d'ajustement structurel proposé à cet effet, le Sénégal va entamer l'ère des privatisations qui se fera en deux générations.

Le désengagement de l'Etat fut d'abord marqué au plan légal par l'adoption de la Loi n° 87-23 de la 18/08/1987 portant privatisation d'entreprises et ensuite, par la Loi 95-05 du 05/01/95. Cette dernière a étendu la privatisation à des secteurs d'infrastructures stratégiques tels que l'eau, l'électricité, le téléphone et les chemins de fer. En application de ces politiques économiques, plusieurs entreprises furent privatisées. Mais, le désengagement de l'Etat ne signifiait guère le « laisser aller » ou le « laisser faire » total. L'Etat continue naturellement à s'acquitter de sa mission de satisfaction de l'intérêt général même si son nouveau rôle consiste beaucoup plus à impulser et réguler qu'à intervenir directement dans la vie économique en se substituant aux entreprises. Au total, la poursuite de la libéralisation avec celle des filières « coton » et « arachide », la création de l'Agence de Promotion des Investissements (APIX), l'adoption d'un nouveau Code des Investissements ont donné une impulsion décisive aux programmes de libéralisation et de privatisation du Sénégal.

Fort de ces avantages auxquels s'ajoutent une stabilité politique et une démocratie bien ancrée, le Sénégal a lancé une stratégie de croissance accélérée tournant autour des grappes suivantes : industrie agro-alimentaire, NTIC, Tourisme, Artisanat, Pêche, Textile, Infrastructures, Energie et Environnement. L'objectif à court terme de cet ambitieux programme, est d'augmenter le potentiel de croissance pour atteindre les OMD d'ici 2015 et à long terme, de faire du Sénégal, un pays émergent. La mise en œuvre de la SCA se matérialise par les grands travaux actuellement en cours : les travaux de l'autoroute Dakar Diamnadio, de l'Aéroport International Blaise Diagne de Ndiass, le projet minéralier de la Falémé, l'électrification rurale etc.

Toutefois, il faut cependant reconnaître que des efforts restent à faire pour atteindre les objectifs sus indiqués. Le Sénégal ne parvient pas encore à mobiliser correctement les flux financiers consistants qui lui auraient permis de se doter d'équipements et de services collectifs nécessaires à son développement. Ainsi, c'est pour pallier les

difficultés consécutives à la mobilisation du financement privé que le Sénégal à l'instar de nombreux pays du globe s'est doté d'un cadre légal et réglementaire relatif au Partenariat Public Privé.

B.2. Contexte juridique

Au plan du droit, il y a une réplique du dualisme du contexte économique contemporain.

Le contexte extérieur au pays (non maîtrisé par les autorités nationales) se caractérise par le processus d'intégration des économies sous régionales grâce à l'harmonisation, d'une part des règles relatives aux politiques économiques et, d'autre part des règles applicables à l'entreprise.

Concernant les politiques économiques, les instruments utilisés sont les Traités (CEDEAO, UEMOA) et le droit dérivé de ces Traités à savoir l'Acte Additionnel, le Règlement, la Directive...S'agissant du domaine visé par l'intégration, on peut retenir qu'il s'agit des cadres généraux de l'économie (concurrence, fiscalité, douane...), des secteurs d'infrastructures (télécommunications, électricité, transports...) et des secteurs relatifs à la monnaie et au crédit.

Concernant les règles applicables à l'entreprise, les instruments utilisés sont les mêmes que pour l'intégration des politiques économiques sauf que le système repose essentiellement sur le Traité OHADA qui a créé sa propre norme de droit dérivé par le concept d'Acte Uniforme qui est une norme d'élaboration internationale (adoption par le Conseil des Ministres) mais applicable immédiatement dans l'ordre interne des Etats membres du système Ohada. Ici, le domaine de l'intégration est relatif à l'entreprise : les structures juridiques de l'exercice d'une activité économique (droit des sociétés), le régime juridique du fonctionnement de l'entreprise (fonds de commerce, baux commerciaux, droit de la vente, droit des garanties du crédit, droit comptable...). Par ailleurs les modes de règlement des litiges d'affaires subissent aussi l'influence de l'harmonisation aussi bien pour ce qui concerne la justice étatique (création de Cours de justice à l'échelle africaine) que pour l'introduction des modes alternatifs de règlement des litiges (acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage) et des modes relevant de la régulation avec une problématique supplémentaire sur l'articulation entre les systèmes nationaux de régulation et les systèmes communautaires qui gagnent de plus en plus de terrain (régulation de la concurrence, régulation des télécommunications, régulation des marchés publics et, voire même dans un court terme, la régulation de l'électricité).

Le contexte interne se caractérise par une compétence résiduelle des Etats. En effet, la plupart des normes à finalités économiques étant produites hors des systèmes nationaux, il ne reste plus grand-chose aux Etats. C'est ce qui justifie la pertinence des réflexions sur les procédures et les couts liés aux affaires notamment celles utilisant les indicateurs « doing business » de la Banque Mondiale. Les chiffres suivants indiquent la position du Sénégal au regard de ces indicateurs entre 2005 et 2006.En tout état de cause, sur les points sur lesquels les autorités sénégalaises peuvent encore agir, des efforts sont faits en vue d'améliorer le climat des investissements. C'est ce qui a permis d'améliorer sensiblement le rang du Sénégal dans le rapport 2007.

Facilité de...	**2006**	**2005**	**variations**
Doing Business	*146*	*152*	+6
Création d'entreprises	150	148	-2
Octroi de licences	66	67	+1
Embauche des travailleurs	152	153	+1
Transfert de propriété	151	151	0
Obtention de prêts	143	143	0
Protection des investisseurs	135	133	-2
Paiements des impôts	159	164	+5
Commerce transfrontalier	94	86	-8
Exécution des contrats	138	136	-2
Fermeture d'entreprises	74	104	+30

III. Notion de PPP

Les PPP peuvent être définis comme l'ensemble des formules juridiques, contractuelles ou non, à long terme, par lesquelles un organisme public associe une entreprise du secteur privé à la conception, la réalisation, l'exploitation de projets dudit organisme.

Les mécanismes contractuels qui organisent l'association entre les partenaires publics et prives sont divers et variés. Pour cette raison, ils peuvent être regroupés en deux grandes familles.

D'une part, les contrats de type concessif développés dans les pays de tradition latine et d'autre part, les contrats de type non concessif connus de pays de la Common Law.

Les contrats de type concessif sont des contrats par lesquels, l'entreprise du secteur privé est rémunérée par les recettes et les redevances perçues des usagers de l'ouvrage concédé. C'est l'exemple des contrats de DSP.

Par contre, dans les contrats de type non concessif, c'est l'organisme public qui rémunère directement l'entreprise du secteur privé. C'est le cas typique des contrats « Private Finance Initiative » (PFI).

Le trait commun de toutes ces formules contractuelles réside dans le fait qu'elles établissent un partage de responsabilités, des risques et des bénéfices entre les partenaires publics et privés.

En outre, il s'agit de contrats complexes en ce sens que :

- ils reposent sur des intérêts opposés, le partenaire public cherche à avoir un ouvrage de qualité au coût accessible et le partenaire privé cherche à rentabiliser son investissement ;
- leur montage juridique, financier, institutionnel, économique n'est pas aisé ;

Que nous soyons en face d'un PPP contractuel ou institutionnel, sa mise en œuvre efficace suppose, au préalable, des études sérieuses de marché, de faisabilité, de la réglementation, du cadre politique et économique, suppose aussi la mise en place d'un processus de sélection transparent et sécurisant de l'entreprise du secteur privé et suppose enfin des cycles de renégociations des supports (contrats ou institutions) du PPP.

Les études faites devront permettre de cerner tous les risques potentiels susceptibles de porter atteinte à la pérennité du projet. Ces risques peuvent être des risques de force majeure, macroéconomiques, institutionnels ou juridiques. Concernant les risques juridiques et institutionnels, ils peuvent être jugulés avec la mise en place d'un cadre règlementaire cohérent et stable. L'environnement juridique, c'est-à-dire le cadre contractuel et institutionnel, des PPP au Sénégal permet il d'atteindre cet objectif ?

IV. Justifications de la méthodologie de présentation de l'étude

La présente étude a été effectuée conformément aux TDR qui demandent de s'inspirer de l'étude Chemonics international afin de définir le cadre juridique, politique et règlementaire existant aujourd'hui pour le développement des PPP.

Dans ce sens, les TDR exigent la fourniture de cinq rapports. Le premier porte sur l'état actuel du cadre juridique et réglementaire régissant le développement des PPP. Le deuxième sur les incohérences dudit cadre avec des propositions et recommandations permettant d'y remédier. Le troisième porte sur la loi CET et éventuellement sa mise à jour. Le quatrième est un rapport sur le droit des marchés publics et son impact sur le droit du PPP. Enfin, un rapport sur les meilleures pratiques incluant un plan d'action pour améliorer l'ensemble du dispositif juridique et réglementaire doit aussi être livré.

La présente étude se présente sous la forme d'un document unique mais contenant les préoccupations devant se retrouver dans les différents rapports susvisés. En ce sens, plutôt que cinq rapports séparés nous avons regroupé le tout dans une présentation unique en vue de faciliter la consultation et la conservation.

Rappel des principales préoccupations du rapport de Chemonics international

« ***B1. Modélisation du cadre juridique en vue des PPP***

L'investisseur déterminera si le cadre juridique est favorable à l'établissement de structures PPP ainsi que les contraintes y relatives, si elles existent. En ce qui concerne les contraintes, l'investisseur décidera si les incidences néfastes peuvent être maîtrisées ou mitigées.

Ainsi, il ne suffit pas simplement d'adopter une loi sur les PPP pour déclarer que le cadre juridique sera considéré comme favorable par le secteur privé, ce qui le porterait à investir dans ce type d'opération. Un examen global des lois existantes est nécessaire pour s'assurer qu'il n'existe aucune disposition légale susceptible d'avoir un effet néfaste sur les PPP, en matière d'octroi de contrats, d'exploitation ou de financement.

Dans le cadre d'une transaction PPP, l'investisseur utilisera les services de conseillers, en particulier des conseillers financiers et juridiques dont la tâche sera d'effectuer un examen, avec la diligence requise, du contexte commercial et juridique du projet PPP afin d'identifier les risques financiers et juridiques inhérents au projet et pour garantir que ce dernier pourra être mené à bien dans un climat harmonieux et

prévisible. Un examen approfondi débouchant sur des conclusions non favorables peut en coûter à l'autorité publique et l'investisseur pourra refuser de participer au projet ou demandera des garanties avant d'investir dans l'opération.

Les investisseurs privés et particulièrement les prêteurs vérifieront que le cadre législatif du pays hôte apporte une réponse satisfaisante, notamment aux questions suivantes :

Droit privé

Le secteur privé et les investisseurs étrangers peuvent-ils intervenir dans la gestion de l'infrastructure publique ?

Quelles sont les restrictions imposées aux investissements étrangers ?

La procédure d'octroi de contrats de PPP est-elle claire, transparente et non discriminatoire ?

Quelles sont les restrictions qui sont appliquées aux investisseurs étrangers en ce qui concerne la propriété privée ?

Exploitation

Le mode d'exploitation des entreprises commerciales est-il sujet à des restrictions majeures ?

Les régimes douaniers et fiscaux, y compris les droits de timbre, sont-ils exhorbitants ?

Existe-il des problèmes pour exécuter des transactions de devises?

Existe-t-il des restrictions majeures imposées à l'importation de marchandises ?

Quel type de protection existe-t-il pour la propriété intellectuelle et industrielle ?

Existe-t-il des moyens de se protéger contre la corruption ?

Droit environnemental et immobilier

Quelles sont les limites imposées par les droits de propriété, y compris la possibilité d'accepter des nantissements ?

Quelles sont les obligations existantes en matière d'environnement ?

Les procédures d'obtention d'autorisations préalables sont-elles nécessaires avant l'exécution de projets infrastructurels ?

Est-il nécessaire d'effectuer des études d'impact écologique avant d'exécuter un projet d'infrastructure ?

Existe-t-il des processus de décontamination d'usage avant l'exécution d'un projet d'infrastructure ? Si oui, qui en fait les frais ?

Règlementation du secteur commercial

Le secteur commercial est-il réglementé ?

La structure des tarifs a-t-elle été préparée de façon satisfaisante ?

Quelle est l'ampleur de l'ingérence politique dans la réglementation du secteur commercial ?

Existe-t-il des conflits de juridiction dans l'organisation de la structure de supervision des institutions ?

Existe-t-il une autorité chargée de réglementer le secteur ? Est-elle indépendante ? A-t-elle une expérience de stabilité et de prévisibilité dans ses décisions et son fonctionnement ?

La procédure administrative régissant la délivrance de permis et d'autorisations est-elle transparente et jouit-elle d'un appui technique ?

Les règles de concurrence applicables au secteur des affaires sont-elles claires et transparentes ?

Financement

Existe-t-il des restrictions imposées à l'investissement étranger ?

Les investisseurs étrangers peuvent-ils rapatrier les dividendes et les profits à l'extérieur du pays hôte ?

Quelles sont les restrictions imposées au secteur bancaire ?

L'opérateur d'une infrastructure peut-il ouvrir des comptes bancaires à l'étranger ?

Quelle est la souplesse autorisée pour les structures de financement ?

Obligations face au bien-être social

Quelles sont les obligations imposées en matière de déplacement des populations ?

Les lois sur le travail prévoient-elles des restrictions à la réorganisation des entreprises ?

Règlement des différends

Est-il possible de recourir aux procédures d'arbitrage pour régler les différends ?

Existe-il des restrictions en matière d'exécution des jugements ?

L'État jouit-il d'immunité vis-à-vis de l'exécution de jugements ?

La liste qui précède illustre le genre de questions auxquelles le secteur privé doit trouver des réponses afin de déterminer le degré d'attractivité de la législation du pays hôte pour les investissements PPP. Fort heureusement, l'expérience de PPP à travers le monde a donné lieu à plusieurs ouvrages sur les conditions requises en matière législative pour garantir la passation harmonieuse de contrats de PPP. [1] *L'objet de la rédaction des deux chapitres précédents n'est pas de se substituer à ces études sérieuses et complètes mais plutôt de transmettre des connaissances générales sur les conditions requises en ce qui a trait au contexte juridique et réglementaire pour faciliter la mise en place de PPP. »*

V. Plan de l'étude

- RAPPORT SUR LE CADRE JURIDIQUE ET REGLEMENTAIRE DES PPP INCLUANT LES INCOHERENCES ET RECOMMANDATIONS.
- RAPPORT SUR LE DROIT DES MARCHES PUBLICS ET SON IMPACT SUR LE DEVELOPPEMENT DU PPP
- RAPPORT SUR LES INCOHERENCES DE LA LOI CET ET RECOMMANDATIONS

[1] Cf, e.g., 1), Concessions for infrastructure : A Guide to their Design and Award, Document technique de la Banque mondiale no. 399, Washington, 1998, 188 pages; 2) Privately Financed Infrastructure Projects: Draft Chapters of a Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, Commission des Nations unies pour le droit commercial international, Trente-troisième session, New York, 12 juin-7 juillet 2000; 3) Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects; CNUCDI; 4) Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, Commission européenne, Janvier 2003

CHAPITRE III :

RAPPORT SUR LE CADRE JURIDIQUE ET REGLEMENTAIRE DES PPP INCLUANT LES INCOHERENCES ET RECOMMANDATIONS

Cette analyse passe par l'examen du PPP selon qu'il est porté par le contrat, d'une part, ou l'institution, d'autre part. Mais auparavant, un rappel des normes gouvernant l'environnement global des affaires s'avère utile pour une meilleure compréhension d'une telle analyse.

I- ENVIRONNEMENT GENERAL DES AFFAIRES

Le réceptacle normal du PPP est le droit des affaires pris dans sa globalité. Il permet le développement du PPP car il n'est pas du tout hermétique en tant que cadre d'accueil de l'investissement privé.

Concernant la législation sur la concurrence : elle a été mise en place par la loi n°94-63 du 22 Août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique (au niveau communautaire, la concurrence est réglementée par le traité du 13 janvier 1994 instituant l'UEMOA et par ses règlements d'application). Cette loi interdit les pratiques anticoncurrentielles collectives ou individuelles.

Pour donner corps à l'objectif d'assainissement du marché, il a été institué la Commission Nationale de la Concurrence dont la mission est de statuer sur toutes formes de pratiques anticoncurrentielles, d'être consultée obligatoirement sur tout projet de texte règlementaire ayant pour effet soit de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions, soit d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.

Elle peut prononcer des sanctions pécuniaires pouvant aller jusqu'à 20.000.000 FCFA à l'encontre des contrevenants et ou ordonner la publication de celles-ci dans les journaux qu'elle désigne. Sa décision est susceptible de recours en annulation devant le Conseil d'Etat, mais ce recours n'est pas suspensif.

Sur la législation du travail : pour promouvoir l'investissement privé, le Sénégal a mis en œuvre plusieurs projets de réformes. C'est ainsi qu'en 1997, le Code du Travail a été rendu flexible. Des modifications majeures y ont été apportées.

Ces reformes visent à la fois la protection de l'entreprise mais aussi celle du travailleur. A titre illustratif, il est possible de citer, l'instauration du dialogue social, du chômage technique, de la formation professionnelle, l'institution d'une indemnité de non-respect des formes de licenciement etc.

A ces modifications de la législation du travail, il faut ajouter l'adoption d'une charte de dialogue social ayant pour objet d'instaurer un climat social propice à la compétitivité des entreprises, à la croissance, au respect des droits économiques et sociaux, à la justice sociale, à l'emploi, à l'éthique et à la bonne gouvernance.

Pour rendre atteindre de tels objectifs, il est institué, au niveau national, un Comité National du Dialogue Social qui a une mission de veille et d'alerte pour tous faits et

actes susceptibles de compromettre la paix sociale, de mener des études sur des textes légaux et accords en vue de l'amélioration du climat social. Aussi, a-t-il été prévu un comité au niveau de l'entreprise et au niveau de chaque branche.

Sur la législation fiscale et douanière : à ce niveau, malgré le fait des mesures de politique communautaire commune (TEC, TVA harmonisé) les pouvoirs publics du Sénégal ont mis en place un régime fiscal et douanier parfaitement en phase avec le développement de l'investissement privé. Au plan fiscal, la reforme initiée a permis d'une part de réduire l'impôt sur les sociétés de 35 à 33% dans un premier et dans un second de 33 à 25 % et d'autre part, d'étendre le régime de l'amortissement accéléré. Le Code des douanes prévoit de nombreuses facilités pour des opérations de production, de stockage et de transports.

Concernant la législation sur les investissements : le préalable pour un partenariat public privé réussi réside dans l'existence d'une législation assurant la rentabilité des investissements. C'est pour atteindre cet objectif que le Code des Investissements du Sénégal a aménagé plusieurs avantages au profit tant du privé national que de l'étranger.

Les innovations contenues dans le Code des investissements sont entre autres :

- l'institution d'un système de crédit d'impôts pour investissements d'un montant égal à 40 % des investissements en immobilisations, sur une période de cinq (05) ans et plafonné, pour chaque exercice, à 50 % du bénéfice imposable pour les entreprises nouvelles et 25 % pour les extensions ;
- l'élargissement du champ d'application du code à des secteurs stratégiques (télé-services, parcs industriels, cyber-villages, complexes commerciaux...) ;
- le déplafonnement du montant des investissements projetés dans les services ;
- l'encouragement des activités créatrices d'emplois à l'échelle du territoire national ;
- la délimitation entre la phase d'investissement et celle d'exploitation, permettant de jouir des avantages d'exploitation pendant la durée prévue de (05) ans et à l'Administration de collecter toutes les informations relatives à la réalisation du programme agréé et au démarrage des activités ;
- le respect des dispositions du Code de l'Environnement ;
- la suppression du minimum de fonds propres exigible.

A coté de ces privilèges, il y a le régime des zones franches d'exportation qui vient s'ajouter au régime de la zone franche industrielle qui existait depuis 1994.

Les avantages qui s'offrent dans la zone franche d'exportation peuvent être résu-

més ainsi qu'il suit : possibilité de transférer librement des fonds nécessaires à la réalisation de l'investissement et des opérations commerciales et financières à destination des pays extérieurs à la zone franc, des salaires pour les employés étrangers, des dividendes pour les actionnaires étrangers ; le recrutement du personnel étranger sans restriction et d'arbitrage du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

La législation pétrolière et minière n'a pas été en reste dans ce mouvement d'attraction de l'investissement privé. Elle a subi des mutations tendant à faciliter l'exploration et l'exploitation des richesses du sous-sol national.

Concernant la législation sur les groupements d'affaires : le PPP notamment institutionnel se concrétise par la création d'une structure qui est soit une société commerciale au sens du droit de l'OHADA, soit une entreprise publique au sens de la loi sur le secteur parapublic (loi n°90-07), soit alors une de ces nouvelles formes de gestion privée du service public que sont les agences autonomes appelées aussi Autorités Administratives Indépendantes. Aujourd'hui, outre les normes OHADA, le législateur sénégalais a innové dans ce domaine en réduisant le délai de création des entreprises qui est passé de 55 jours à 48 heures. Et toutes les formalités requises à cet effet peuvent être réalisées devant le Guichet Unique (GU). Ce qui constitue un gain de temps remarquable. Par ailleurs, un projet d'harmonisation du statut de toutes les agences est en cours afin de donner plus de visibilité au statut juridique de ces différentes structures que l'Etat utilise de plus en plus comme support pour le PPP.

Concernant le droit de la Petite et Moyenne Entreprise (PME) : la loi d'orientation n°49/2007 relative à la promotion et au développement des Petites et Moyennes entreprises a été votée par l'Assemblée nationale. Elle pourrait faciliter le PPP entre l'Etat les structures à faible intensité capitalistique.

Cette loi viendra combler un vide juridique. En effet, elle règle les questions liées aux questions de l'accès des PME aux marchés publics et à leur financement. Dans ce cadre, elle prévoit la mise en place d'un fonds de garantie et une quote-part des marchés de travaux publics pour les PME. En outre, elle crée des conditions de discrimination positive pour les femmes et jeunes entrepreneurs et un cadre cohérent de la politique des PME.

Fort de ces avancées, la loi d'orientation pourrait constituer un apport positif pour le climat des affaires mais surtout un levier important pour la mise en oeuvre de la Stratégie de la Croissance Accélérée (SCA). Dans la même veine, la charge des PME

validée par le Comité de Pilotage le 2 décembre 2003 s'inscrit dans la même dynamique en ce qu'elle prévoit de nombreuses mesures de soutien et d'aide en faveur des entreprises évoluant aussi bien dans le secteur structuré que dans le secteur informel et ce, pour toutes les activités économiques exercées.

Les avantages prévus par cette réglementation sont relatifs par exemple, la formation, l'aménagement de sites de production et d'exploitation, la mise à niveau, la simplification des procédures de financement des PME, la mise en place de prêts à taux bonifiés, la création d'un fonds de placement à risques, d'un fonds de garantie, d'un fonds d'aménagement régionaux pour inciter à la délocalisation dans les régions, d'un fonds d'aide au transport et à l'exportation, la réservation d'une proportion des marchés aux PME, une quote part de sous-traitance aux PME (petites entreprises Æ 10% des budgets ; moyennes entreprises Æ 20% des budgets ; grandes entreprises Æ 70% des budgets), la possibilité pour les PME de conclure des partenariats avec des entreprises étrangères pour répondre à des appels d'offres, l'institution d'une prime d'aménagement et d'installation dans les régions, la mise en place d'un impôt synthétique, le développement des infrastructures, etc....toutes ces mesures devraient aider à faire de la PME sénégalaise une partenaire crédible pour l'Etat. Nous constatons au final que le droit des affaires n'est pas du tout fermé au PPP. Ceci est renforcé par le droit spécial du PPP.

II- ENVIRONNEMENT SPECIAL DU PPP

Il existe un droit spécial du PPP qu'il faut analyser.

Mais, sous les développements suivants sont étudiées en même temps, les incohérences de la réglementation de même que les recommandations pertinentes destinées à la correction de ces incohérences. Au final, il ne sera pas nécessaire de consacrer un chapitre spécial à ces questions dés lors qu'elles sont prises en charge dans l'analyse ci-dessous consacrée aussi bien au PPP contractuel, d'une part, qu'au PPP institutionnel, d'autre part.

II- A. LE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE CONTRACTUEL

Le PPP contractuel est soumis aussi bien au droit des contrats spécifiques à ce mécanisme qu'au droit beaucoup plus général des affaires. Le souci d'une bonne présentation avec d'un côté l'environnement contractuel direct (les mécanismes contractuels) et de l'autre l'environnement juridique indirect (les autres branches du droit des affaires), guide les développements qui suivent.

II- A- I. L'environnement contractuel direct des PPP

Ici, il s'agit de l'analyse des contrats PPP dans leurs différentes phases de leur mise œuvre. Mais auparavant, il faut présenter les différents mécanismes contractuels.

A. Les mécanismes contractuels du droit sénégalais

Le régime juridique des PPP au Sénégal est organisé par plusieurs textes.

Il y a d'abord la loi du 1er mars 2004 relative aux contrats de construction, exploitation et transferts. Cette loi spéciale organise les contrats exclusivement dédiés à la conception, au financement, à la réalisation et à l'exploitation de projets d'infrastructures publiques. Il y a, ensuite, le décret du 30 juin 2006 modifiant le Code des Obligations de l'Administration (COA) qui détermine les contrats par lesquels, une entreprise du secteur privé réalise un ouvrage de service public. Il s'agit des contrats de délégation de service public (DSP) et des contrats de partenariat. Il y a enfin le code des collectivités locales.

Au titre des contrats de délégation de service public, le décret du 30 juin 2006 cite, la concession et la régie intéressée.

• **La concession.** C'est un contrat d'une durée souvent longue dans lequel, l'organisme public confie à une entreprise la mission de construire, financer et exploiter un projet d'utilité publique aux risques et périls de cette dernière. Dans cette forme contractuelle, le concessionnaire est en principe rémunéré sur les redevances perçues des usagers. Par exemple l'aéroport international Blaise Diagne de Ndiass, la gestion du terminal à conteneurs du Port, l'exploitation du chemin Dakar Bamako ou l'achat de l'électricité, (V. rapport de Chemonics International (p.18 et suivants).

• **La régie intéressée.** C'est un contrat par lequel, l'organisme public donne mission à une entreprise appelée, régisseur intéressé, la mission d'exploitation et de gestion d'un service public pour le compte de ce premier. La régie intéressée est rémunérée par l'organisme public sur la base des résultats de l'exploitation du service.

• **Le contrat de partenariat.** C'est un contrat à durée déterminée dans lequel, l'organisme public donne à une entreprise la mission de financement, de réalisation et d'exploitation d'un projet d'utilité publique.

La concession et le contrat de partenariat se ressemblent sur certains points, leur durée de vie est fixée en fonction de la durée de l'amortissement des immobilisations. Ils sont toutefois différents car, dans le contrat de partenariat, l'entreprise opératrice est rémunérée en principe par l'organisme public et ce, suivant des objectifs de performance ; en outre, dans ce type de contrat, la gestion de l'ouvrage public est assurée aussi par l'organisme public.

Dans les contrats CET, la loi du 1er mars précise que même si l'opérateur de projet peut percevoir des versements de l'autorité concédante, il se rémunère essentiellement sur les revenus versés par les usagers ou sur les bénéfices des infrastructures qu'il a réalisées.

• **Le contrat d'affermage.** Il faut ajouter à ces mécanismes expressément cités par le décret du 30 juin 2006, le contrat d'affermage, déjà pratiqué (privatisations du secteur de l'eau) et prévu depuis lors par le Code des Collectivités Locales. Dans ce type de relation contractuelle, l'entreprise privée, appelée fermier, assure la gestion d'un service public sur délégation de l'organisme public moyennant rémunération. En vertu de cette délégation, le fermier détient la responsabilité de la gestion et de la

maintenance des infrastructures et services à lui confier. Le Sénégal a connu des cas réussis de PPP comme par exemple dans le secteur de l'eau où la relation contractuelle entre partenaire public et le partenaire privé est bâtie sur le contrat d'affermage. Ce cas mérite d'être illustré dans cette étude.

Avant la loi n° 95-10 du 7 avril 1995 qui a réformé le secteur de l'eau, c'est la SONEES (Société Nationale de l'Exploitation des Eaux du Sénégal) qui assurait la gestion du service de l'eau. Dans l'exercice de sa mission, cette société rencontrait beaucoup de difficultés consécutives notamment au non paiement des factures, au vieillissement des infrastructures. Pour relever ces défis, les bailleurs de fonds proposent leur appui financier mais à la condition que l'exploitation du service de l'eau soit confiée à un privé. Les autorités entament alors les reformes nécessaires dans le cadre du projet sectoriel eau (PSE). Les activités liées à la fourniture de l'eau et celles relatives à l'assainissement sont séparées.

Au plan institutionnel, il a été créé trois entreprises :

La SONES (société nationale des eaux du Sénégal), société publique, concessionnaire des infrastructures de l'eau ;

La SDE (Sénégalaise Des Eaux), entreprise privée, filiale de SAUR International, firme française;

L'Office National de l'Assainissement du Sénégal (ONAS), un établissement public à caractère industriel et commercial chargé de la gestion du secteur de l'assainissement.

Au plan juridique :

Dans un premier temps, il ya un contrat de concession entre la SONES et l'Etat du Sénégal. Ce contrat d'une durée de trente ans est complété par un contrat-plan détaillant la programmation des investissements. A ce niveau, il est déjà possible de parler de partenariat-public-public.

Dans un second temps, un contrat d'affermage d'une durée de dix ans prorogeable pour cinq ans est conclu entre l'Etat du Sénégal, la SONES et la SDE. Ce contrat d'affermage est complété par un contrat de performances fixant les résultats techniques et financiers à atteindre. C'est à ce niveau qu'il y a véritablement partenariat public-privé.

La réussite de ce type de partenariat s'explique essentiellement par l'esprit de due diligence des parties au contrat qui ont su utiliser à bon escient leur capacité de négociations et de renégociations pour atteindre les objectifs fixés, même si elles se sont confrontées à des imprévus tout au début de leur relation contractuelle. En outre, cette réussite est à chercher sur le mode de régulation ad hoc mis en place. Cette régulation facilite les compromis.

B. Les règles de procédure applicables auxdits contrats

Ces règles sont celles contenus dans le nouveau Code des marchés publics. Elles ont vocation à s'appliquer aux contrats de DSP et aux contrats de partenariats.

Il faut relever que pour les contrats « BOT » ou contrats CET, ils sont régis par les dispositions de la Loi du 1er mars 2004 relative aux contrats de construction-exploitation et transfert.

Concernant les contrats de DSP et les contrats de partenariats, le Code des marchés publics impose le respect des principes de libre accès, d'égalité de traitement des candidats et transparence des procédures, l'existence de capacité technique financière ; le respect des valeurs d'éthique, des formalités de publicité et de mise en concurrence.

Ces principes et valeurs sont si importants que leur violation est susceptible d'entrainer la nullité de la procédure ou du contrat en cause.

En outre le code détermine les modes de passation de ces contrats. A cet égard, il retient l'appel d'offre, l'entente directe et la demande de renseignement, étant entendu que le recours à l'entente directe est exceptionnel et réservé à des cas très précis comme la protection de l'intérêt général ou l'inefficacité économique d'un premier contrat.

La procédure de demande de renseignements de prix étant réservée aux contrats dont la valeur est inferieure aux seuils de passation d'un marché. Il s'agit donc des contrats de valeur modeste.

Concernant l'appel d'offres, il peut être ouvert ou restreint. L'appel d'offres est dit ouvert lorsqu'aucun candidat n'est exclu pour soumissionner.

Par contre, dans l'appel d'offres restreint, seuls les candidats autorisés par l'autorité publique peuvent participer à la soumission. Cette procédure ne peut être mise en œuvre qu'après avis de la direction centrale des marchés publics

L'appel d'offres ouvert peut être précédé d'une pré-qualification ou fait en deux étapes.

Il est précédé d'une pré-qualification dans le cas de travaux importants ou complexes ou, exceptionnellement de fournitures de matériel devant être fabriqués sur commande ou de services spécialisés. Cette procédure est adéquate aux contrats de DSP. Cela est d'autant plus fondé que le candidat est astreint à fournir, les références concernant des contrats analogues, la preuve de moyens humains et matériels pouvant réaliser le projet mis en offre et la preuve de capacité financière.

Cette procédure donne lieu à la publication d'avis public à la candidature à la suite de laquelle, intervient la phase d'ouverture des propositions. Les candidats non rete-

nus sont informés par l'autorité contractante. Il en est de même pour les candidats pré qualifiés, ce dans un délai de trente (30) jours avant le dépôt des offres. Ce délai pourrait être réduit à quinze (15) jours en cas d'extrême urgence.

L'appel d'offres fait en deux étapes est lancé pour les contrats d'une grande complexité ou lorsque l'autorité publique souhaite réaliser un projet d'utilité publique sur la base de critères de performances. Cette procédure est en parfaite harmonie avec les PPP. Elle composée de deux étapes.

Dans la première étape, les candidats sont invités à faire uniquement des propositions techniques. L'autorité publique étant tenue au respect de l'égalité de traitement et de l'obligation de resserves pour les informations techniques.

Dans la deuxième étape, les candidats font des propositions techniques définitives assorties de prix.

A l'issue de toutes ces procédures, le contrat est attribué au candidat dont l'offre est évaluée la moins disante selon les critères définis dans le dossier d'appel d'offres.

La procédure applicable aux contrats de construction-exploitation et transferts ou contrats BOT.

C'est une procédure qui comporte les mêmes principes fondamentaux que ceux en cours pour les marchés publics.

Le respect de la procédure de publicité et de mise en concurrence est fondamental. En cas de manquement à cette procédure, toute personne lésée peut demander le dédommagement pour le préjudice subi.

La loi CET énumère deux modes de passation desdits contrats, l'appel d'offres émanant de l'autorité concédante et l'offre spontanée émanant du tiers.

Le marché de gré à gré ne s'applique pour les contrats CET qu'en cas d'extrême urgence liée à la nécessité de préserver la continuité du service public ou lorsque l'infrastructure ne peut être réalisée ou exploitée, pour des raisons techniques ou juridiques, que par un seul operateur

L'appel d'offres initié par l'autorité concédante devra être fait à l'échelon international. Il devra s'agir aussi d'un appel d'offres ouvert en deux étapes précédé d'une procédure de pré qualification.

Il est permis à plusieurs entreprises de se regrouper au sein d'un consortium pour présenter des offres. Toutefois, une même entreprise ne peut pas appartenir à la fois à plusieurs consortiums.

Dans la procédure d'offre spontanée, un tiers présente à l'autorité concédante une offre spontanée portant projets de construction, exécution et transfert d'infrastruc-

tures. Toutefois, il ne faudrait pas qu'à la date de cette présentation, l'autorité fasse de son intention, même éventuelle, de réaliser le projet d'infrastructure présenté.

Concernant les collectivités décentralisées, leur liberté en matière de PPP est encadrée. En effet, les concessions de services publics à caractère industriel et commercial dépassant trente (30) ans doivent être approuvées par décret. Il ne peut être aussi demandé au concessionnaire, par clauses contractuelles, d'exécuter des travaux étrangers à la concession. En outre, les clauses portant affermage d'une recette publique, sauf les recettes issues de l'exploitation de l'ouvrage ou générées par le contrat, sont prohibées. Enfin, l'entreprise contractante devra se conformer aux conditions stipulées dans les contrats.

C. Les règles d'exécution des PPP

Fondamentalement, ce sont les clauses contractuelles qui organisent les modalités d'exécution des PPP (V. toutefois le décret 2007-169 du 13 février 2007 fixant le contenu d'un contrat CET d'infrastructures).

Étant des contrats administratifs, les PPP sont aussi régis par les dispositions du Code des Obligations de l'Administration, celles des marchés publics et de la loi CET. Ces textes reconnaissent à l'organisme public des pouvoirs de direction, de contrôle, de modification et de résiliation unilatérale et enfin de sanction.

D. Recours prévus pour les PPP

Concernant les contrats de DSP et les contrats de partenariats

Le recours amiable : En cas de différends relatifs à l'exécution des contrats de DSP ou de contrats de partenariat, il est reconnu à l'autorité contractante ou le titulaire du contrat la possibilité de saisir le Comité de Règlement des Différends placé auprès de l'Organe chargé de la Régulation des Marchés publics. Le Comité de Règlement des Différends a pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue de proposer une solution amiable et équitable aux différends qui lui sont soumis.

Le recours contentieux : comme pour tout acte administratif, il est reconnu à tout candidat la possibilité de former un recours gracieux auprès de l'autorité publique

compétente contre la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le contrat. Les intéressés sont tenus de former leur recours dans un délai de cinq jours. Et, l'autorité publique est tenue de répondre également dans un délai de cinq jours. En cas d'avis défavorable ou de silence de l'autorité publique, l'intéressé pourra saisir l'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP). Dés réception dudit recours, l'ARMP examine la recevabilité du recours et peut ordonner la suspension de la procédure d'attribution du contrat. L'ARMP statue ensuite et rend sa décision dans un délai de 17 jours. Cette procédure tend à corriger la violation alléguée ou empêcher d'autres dommages.

Dès que le contrat est attribué, les candidats non retenus sont immédiatement avisés. Lorsqu'ils estiment que la procédure est entachée d'irrégularités, ils peuvent introduire un recours gracieux auprès de l'autorité publique compétente. En cas de rejet dudit recours ou d'absence de réponse, ils peuvent saisir l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP). Si des manquements liés à la procédure ont été relevés, l'ARMP prononce des exclusions temporaires ou des pénalités pécuniaires à l'encontre des personnes poursuivies**.** Elle publie la liste des entreprises exclues.

Sans préjudice de sanctions pénales et disciplinaires, les agents publics fautifs peuvent être condamnés à la réparation des dommages résultant de leurs actes. Les personnes sanctionnées peuvent se pourvoir devant les tribunaux à compétence administrative. Toutefois, la compétence de ces juridictions est limitée au contrôle de la proportionnalité aux actes commis. Ils ne peuvent pas annuler la décision prononçant la sanction.

Le contrat faisant l'objet de PPP devra être approuvé par l'autorité publique compétente. Le refus d'approbation est exceptionnel et doit être motivé. Tout intéressé pourra saisir l'ARMP aux fins de statuer sur le bien fondé de ce refus.

Concernant les contrats CET

C'est le Conseil des infrastructures (CDI) qui fait office d'organe de règlement des litiges naissant de la passation, de l'exécution ou de l'interprétation des contrats CET.

Lorsque la recherche d'une solution à l'amiable n'a pu avoir lieu, les parties jouissent de l'option de recourir à la procédure d'arbitrage conformément aux dispositions de l'Acte uniforme sur l'Arbitrage.

Enfin, à défaut d'arbitrage, les parties peuvent saisir, en première instance, le tribunal régional de Dakar.

II- A- II. L'environnement juridique indirect des PPP

Au-delà d'une présentation globale des règles générales du droit des affaires qui intéressent le PPP contractuel, les développements qui suivent sous ce titre « environnement indirect » sont des réponses apportées à certaines questions posées par le Rapport Chemonics relativement aux relations Droit des affaires / PPP et qui présentent une réelle pertinence pour les besoins de la compréhension du présent rapport.

A. La possibilité pour le privé d'intervenir dans la gestion de l'infrastructure publique

Le droit des PPP a aménagé des modes de participation de l'investisseur privé à la gestion de l'infrastructure publique.

Cette participation peut se faire grâce aux mécanismes contractuels du PPP notamment le contrat de concession, la régie intéressée, le CET ou l'affermage. Mais aussi grâce aux mécanismes institutionnels que sont les structures mixtes du secteur para public prévues essentiellement par la loi n°90-07 du 26 juin 1990 sur le contrôle des entreprises du secteur public.

B. L'absence de restrictions venant de la législation sur les investissements.

Nous avons déjà vu que le droit des affaires dans sa globalité est favorable au PPP. Il s'agit maintenant de montrer que le nouveau droit des investissements (Loi n°2004-06 du 6 février 2004) et loi n°2007-25 (22 mai 2007) a beaucoup amélioré le climat des investissements au Sénégal. Dans le but de favoriser l'initiative privée, y compris la promotion des petites et moyennes entreprises, il prévoit des facilités et privilèges importants et intègrent des secteurs nouveaux dans son champ d'application (télé service, parcs industriels, cyber-village, complexes commerciaux). Les secteurs traditionnels visés par le code des investissements étant les mêmes (secteur primaire et activités connexes, services sociaux, infrastructures portuaires, aéroportuaires et ferroviaires).

La législation sur les investissements accorde à l'investisseur privé agréé au code :

un crédit d'impôt pour les investissements d'un montant égal à 40% des investissements en immobilisation sur une période de cinq (5) ans et plafonné, pour chaque exercice, à 50% du bénéfice imposable pour les entreprises nouvelles et 25% pour les extensions industrielles ;

La possibilité de transférer librement des fonds nécessaires à la réalisation de l'in-

vestissement et des opérations commerciales et financières à destination des pays ;

La possibilité de transferer librement des salaires pour les employés étrangers, des dividendes pour les actionnaires étrangers ;

La liberté de recrutement sans restriction de personnel de travail ;

La liberté de recourir à l'arbitrage auprès le Centre International pour le Règlement des Différends (CIRDI).

La loi de 2007 précise les conditions pour lesquelles, l'autorité publique pourra accorder à l'investisseur des conditions fiscales et douanières dérogatoires au Code des Investissements et au Code minier. Le ministre compétent négocie avec l'investisseur les avantages visés et les soumet à l'avis de non objection du premier ministre. En outre, des efforts importants ont été faits relativement au délai de création d'entreprises commerciales. Présentement, le délai de création d'une entreprise est de deux (2) jours. la loi uniforme n° 2007-15 du 19 février 2007 relative aux entreprises d'investissement à capital fixe est adoptée, ce qui favorise l'offre de financement.

En somme, le climat des investissements s'est fortement amélioré au Sénégal. Dans la législation sur les investissements, beaucoup de privilèges (d'ordre fiscal, douanier ou de simplification de procédures administratives avec la création du guichet unique au niveau de l'APIX, tendance à la décentralisation des activités de l'APIX) sont reconnus à l'opérateur privé tant national qu'étranger.

Mais, à l'instar des exigences du monde contemporain, cette réglementation des investissements doit se conformer à des **normes extérieures et qui pourraient peser comme des contraintes sur l'investisseur**. On peut citer l'exemple des normes relatives à l'environnement. Le droit de l'environnement divise en deux classes, les installations visées (en son article 9). La première classe comprend les installations qui présentent de graves dangers ou inconvénients pour l'environnement en général. L'autorisation d'exploitation de ces installations obéit à des conditions strictes définies par arrêté du ministre chargé de l'environnement. La seconde classe comprend les installations qui ne présentent pas d'inconvénients graves pour l'environnement en général. Elles sont, en principe, soumises à déclaration au mémé ministre. Le fonctionnement des installations entrainant de graves dangers pour la santé, la sécurité, la salubrité publique, l'agriculture, la nature et l'environnement en général autorise le ministre chargé de l'environnement à prononcer leur fermeture ou leur suppression. La production, l'importation ou l'évacuation de substances chimiques nocives et dangereuses qui, en raison de leur toxicité, de leur radioactivité, de leur pouvoir de destruction dans l'environnement ou de leur concentration dans les chaînes biologiques, présentent ou susceptible de présenter un danger pour l'homme, le milieu naturel ou son environnement est soumis au contrôle et à la surveillance des services compétents. L'importation, la fabrication, la détention, la vente

et la distribution même à titre gratuit des substances chimiques n'ayant pas fait l'objet d'une homologation de la commission nationale de gestion des produits chimiques sont interdites Les projets de développement ou activités susceptibles de porter atteinte à l'environnement doivent faire l'objet d'une étude d'impact. Par ailleurs, l'investisseur étranger a l'obligation de créer une société de droit sénégalais dans un délai de deux ans suivant la date d'attribution du contrat.

C. La transparence dans la procédure d'octroi de contrats PPP

Le nouveau code des marchés publics, élaboré de concert avec le secteur privé, les partenaires au développement, la société civile et conformément au Doit Communautaire UEMOA, constitue un gage de transparence et de mise en œuvre efficace.

C'est ce code qui organise les modes de passation des contrats de délégation de service public et les contrats de partenariats. Il précise que le principal mode de passation de ces contrats est l'appel d'offres qui ne peut être entre écarté que dans des cas limitativement prévus. L'appel d'offres pouvant entre restreint ou ouvert. L'appel à la concurrence, le respect du principe de libre accès, l'égalité de traitement des candidats, l'éthique sont également érigés en principes et valeurs fondamentaux. Leur violation pourrait entraîner la nullité de la procédure ou du contrat en cause, l'exclusion des entreprises fautives, la sanction pécuniaire et pénale des agents publics fautifs.

Dans le souci de renforcer et de consolider la transparence, il est institué des organes de contrôle à priori et a posteriori assurés respectivement par la Direction Centrale des marchés publics (DCMP) et l'autorité de régulation des marchés publics (ARMP). Ces contrôles n'excluent pas des investigations par audit externe ou par la Cour des Comptes.

Il faut toutefois reconnaître que la transparence n'est pas totale dans la loi sur les contrats CET du fait d'un risque évident de conflits d'intérêt. En effet, cette loi reconnaît au Conseil Des Infrastructures la double qualité de membre à la Commission des appels d'offres et celle de trancher les litiges naissant de la passation des contrats CET.

D. le régime de la propriété privée

L'investisseur jouit de la pleine propriété sur son entreprise (droit sociaux, bail com-

mercial, droits réels sur les équipements et matériels d'exploitation...).

Dans l'exercice de ses activités, il bénéficie également des garanties prévues par le droit des suretés. Ce droit organise la sécurité du crédit par l'aménagement de mécanismes protecteurs comme l'hypothèque, le nantissement sans possession, le cautionnement, la lettre de garantie, le droit de rétention et les privilèges.

Relativement au nantissement, il peut porter sur les droits d'associés et valeurs mobilières, le fonds de commerce, le matériel professionnel, les véhicules automobiles, les stocks de matières premières et de marchandises.

L'obstacle majeur de la propriété privée en matière de PPP se rencontre particulièrement dans le régime foncier en vigueur. Ce régime s'adapte difficilement aux PPP pour la raison qu'il est extrêmement difficile pour le titulaire d'un PPP de jouir de la pleine propriété de toutes les surfaces de terres dont il aura besoin pour l'exploitation de ses activités. Très souvent, ce sont les autorités publiques, et ce pour des projets ponctuels, qui aménagent des zones économiques intégrées, des zones de franche d'exportation ou des zones de franche industrielle.

La loi agro-syvopastorale de 2004 comporte certes des avancées majeures notamment avec la reconnaissance aux personnes exerçant un métier agro-syvopastoral un statut juridique, une protection sociale, d'opportunités de formation, de recherche, de conseil et de financement, la mise en place de fonds de calamités, de réserves et développement, enfin, l'institution de mécanismes de limitation de risques

Relevons que la mise en œuvre efficace du PPP suppose une reforme du droit foncier que même les investisseurs locaux réclament avec force. Une telle réforme pourrait passer par :

- une modification concertée du droit foncier actuel ;
- une reconnaissance encadrée de droits de l'investisseur sur le foncier ;
- une protection des droits des communautés locales ;

E. Régime fiscal

Le droit fiscal sénégalais s'adosse au droit communautaire en vigueur dans l'espace CEDEAO et l'UEMOA.

Ce droit se donne pour objectif de promouvoir la création et l'exploitation harmonieuse des entreprises commerciales, le développement du civisme fiscal par des incitations fiscales. Globalement, le régime sénégalais est composé d'un régime du réel et une contribution globale unique applicable respectivement aux secteurs formel et informel. Concernant le secteur formel, le GRS a entrepris des reformes fiscales importantes en réduisant l'impôt sur les sociétés (IS) à 25% et l'impôt sur le revenu

(IR) à cinq reprises (pour le secteur informel, il a été institué un impôt forfaitaire unique appelé contribution globale unique, CGU).

Il faut reconnaître que malgré les reformes entreprises et les avancées obtenues, le cadre fiscal actuel mérite d'être amélioré dans le sens d'une meilleure prise en compte du PPP :

- l'impôt sur les revenus fonciers (15%) devrait être réduits pour inciter davantage les contribuables à déclarer leurs revenus fonciers ;
- étant donné la complexité et la multiplicité des impôts à acquitter, il serait plus adéquat de créer des impôts synthétiques, l'un pour l'ensemble des impôts dus à l'Etat et l'autre, pour les impôts dus aux collectivités locales ;
- il est également constaté que les services qui déterminent l'assiette et qui assurent le recouvrement des impôts ne sont pas les mêmes, dans ces conditions, il est possible de reconnaître aux services assurant la détermination l'assiette la compétence d'assurer en même temps le recouvrement du même impôt ;

F. Régime douanier

Les opérations d'exportation et d'importation de marchandises sont régies par le Code des douanes et le décret n° 91-1221 du 14 novembre 1991, portant institution d'un Programme de Vérification des Importations et le Règlement No. R09/ 98 / CM / UEMOA / du 20 décembre 1998, relatif aux relations financières extérieures des Etats membres de l'UEMOA.

Les personnes exerçant, à titre principal, des opérations d'exportation ou d'importation de marchandises, matières premières ou de produits doivent détenir une carte d'importateur exportateur, délivrée par le Ministre chargé du commerce ; ils sont tenus aussi de faire la déclaration préalable. Cette déclaration permettra aux services de contrôle d'effectuer une vérification qualitative, quantitative et tarifaire sur les marchandises, matières premières ou produits de l'importateur ou de l'exportateur.

Enfin, l'importateur évoluant dans le domaine des PPP, qui importe des marchandises, matières premières ou tous produits avec règlement financier d'une valeur FOB supérieure à 5.000.000 FCFA, est tenu d'avoir une domiciliation auprès d'une banque intermédiaire agréée.

Il faut souligner que l'opérateur jouit de la possibilité d'avoir des domiciliations bancaires à l'étranger.

Au plan institutionnel, il est institué des structures de facilitation des passements de

frontières comme l'Agence de Promotion des Exportations (ASEPEX), chargée de faciliter la participation des exportateurs locaux aux foires internationales, le Fonds de Promotion des Exportations (FOPROMEX), chargé de l'accompagnement des exportations et du financement des activités d'exportation et le Trade - Point Dakar dont la mission est d'aider la simplification des procédures de dédouanement, à l'information commerciale, à la recherche de partenaires commerciaux et à l'assistance au commerce international.

G. Mécanismes de protection contre la corruption

Le Sénégal s'inscrit dans la mouvance générale de lutte contre la corruption. À cet égard, les juridictions correctionnelles saisies pourront prononcer, conformément au droit pénal, des sanctions pécuniaires et/ou d'emprisonnement compte non tenu des sanctions administratives susceptibles de frapper également les personnes incrminées.

Ce dispositif est renforcé par la création récente de la Commission nationale de lutte contre la non transparence, la corruption et la concussion (Cnlcc) par la loi n° 2003-35 du 24 novembre 2003. Elle est dotée des attributions et pouvoirs suivants :

- Réception de réclamations ;
- la recherche et la répression des délits liés à la Corruption ;
- proposition de poursuites judiciaires concernant les faits établis ;
- la mise en œuvre des mesures préventives de lutte contre la corruption en réalisant des études et en formulant des recommandations ;
- Proposition des réformes d'ordre législatif, réglementaire et administratif, et identification des causes structurelles de la corruption et des délits connexes ;
- Présentation au Président de la République un rapport sur l'ensemble de son activité.

Les membres cette commission sont habilités à saisir le Président de la République des cas avérés de corruption, à charge pour ce dernier de prendre les mesures nécessaires.

Au total, il est certes mis en place des mécanismes de lutte contre la corruption mais des efforts importants devront être faits dans le but de lutter efficacement contre ce fléau qui pèse lourd sur les finances publiques.

Pour diminuer les risques liés à la corruption, il faut une volonté politique constante, avérée et irréversible mettant en avant la bonne gouvernance publique, la bonne

gouvernance privée et la transparence. En outre, il est nécessaire de reconnaître à la Commission nationale de lutte contre la non transparence, la corruption et la concussion (Cnlcc), des pouvoirs beaucoup plus importants et de lui donner beaucoup plus de moyens juridiques et matériels : par exemple, la possibilité de prononcer des sanctions ne serait-ce que financières à l'encontre des personnes incriminées. La Commission devra également mettre en œuvre son pouvoir d'information vis-à-vis du public en mettant à sa disposition tous ses rapports. Enfin, le public devra être mieux informé de son pouvoir de saisine de la commission et de toutes les garanties qui entourent ce pouvoir.

H. Protection de la propriété intellectuelle

Des mécanismes ont été mis sur pied pour la protection de la propriété intellectuelle. Ces mécanismes contiennent les droits de propriété intellectuelle et se répartissent généralement en cinq grandes catégories : les brevets proprement dits, les droits des phytosélectionneurs, les droits d'auteurs, les marques de commerce et les secrets industriels. Ces mécanismes sont prévus par l'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle liés au Commerce (ADPIC), un des nombreux accords annexés à celui de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) signé à Marrakech (avril 1994).

L'Accord ADPIC est un accord multilatéral qui couvre, en principe, toutes les formes de propriété intellectuelle, vise à harmoniser et à renforcer les normes de protection tout en assurant leur mise en vigueur efficace à l'échelon aussi bien national qu'international (l'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce, par Amadou TAMKOANO, in Revue Droit et Pratique du Commerce International, Tome 20, n° 3, 1994 p. 428 à 470).

En Afrique, dès le début des indépendances, les Etats appartenant à la zone franc avaient conclu un accord relatif à la création d'un Office Africain et Malgache de la Propriété Industrielle (OAMPI le 13 septembre 1962 plus connu sous le nom d'Accord de Libreville) en vue de protéger, sur leurs territoires, les droits de la propriété industrielle. (Voir Ibrahima CAMARA, les droits de propriété industrielle en Afrique Noire Francophone avant et après les indépendances, Revue EDJA n°1 p. 2, 1987).

L'accord de Bangui a fait l'objet d'une nouvelle révision le 24 février 1999 qui harmonise la protection africaine de la propriété intellectuelle avec les dispositions de l'Accord ADPIC signé dans le cadre de l'OMC. Cette mise en conformité de l'Accord de Bangui avec l'Accord ADPIC fait la part belle aux titulaires de brevets exploités

en Afrique : leurs droits sont dorénavant alignés sur les dispositions ADPIC par exemple la protection des titulaires de brevet devient plus longue (20 ans au lieu de 10)

Au niveau institutionnel, il a été créé l'OAPI (l'Office Africain pour la Propriété intellectuelle), organisation dotée de la personnalité juridique avec comme organes, un Conseil d'administration et un Directeur Général. Elle est chargée de l'application des lois uniformes contenues dans les annexes à l'Accord et qui sont au nombre de 10.

Les missions de l'OAPI sont fixées à l'article 2. Elle est chargée notamment :

de mettre en œuvre et d'appliquer les procédures administratives communes découlant d'un régime uniforme de protection de la propriété intellectuelle ainsi que des stipulations des conventions internationales en ce domaine auxquelles les Etats membres ont adhéré et de rendre des services en rapport avec la propriété intellectuelle ;

de contribuer à la promotion et à la protection de la propriété intellectuelle ;

de promouvoir le développement économique des Etats membres au moyen notamment d'une protection efficace de la propriété intellectuelle et des droits connexes.

L'OAPI tient lieu pour chaque Etat membre, de service national de la propriété intellectuelle et d'organisme central de documentation et d'information.

Les dépôts de demande de protection individuelle sont effectués, soit auprès de l'OAPI, soit auprès de l'administration nationale. Tout dépôt de demande de protection désignant au moins un Etat membre a la valeur d'un dépôt national dans chacun des Etats membres.

Le même traitement est réservé à toute demande internationale de protection contenant la désignation d'un Etat membre au moins (art. 7).

L'organisation procède à l'examen administratif des demandes selon la procédure commune prévue par l'Accord et les différentes annexes (art. 8 à 14).

L'OAPI tient pour l'ensemble des Etats, un registre spécial pour chacune des créations intellectuelles dans lesquels sont portées les inscriptions prescrites par l'Accord (art. 16).

Toute décision de rejet d'un dépôt de demande de protection intellectuelle peut faire l'objet d'un recours devant la commission supérieure de Recours prévue à l'article 19.

La Législation commune de la propriété intellectuelle de l'OAPI est constituée par dix Annexes concernant respectivement les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les marques de produits ou de services, les dessins et modèles industriels, les noms commerciaux, les indications géographiques, la propriété littéraire et artistique, la protection contre la concurrence déloyale, les schémas de configuration (topogra-

phies) des circuits intégrés, la protection des obtentions végétales.

Ces annexes sont considérées comme des droits nationaux indépendants soumis à la législation de chacun des Etats membres dans lesquels ils ont effet (art. 3). Cela signifie en clair que les textes des annexes font office de loi interne pour chaque Etat.

Toutefois, l'Accord de Bangui admet la possibilité pour les nationaux de faire prévaloir des dispositions éventuellement plus favorables d'autres conventions relatives à la propriété intellectuelle.

De la même manière, en cas de divergence entre les règles de Bangui et celles contenues dans les conventions internationales auxquelles les Etats membres sont partis, ces dernières prévalent (art. 17).

Les décisions judiciaires définitives rendues sur la validité des titres dans l'un des Etats membres font autorité dans tous les autres Etats membres, excepté celles fondées sur l'ordre public et les bonnes mœurs (article 18).

Il faut remarquer enfin que la violation des droits de la propriété intellectuelle entraine l'ouverture de procédures judicaires civiles et ou pénales.

J. PPP et système de règlement des différends

Le Sénégal, étant membre à l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA), a incorporé dans son système juridique l'ensemble des Actes uniformes prévus par le traité fondant ladite organisation. Parmi ces Actes uniformes applicables tous directement dans les Etats membres, il y a l'Acte Uniforme sur l'arbitrage (adopté le 11 mars 1999). Cette loi uniforme constitue la législation commune sur l'arbitrage. Elle ouvre largement les portes de l'arbitrage aux Etats parties au Traité OHADA. De ce fait, rien ne s'oppose à ce que le PPP puisse être soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage qui organise l'arbitrage institutionnel au niveau de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA). La vocation de la Cour n'est pas de régler elle-même le litige dont elle est saisie mais plutôt de mettre à la disposition des parties toute son assistance afin qu'elles puissent administrer leur propre différend. Au delà du droit communautaire, le recours à la procédure arbitrale est prévu par des dispositions pertinentes de la loi nationale et des conventions internationales signées par le Sénégal. Il en est ainsi dans la loi 95-34 du 21 décembre 1995 instituant le statut de l'entreprise franche d'exportation qui prévoit le recours à l'arbitrage devant le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI),(institution affiliée à la Banque mondiale) pour les litiges naissant entre une entreprise de franche d'exportation et l'Etat. Concernant la procédure d'exécution des sentences arbitrables, en principe, il ne

devrait pas poser de difficultés pour la raison que le Sénégal a ratifié depuis 1995 la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères.

A propos de l'exécution des décisions de justice et des sentences arbitrales, le droit communautaire, à travers la loi uniforme sur les voies d'exécution et le recouvrement des créances, prévoit la possibilité d''exécution forcée et de mesures conservatoires sauf contre les personnes bénéficiaires d'une immunité d'exécution telles que les Etats et autres personnes morales de droit public même si les personnes privées (créancières de ces personnes morales publiques) peuvent compenser leurs créances avec les dettes qu'elles restent devoir aux personnes morales de droit public à condition que celles- ci soient certaines, liquides et exigibles.(Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Art.30). En tout état de cause, les restrictions à l'exécution des jugements et des sentences arbitrales s'appliquent lorsque ceux sont jugés contraires à l'ordre public.

II- B. LE CADRE INSTITUTIONNEL DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE

Le modèle de type institutionnel implique une coopération entre le secteur public et le secteur privé au sein d'une entité distincte partagée de manière conjointe par les partenaires public et privé (par raccourci très réducteur, certains parlent de société d'économie mixte). L'entité commune a alors pour mission de veiller à la livraison d'un ouvrage ou d'un service au bénéfice du public. De fait, un PPP de type institutionnel se présente sous la forme d'une entité autonome détenue conjointement, sous une forme ou sous une autre, par l'État et des acteurs privés, ayant pour mission de veiller à la livraison d'un ouvrage ou d'un service au bénéfice du public.

L'objectif visé à travers cette entité dotée, de manière expresse ou pas, de personnalité juridique propre est la réalisation, la transformation, l'entretien, l'exploitation et le financement d'équipements. Ce type de coopération permet au partenaire public de participer à la marche des affaires dévolues à l'entité.

Les formes de contrats issus d'un PPP de type institutionnel sont conclues en vue de confier la réalisation, la transformation, l'entretien, l'exploitation et le financement d'équipements ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions au secteur privé.

Une des faiblesses majeures de cette approche institutionnelle est le risque de conflits d'intérêts entre l'Etat dirigeant d'entreprise et l'Etat régulateur. Dans certains secteurs, les sociétés d'économie mixte se voient confier un rôle important dans la structuration de la filière, au détriment des associations et organisations profession-

nelles.

Le PPP entendu dans un sens large, inclut les entreprises privées, des organisations non gouvernementales et des organisations communautaires.

Ainsi, au Sénégal, le PPP institutionnel est présent dans les communautés décentralisées. Il se matérialise par la création de structures regroupant le secteur public, des entreprises privées, des organisations communautaires ou des ONG bénéficiant dans la plupart des cas de financements de partenaires extérieurs. il est possible de citer des infrastructures telles que la cas des touts petits, l'électrification rurale dont la réalisation est confiée respectivement à l'Agence de la Case des Touts Petits et l'Agence de l'électrification Rurale.

II- B- I. Le droit du PPP institutionnel

Au plan institutionnel, les structures de PPP peuvent s'appréhender selon qu'elles relèvent du secteur public ou du secteur privé (personnes de droit privé telles que sociétés commerciales avec un actionnaire public).

A. Les entreprises parapubliques

En application des politiques économiques libérales, plusieurs entreprises furent privatisées. C'est dans ce mouvement de privatisation qu'il faut aussi placer la loi n°90-07 du 26 Juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique. Cette loi allège les formes de contrôle de ces structures en privilégiant le contrôle à posteriori.

Les structures du secteur parapublic sont les suivantes les Etablissement Publics à caractère industriel et commercial, les Sociétés nationale (SN), et les Sociétés anonymes à participation publique majoritaire (SAPPMI). Ce sont ces structures du secteur parapublic qui sont régie par la Loi

Le cadre légal général de la régulation N°90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique.

Ce sont tour à tour, (i) les EPIC, (ii) les sociétés nationales et (iii) les sociétés anonymes à participation publique majoritaire (SAPPMI)

1. Les Etablissements Publics à caractère industriel et commercial (EPIC)

Définition

Les EPIC sont des personnes morales de droit public spécialisées, dotées d'un patrimoine propre et de l'autonomie financière, et ne bénéficiant d'aucun apport privé à leurs fonds de dotation. Ils disposent de l'autonomie de gestion et s'administrent sous la seule responsabilité de leurs organes dirigeants, sous réserve des contrôles prévus par la Loi n°90-07 sus-citée.

Droit applicable

L'EPIC est un organisme de droit public. Mais tout en conservant sa personnalité publique, l'EPIC peut exercer des activités économiques et obéit à des règles empruntées au droit privé (v. Article 8, alinéa 2 en matière de contrat et article 20, alinéa 3 en droit comptable).

Création

La création de l'EPIC est autorisée par la loi.

Au plan matériel, cette création nécessaire des moyens que l'Etat doit apporter: en numéraire, ce sera une subvention globale à titre de dotation initiale; en nature, l'Etat pourra apporter des biens immeubles, du matériel, etc.

Dans certains cas, l'EPIC pourra se voir transférer l'ensemble des moyens d'un service de l'Etat qui, auparavant, ne bénéficiant pas de l'autonomie. Ainsi, une telle entreprise publique sera créée à partir d'un service préexistant dont elle assure la succession.

Organes de direction

a. Les organes délibérants

- le Conseil d'Administration (CA): composition: maximum 12 membres dont deux (2) sont choisis pour leur compétence professionnelle. Les représentants de l'Etat avec voix consultative ne peuvent être supérieurs à trois (3).
- l'Assemblée générale n'existe pas; c'est donc le CA qui a la responsabilité de la gestion.

b. Les organes exécutifs

- Le Président du Conseil d'Administration, élu par le Conseil d'Administration en son sein sur proposition du Président de la République
- Le Comité de Direction

- Le Directeur Général, nommé par décret, après avis du Ministre de tutelle technique

Le personnel

Le personnel est soumis au Code du Travail à l'exception des fonctionnaires en détachement.

Le contrôle

- Tutelle: Double tutelle du Ministère des Finances et d'un Ministère technique
- Contrôle à posteriori:
- Par un contrôleur financier qui adresse ses rapports à l'Inspecteur Général de l'Etat
- Par le Commissaire au comptes.

Inconvénients des EPIC

- Gestion financière contraignante, car reposant sur des règles spécifiques quant à l'exécution des recettes et des dépenses;
- Le contrôle exercé par l'Etat peut-être très rigoureux, car il s'agit d'une personne publique qui est souvent tributaire des décisions politiques.
- l'EPIC né bénéficie d'aucun support privé quant à ses moyens de fonctionnement.

2. Les Sociétés à capitaux publics

Les Sociétés Nationales

Avec cette structure, on est au cœur des sociétés, des entreprises où l'Etat commence à se retirer, même si le capital des sociétés nationales est intégralement souscrit par des personnes publiques.

L'idée de la création d'une telle structure est à soumettre à des personnes publiques en vue d'identifier ses futures actionnaires, une fois que le capital est déterminé.

La procédure de création se déroule comme suit: le projet de loi est soumis à l'Assemblée nationale; libération au moins du quart des actions souscrites par chaque actionnaire; réunion de l'Assemblée Générale constitutive; insertion dans un journal d'annonces légales de l'avis de constitution de la société; inscription au Tribunal de Commerce. Elle est assez longue concernant une société par actions de droit privé.

Les organes délibérant sont ceux qu'on retrouve dans les entreprises publiques (Assemblée générale des Actionnaire, Conseil d'Administration, Comité de Direction

et Directeur Général).

La formule des sociétés nationales est assez utilisée au Sénégal, comme le précise le Décret n°98-604 du 4 juillet 1998 portant répartition des services de l'Etat et du contrôle des Etablissements publics, des sociétés nationales et des sociétés à participation publique entre la Présidence de la République, la Primature et les Ministères.

Ce texte cite notamment: la SONACOS, la SAED, la SODEVA, la LONASE, la SNR, la SNCS.

Concernant cette structure, elle a l'avantage de faciliter un partenariat organisé par l'Etat et de permettre une gestion administrative, financière et comptable sans contrainte externe.

Mais, on se heurte souvent à des difficultés d'identification des personnes morales de droit public actionnaires; les procédures de création sont assez longues et il faut nécessairement une disponibilité de ressources propres pour que cette structure puisse fonctionner. En outre, les pouvoirs publics jouent un rôle important dans la désignation des organes dirigeants.

Les Sociétés anonyme à participation publique majoritaire

L'expression majoritaire permet de distinguer ces sociétés des sociétés anonymes à participation publique minoritaire. Ces deux forme de structures étaient considérées comme des Sociétés d'Economie Mixtes (SEM) jusqu'à ces dernières années.

Les sociétés anonymes à participation publique majoritaire sont des sociétés dont le capital se trouve partagé entre des actionnaires privés et des collectivités publiques. Les personnes publiques possèdent au moins 50% du capital, directement ou indirectement. Elles sont régies par le droit commun des sociétés commerciales (voir Acte Uniforme de l'OHADA, relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique).

A l'instar des sociétés nationales, il faut procéder à une identification des personnes favorables à une prise de participation dans le capital d'une société ayant pour objet le service de travaux publics, déterminer la répartition du capital social et libérer le quart des actions pour chaque action souscrite.

La procédure de création est identique à celle des sociétés nationales (réunion de l'assemblée générale constitutive, insertion dans un journal d'annonces légales et inscription au tribunal).

Les organes dirigeants bénéficient d'une certaine autonomie, car le Président du Conseil d'Administration et, par exemple, désigné selon les règles du droit commun. Même si par ailleurs, ce choix doit être entériné par les pouvoirs publics.

L'avantage de cette structure, c'est que son régime juridique est très largement un régime de droit privé: la gestion et la comptabilité obéissent aux lois du commerce;

le droit privé s'applique aux relations avec le tiers et à la responsabilité que peut encourir le service. Quant aux usagers, ils sont dans une situation contractuelle de droit privé.

Si le droit public ressurgit, c'est dans des situations exceptionnelles. Les entreprise publiques suivantes ont cette forme juridique: Crédit Lyonnais du Sénégal, industries Chimiques du Sénégal, etc..

La difficulté est liée à la création de cette structure qui nécessite des mois de négociations afin de trouver des partenaires et de déterminer la responsabilité de chacun d'entre eux dans le cadre de l'entreprise.

Globalement, ce sont les structures chargées d'une mission de service public considérées comme entreprises publiques. D'autres structures existent, mais il faut préciser que dans le cadre des sociétés commerciales classiques, l'objectif de rentabilité prime sur celui de l'exécution d'une mission de service public.

Par conséquent la 'délégation' institutionnelle de l'exécution de la mission de service public des travaux routier, en dehors de son cadre formel, est à compléter par des instruments contractuels. Parmi ceux-ci, les principaux sont décrits ci-après.

3. Les personnes morales de droit privé

Les personnes de droit privé pouvant assurer la gestion privée d'un service public sont les suivantes :

- La société anonyme à participation publique minoritaire (SAPPMI)
- La société anonyme à participation publique minoritaire (SAPPMI)

Elle est régie par l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales avec cette réserve qu'elle reste soumise à l'obligation de communiquer tout document ou rapport intéressant la gestion de l'entreprise, copie du procès-verbal des séances, délibérations du CA et de l'AG au contrôleur financier institué par la Loi N°90-07 du 6 juin 1990 précitée (voir articles 50 et 31, alinéas 2 de la Loi du 26 juin 1990). Pour ce qui concerne la constitution, l'organisation et le fonctionnement de la SAPPMI, il est renvoyé aux modalités relatives à la société anonyme.

B- Le droit des autorités administratives indépendantes

1. L'économie du cadre légal des autorités administratives indépendantes

Les modalités de la gestion privée d'une mission de service public sont très connues aujourd'hui. Elles sont nombreuses et répondent chacune à des objectifs spécifiques dépendant de la plus ou moyenne grande intensité de la privatisation recherchée.

Historiquement, la gestion du secteur public a toujours été le fait de personnes publiques. L'évolution économique et sociale aidant, il est devenu banal de constater que des personnes privées assurent aussi la gestion du service public (loi n°90-07 sur le secteur parapublic).

En conséquence, ce qui importe aujourd'hui réside moins dans la nature de la personne prise en charge de la mission de service public que dans les modalités de cette gestion elle-même.

Pour être efficace, cette gestion doit relever le défi de son adaptation à l'évolution de la société, à l'économie mondiale et au nécessaire redressement des finances publiques qui est l'un des pouvoirs publics contemporains.

Dans cette perspective, le Sénégal s'est inscrit dans une dynamique continue visant à modifier progressivement les structures et processus de gestion des interventions de l'Etat dans le sens d'une plus grande fonction managériale du service public.

La création des agences répond à cet objectif. Mais, il semble pour autant que le problème du statut juridique de ces Agences n'est pas pour autant réglé. Le présent rapport se propose de poser certains principes de base par l'emprunt à la notion anglaise d'agence qui consiste à accorder plus d'autonomie à un service moyennant plus de responsabilités et que l'on se propose d'intégrer dans le corpus juridique de note pays.

Le choix de la forme « Agence » répond à un double impératif : bénéficier de l'efficience d'une entité suffisamment autonome vis-à-vis du concept de la « gestion par résultats ». Ainsi, après les pays anglo-saxon, le gouvernement du Québec a mis en place des Unités Autonomes de Services qui sont globalement des Agences Britanniques.

Aussi bien l'agence britannique que l'unité autonome de services du Québec peut du point de vue de leur valeur conceptuelle, être conçues en droit positif sénégalais.

L'arsenal législatif et réglementaire de notre pays permet à une personne physique ou morale d'affecter un ensemble de biens et/ ou incorporels à une activité. Que cette activité soit ou non dotée de la personnalité morale importe peu. L'essentiel est qu'elle puisse bénéficier de suffisamment d'autonomie et de cohérence pour fonction-

ner être opérationnelle. Le droit privé depuis longtemps ce schéma : c'est le cas du Fonds de Commerce et de l'Entreprise.

Toutes ces deux notions ne sont pas dotées de la personnalité morale. Elles utilisent la personne juridique de leur créateur ou de leur propriétaire. Cela ne gène nullement leur épanouissement. En conséquence, l'Etat et ses émanations peuvent, sans heurter l'ordre public, créer une unité, la rendre autonome en lui donnant les ressources nécessaires sans pour autant lui octroyer la personnalité morale.

Appréciée avec les canons du droit public, on y verra une décentralisation de certaines fonctions et pouvoirs ministériels vers une unité et son gestionnaire dont la responsabilité individuelle est accrue. En réalité, la nouveauté réside dans le fait que les fonctions managériales sont valorisées par le secteur public traditionnel: un secteur d'un Ministère va être géré comme une entreprise privée.

L'agence continue de faire partie du ministère et conserve sa place au sein du secteur de responsabilités dépendant du Ministre.

Les agences créées, à ce jour, sont nombreuses. Toutefois, nous pouvant retenir, dans le cadre de cette étude, deux agences : l'Agence nationale chargée de la promotion des investissements et des grands travaux (APIX) et l'Agence sénégalaise de l'électrification rurale (ASER).

- L'Agence nationale chargée de la promotion des investissements et des grands travaux (APIX)

Créée en juillet 2000, l'Agence nationale chargée de la promotion des investissements et des grands travaux (APIX) a pour objectif principal d''assister le Président de la République du Sénégal dans la conception et la mise en œuvre de la politique définie dans les domaines de la promotion de l'investissement et des grands travaux (le Nouvel aéroport international de Diass, l'autoroute à péage, le chemin de fer à écartement standard, la cité des affaires de l'Afrique de l'Ouest...).

Les missions de l'APIX sont de rechercher et d'identifier des investisseurs, de promouvoir la destination Sénégal, d'assister des investisseurs, de leur faciliter les procédures et démarches administratives requises, de mettre à leur à disposition des informations économiques, commerciales et technologiques et de fournier l'assistance nécessaire au partenariat.

Au titre des formalités administratives, l'APIX délivre l'agrément au code des investissements (en dix jours) avec mise à disposition du titre d'exonération pour les formalités douanières, l'agrément au statut de l'entreprise franche d'exportation(en vingt un jours) et les titres suivants sur place : (en 48 heures) : NINEA – Numéro d'identification

national des entreprises et administrations-, IPRES, Caisse de sécurité sociale.
Enfin, elle intervient dans le suivi des projets d'investissements agrées.

Au plan organisationnel, l'APIX est composée d'un Comité stratégique pour la promotion de l'investissement et d'une Direction Générale chargée respectivement de promouvoir l'investissement, de superviser, de suivre les activités de l'APIX dans le domaine de la promotion de l'investissement et de veiller à la parfaite exécution de l'ensemble des missions de l'Agence.
Aujourd'hui, le statut de l'APIX a évolué vers une forme sociétaire. Mais cela n'enlève en rien la pertinence de l'analyse.

- L'Agence sénégalaise de l'électrification rurale (ASER).

L'Agence sénégalaise de l'électrification rurale (ASER) a pour objectif de promouvoir l'ER (l'Electricité Rurale) et de fournir l'assistance technique et financière dans le domaine de l'électrification rurale
Son rôle est :
- d'informer la population sur le développement de l'ER au Sénégal ;
- d'apporter une assistance technique aux projets d'ER ;
- de leur apporter une assistance financière par le biais de subventions (à travers le Fonds d'Électrification Rurale (FER) national) ou d'un fonds de garantie pour faciliter les prêts bancaire ;
- d'attribuer les concessions d'électrification prévue par la loi 98-29 et de contrôler les activités du secteur ;
- de faire la promotion de programmes qui privilégie les usages productifs et sociaux de l'électricité : éducation, santé, l'élevage, hydraulique villageoise, télécommunications, artisanat... ;

L'Aser est une unité autonome, placée sous la tutelle du ministère chargé de l'énergie. Elle met en œuvre le programme défini par ledit ministère dans le domaine de l'électrification rurale.
Concrètement, les paragrammes mis en œuvre sont de deux types : un type-concession et un type-convention.
Le programme type convention constitue des programme d'électrification rurale fournissant de l'énergie solaire ou de l'énergie sur branchement du réseau de la Senelec (société nationale de l'électricité du Sénégal) et financé exclusivement par l'Etat du Sénégal. A ce jour, dix sept (17) programmes de type-convention ont été réalisés.

A ce niveau, il peut être cité le contrat d'achat de réduction d'émission portant sur un programme d'efficacité énergétique du Mécanisme de développement propre (Mdp) prévu par le Protocole de Kyoto. Ce contrat signé le 3 septembre 2008 entre l'Agence sénégalaise d'électrification rurale (Aser) et la Banque mondiale est d'environ 3,15 milliards de FCfa (7 millions de dollars Us). Il a pour objectif principal de permettre « *l'accès à l'électricité d'environ 365 mille ménages sur une période de cinq ans* » et « *porte sur 120 mille tonnes d'émission de carbone évitées grâce aux économies d'électricité réalisées avec l'installation de 1.500.000 ampoules à basse consommation lors de l'électrification rurale au Sénégal* ».

Le programme de type concession est financé conjointement par l'Etat, les partenaires au développement et le partenaire privé.

Ce programme est, présentement, dans sa première phase avec le contrat de partenariat public privé passé, le 30 mai 2008, entre l'Etat du Sénégal et l'Office nationale de l'Electricité du Maroc (ONE). Ce contrat de concession d'une durée de 25 ans, concerne l'électrification rurale de villages de Dagana, Podor et St-Louis.

Les contraintes de l'Aser proviennent essentiellement des risques de retard dans la mobilisation du financement de l'Etat pour les programmes de type –convention. Il y a aussi que pour la fourniture conventionnelle de l'électricité, le partenaire privé est astreint à se retourner vers la Senelec qui a le monopole de distribution. Or cette société est, présentement, confrontée à des difficultés structurelles et conjoncturelles liées particulièrement aux montées des prix du pétrole.

2. Le droit de la régulation

On parle beaucoup de régulation. Ce terme est le fruit d'une évolution débouchant sur une adaptation des analyses politiques, économiques et juridiques à e phénomène du glissement d'une économie administrée vers une économie de marché que l'on constate dans tous les pays du monde. La régulation est devenue une nécessité en économie libérale.

Sur le plan des conséquences pratiques, la régulation est en train de conduire à un bouleversement des rapports en l'Etat et les acteurs du secteur public. D'où l'intérêt de ce concept dans ce Sénégal des années 2000 qui affirme son ancrage dans une économie de marché ouverte et compétitive, un Sénégal qui se veut leader dans la construction d'une Afrique unie et prospère.

Les enjeux de la régulation peuvent être appréhendés à trois niveaux d'analyse qui intéressent fortement l'évolution de notre pays.

Le premier niveau concerne l'instance politique. Il s'agit précisément de la gouver-

nance institutionnelle et politique. Pour être encore plus précis, il s'agit de la gestion du servie public d'infrastructures 'eau, électricité, télécoms...). A ce propos, la régulation démontre la capacité de l'Etat à affirmer sa neutralité par rapport au marché dans la mesure où il y est question de déléguer la gestion du secteur aux acteurs et techniciens par le biais d'institutions autonomes, au dessus d'institutions partisans.

Le second niveau des enjeux de la régulation concerne la gouvernance économique et plus particulièrement, celle du marché. Les secteurs soumis à régulation sont généralement ceux qui sont essentiels et fondamentaux pour le bien être des populations (eau électricité, télécoms, transports....). Ces secteurs, par le biais des privatisations et déréglementations sont maintenant ouverts à la concurrence et aux privés. Or le marché n'est pas forcément synonyme de service public. L'objet de la régulation est justement de les concilier par une articulation alliant équité et efficacité. C'est cela l'enjeu au plan économique de la régulation car tout le monde est convaincu que, pour soutenir la croissance, l'économie d'un pays est condamnée à s'appuyer sur un système juridique solide et une régulation efficace qui tendent à devenir les deux mamelles de la décision d'investissement relativement aux secteurs d'infrastructures. C'est ce qui a justifié que le G8 ait élevé la régulation au rang des valeurs et principes communs à ce groupe de pays lors du sommet d'Evian.

C'est ce qui a certainement inspiré les pouvoirs publics dans l'adoption de la loi - cadre sur la régulation des entreprises concessionnaires de services publics(il s'agit de la loi n°2002-23 du 4 Septembre 2002).

En réalité, la confiance est indispensable au bon fonctionnement d'une économie qui repose sur l'investissement privé. Cette confiance exige des dispositifs de régulation solides, renforçant le dynamisme du marché, favorisant une concurrence saine et loyale dans le secteur et surtout, soucieuse des intérêts des usagers et consommateurs qui sont très préoccupés par un service de qualité à des prix accessibles.

Le troisième et dernier niveau des enjeux, qui n'est certainement pas le moindre, concerne le progrès des sciences sociales.

Tous les observateurs qui ont réfléchi sur la question soulignent avec force la manière dont la régulation aboutit non seulement à une rénovation de la pensée à l'égard des services publics qui sont aujourd'hui au coeur de l'économique et du juridique, mais également à une rénovation de l'action de l'Etat sous des formes différentes et mieux adaptées aux exigences des citoyens et l'économie contemporaine.

La réglementation de la régulation est actuellement dispersée, chaque secteur ayant ses propres dispositions.

Par exemple, la régulation dans le secteur des Télécoms est régie par la loi n° 2001-15 du 27 Décembre 2001 portant Code des Télécoms, il est de même du secteur de l'électricité qui a sa propre loi (loi n°98-29 du 14 Avril 1998 relative au sec-

teur de l'électricité).

Ainsi chaque secteur organise ses modalités de régulation sans compter que le Sénégal a installé depuis 1996 une commission de la concurrence.

Tout ceci risquait de faire désordre. Pour y pallier, les pouvoirs publics, sans revenir sur la pluralité des organes de régulation contrairement à d'autres pays (Royaume Uni, Argentine, Mauritanie) qui ont choisi d'avoir une seule institution de régulation à compétence plurisectorielle, ont préféré conserver les organes de régulation spécialisés chacun dans un secteur particulier mais, en uniformisant leur régime grâce à une loi n°2003-23 qui définit un cadre commun de création et d'organisation pour toutes les institutions de régulation des services d'infrastructures et qui réaffirme avec force des principes de bonne gouvernance liées à l'activité des institutions de régulation.

Ainsi certaines dispositions sont introduites afin de mieux assurer l'indépendance des organes de régulation aussi bien vis-à-vis des entreprises privées que vis à vis des autorités politiques.

Par exemple, l'article 11 du texte exige un recrutement du personnel sur la base non partisane et suivant des qualifications reconnues. Le même article exige du personnel une autonomie vis-à-vis de l'ensemble des parties prenantes du secteur et établit une protection du personnel -cadre qui ne peut être révoqué sous réserves des dispositions relatives à l'éthique et à la bonne gouvernance.

Autre exemple, l'article 14 de cette même loi dispose: « La rémunération des personnels des institutions de régulation est fixée à un niveau qui assure la qualité de l'expertise et l'indépendance des intéressés. »

De même, il y a l'obligation faite aux organes de régulation de consulter les acteurs économiques et les consommateurs avant de soumettre tout projet de textes aux autorités publiques, de rendre compte dans un bulletin officiel de leur activité etc.

2.1. Le cadre légal de la régulation sectorielle

Le secteur des transports

La gestion des transports urbains a pendant longtemps constitué une épine aux pieds des pouvoirs et des usagers. Les compétences dans ce secteur étaient dévolues à institutions centrales différentes à tel point qu'il était difficile de déterminer avec précision l'autorité gestionnaire. A ces difficultés s'ajoutait une absence de cadre référentiel permettant de mener une politique répondant à la demande constante et crois-

sante des usagers.

Face à ces difficultés, il a été décide d'entreprendre une réforme en 1996 qui aboutira à la création du CETUD par l'adoption de la loi du 10 Mars 1997.

La mission est du CETUD est de mettre en œuvre et de suivre la politique sectorielle des transports définie par l'Etat, pour la région de Dakar et ses attributions, fixées par le Décret d'application sont :

- a conception et la planification du réseau des transports urbains ;-
- la définition de l'offre de transports urbains ;
- la négociation avec les opérateurs sur les tarifs, leur prestation et les compensations liées aux contraintes du secteur ;
- le rôle d'accompagner le secteur informel vers le secteur structuré ;

Rappelons que le CETUD est un établissement à caractère professionnel placé sous la tutelle du Ministère chargé des transports et du Ministère chargé des finances. Ses modalités de fonctionnement et d'organisation sont régies par le décret d'application N° 97-356 du 8 avril 1997.

Le CETUD est consulté sur les projets urbains ayant une incidence sur transports publics (arrêté conjoint N°09346 du 31 décembre1999 des Ministres chargés de l'Urbanisme et des transports terrestres) et la détermination des quotas d'autorisation de transport public dans la région de Dakar.

Le secteur de l'électricité

La Réforme du secteur de l'électricité a été guidée par l'idée de favoriser les investissements privés par la libéralisation et la mise en concurrence des activités de production, de transport de distribution et de vente d'énergie électrique.

Pour atteindre cet objectif, il a été créé la CRSE (loi n° 98-29 du 14 Avril 1998 relative su secteur de l'électricité) qui est une autorité indépendante chargée de la régulation desdites activités. Elle est consultée également par le Ministre chargé de l'énergie sur questions relevant de ce secteur.

Les missions de la CRSE sont :

- promouvoir le développement rationnel de l'offre d'énergie électrique ;
- veiller à l'équilibre économique financier du secteur de l'électricité et de la préservation des conditions économiques nécessaires à sa viabilité :

v veiller à la préservation des intérêts des consommateurs et à assurer la protection de leurs droits pour ce qui concerne le prix, la fourniture et la qualité de l'énergie électrique ;

- promouvoir la concurrence et la participation du secteur privé en matière de production, de transport, de distribution et de vente d'énergie électrique : et
- assurer les conditions de viabilité financière des entreprises du secteur de l'électricité.

L'indépendance de la CRSE se note aussi bien au niveau de ses membres que du point la provenance de ses ressources. Elle a le pouvoir d'ester en justice et de sanctions vis-à-vis des entreprises fautives évoluant dans le secteur de l'énergie.

Le secteur des télécommunications et des postes.

La nécessité d'assurer une concurrence saine et loyale dans le secteur des télécommunications a amené le législateur à autoriser la création de l'ART par l'adoption de la loi n° 2001-15 du 27 Décembre 2001 portant Code des Télécommunications.

Du fait entre autres des liens de connexités que les télécoms présentent avec les postes, par la loi n° 2006-15 du 4 Janvier 2006, les pouvoirs de l'ART sont étendus au secteur des postes. Ainsi, l'ART devient l'ARTP.

L'ARTP est un établissement public doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière.

Elle a pour mission de :

- Doter le secteur des télécommunications et des postes d'un cadre réglementaire efficace et transparent, favorisant une concurrence loyale au bénéfice des utilisateurs des réseaux et services des télécommunications ;
- Favoriser la création d'emplois directement ou indirectement liés aux secteurs ;
- Assurer toute mission d'intérêt public que pourrait lui confier le Gouvernement dans les secteurs des télécommunications et des postes.
- Elaborer, à la demande du Président de la République ou de sa propre initiative, des projets de textes législatifs et réglementaires en matière de télécommunications, de postes et de NTICs;
- Prendre des décisions à caractère réglementaire (détermination des appareils radioélectriques de faible puissance et de faible portée, fixation de la liste des services à valeur ajoutée, définition des conditions de délivrance des autorisations de réseaux indépendants ainsi que des conditions d'agrément des équipements et des installateurs d'équipements radioélectriques).
- Surveiller la concurrence ;
- Auditer chaque année, à leur charge, les exploitants des réseaux et services de télécoms ;
- Organiser les appels à la concurrence pour la sélection d'exploitants de réseaux de télécoms ouverts au public, autoriser les réseaux indépendants et les moyens de

cryptologie, agréer les équipements radioélectriques, recevoir les déclarations des services à valeur ajoutée.

- Assurer la planification, la gestion et le contrôle du spectre des fréquences ;
- Assurer la gestion du plan national de numérotation ;
- Elaborer les normes relatives à la cryptologie ;
- Définir les conditions d'agrément préalable des équipements, des laboratoires et des installateurs d'appareils radioélectriques.
- Approuver le catalogue d'interconnexion des exploitants de réseaux ;
- Fixer les redevances pour les autorisations de réseaux indépendants ;
- Approuver les tarifs des services de télécommunications sous le régime du monopole et les tarifs du service universel.
- Veiller aux dispositions contenues dans les licences, les autorisations et les agréments délivrés en application du code des télécoms ;
- Veiller aux dispositions relatives à l'interconnexion ;
- Demander et analyser toutes informations requises de la part des exploitants ; des autorisations d'exploitation des réseaux indépendants et les redevances de déclaration des services à valeur ajoutée ;
- Abriter les différends entre l'Administration et les exploitants ainsi qu'entre exploitants eux-mêmes ;
- Instruire les plaintes des organisations de consommateurs et suivre leur traitement par les exploitants.

Pour une réalisation efficace de la mission qui lui est assignée, l'ARTP se voit doter de pouvoir de sanctions allant de la mise en demeure à la répression des pratiques anticoncurrentielles susceptibles de se traduire par des sanctions pécuniaires.

Le secteur de l'audiovisuel

Au plan institutionnel, des réformes successives sont intervenues dans l'espace médiatique sénégalais. Par la loi n° 2006-04 du Janvier 2006, il a été institué le CNRA suite à la dissolution de HCA né en 1998. Cette dernière institution est née sur les cendres du HCRT créé en 1991.

Cette évolution s'explique par la nécessité d'une meilleure représentativité, un renforcement des pouvoirs de sanctions et la sauvegarde des libertés.

Les missions et attributions du CNRA se déclinent comme suit :

- d'assurer le contrôle de l'application de la réglementation sur l'audiovisuel
- de veiller au respect des dispositions de la présente loi et de celles des cahiers de

charges et conventions régissent le secteur

- veiller à l'indépendance et à la liberté de l'information et de la Communication dans le secteur de l'audiovisuel ;
- veiller au respect de la loi et à la préservation des identités culturelles, à l'objectivité et au respect de l'équilibre dans le traitement de l'information véhiculée par les médiats audiovisuels ;
- veiller à la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence dans les contenus des programmes ;
- veiller au respect de l'accès équitable des partis politiques, des syndicats et des organisations reconnues de la société civile aux médias audiovisuels dans les conditions fixées par les lois et règlements en vigueurs ;
- veiller au respect des cahiers de charges applicables aux titulaires de concession portant autorisation d'exploitation d'un service de communication audiovisuelle ;
- veiller à la libre et saine concurrence entre les entreprises de communication audiovisuelle ; au respect des règles d'éthique et de déontologie dans le traitement de l'information et dans la programmation des différents médias audiovisuels ; notamment en assurant le respect des institutions de la République, de la vie privée, de l'honneur ;
- fixer les règles concernant les conditions de productions, de programmation et de diffusion des émissions réglementées des médiats audiovisuels pendant les campagnes électorales.
- veiller au respect de l'unité nationale, de l'intégrité territoriale et du caractère laïc de la République dans les contenus des messages audiovisuels,
- veiller au respect de l'application stricte des dispositions des cahiers de charges relatives à la diffusion d'émissions interactives.

Le CNCRA dispose de pouvoirs de sanctions à l'encontre des opérateurs fautifs, lesquelles sanctions peuvent déboucher sur la suspension et/ou l'amende. Au préalable, il adresse aux personnes incriminées des mises en demeure.

Le secteur des Infrastructures

Le Conseil des Infrastructures a été créé par la loi du 1er Mars 2004. Aux termes de cette loi, la mission confiée à cette instance est de faire des études et propositions pour un environnement favorable au PPP.

Les attributions du CDI sont:

- Donner son avis sur la conformité des projets de contrats CET au regard des politiques économiques, environnementales et d'management du territoire ;

- Appuyer et surveiller de la conduite des projets d'infrastructures en PPP;
- Faire des Etudes et enquêtes pour l'amélioration de l'environnement des PPP et publication de ces avis;
- Intervenir dans la phase précédant la signature du contrat afin de corriger les vices de procédure ;
- Faire la médiation pour prévenir les litiges nés de l'exécution des contrats ou faciliter leur règlement.

Le CDI est une instance mixte pour avoir en son sein des représentants des pouvoir judiciaire, exécutif, législatif, des usagers et du secteur privé.

Les membres du CDI jouissent des garanties d'indépendance en ce qu'ils sont nommés par décret et ne peuvent être révoqués que suivant une décision dûment motivées. Des conditions d'incompatibilités sont également exigées lors de leur nomination;

L'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP)

Elle est mise en place par le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007. L'ARMP est une autorité administrative indépendante, dotée de l'autonomie financière et de gestion.

L'ARMP a pour mission d'assurer la régulation du système de passation des marchés publics et des conventions de délégation de services publics. Cette mission de régulation a pour objet :

- de proposer les adaptations et réformes nécessaires de la réglementation en fonction des exigences de l'évolution économique ;
- de former des acheteurs ainsi que les autres acteurs aux techniques des marchés ;
- de centraliser des données statistiques et d'évaluer l'impact de la commande publique sur l'économie nationale ;
- de faire le contrôle a posteriori des marchés par voie d'audits et d'enquêtes et de suivre l'application des recommandations en résultant.
- de procéder au règlement des différends survenant notamment lors de la phase de passation ;

L'ARMP devra être distinguée de la Direction centrale des Marchés publics(DCMP), rattachée au ministère chargé des finances et créée également par le décret n° 2007-547 du 25 avril 2007.

La mission la DCMP est :

- d'assurer le contrôle a priori des procédures de passation et d'attribution des marchés publics ;

- d'émettre des avis sur les décisions concernant l'attribution des marchés et d'accorder à la demande des autorités contractantes, les autorisations et dérogations nécessaires lorsqu'elles sont prévues par la réglementation ;
- d'assurer, en relation avec l'Autorité de Régulation des Marchés publics, la formation, l'information et le conseil de l'ensemble des acteurs de la Commande publique sur la réglementation et les procédures applicables ;
- de contribuer, en relation avec l'Autorité de Régulation des Marchés publics, à la collecte et à l'analyse des données ainsi qu'à l'établissement des statistiques sur les marchés publics.

II- B- II. Les limites du cadre institutionnel des partenariats public privé et recommandations

A. Absence d'efficacité des organes de régulation

Le contrôle ne serait-ce que parlementaire des organes de régulation sur la réalisation de leur mission et attributions n'est pas visible. C'est ce qui explique peut-être les défaillances dans la protection des consommateurs. Le consommateur semble délaissé et cela se constate dans plusieurs secteurs. Dans le secteur des transports, les tarifs sont fixés parfois de manière unilatérale sans que les consommateurs ne soient consultés ou associés. C'est ce qui explique la sortie fréquente dans la presse des associations de défense des consommateurs avec l'augmentation illégale et abusive des prix des transports causés par la flambée du prix des hydrocarbures.

Cependant, dans le secteur des télécommunications, l'ARTP a infligé à la Sonatel une amende de 3.196.800.000 F CFA, « à la suite d'interruptions répétées et prolongées du service de son réseau mobile et après une mise en demeure non suivie d'effet ». Saisi d'un recours introduit par la Sonatel, le Conseil d'Etat a, par décision rendue le 08 Août 2007 confirmé l'amende prononcée par l'ARTP[2].

Dans le secteur de l'eau, l'organisation des consommateurs de même que les consommateurs eux-mêmes décrient la qualité de l'eau. L'eau distribuée par la société exploitante serait de mauvaise qualité (couleur rougeâtre dans certains quartiers notamment à Guédiawaye), son coût est élevé et de quantité insuffisante avec des ruptures constantes[3].

[2] www.africanglobalnews.com/article501.html

[3] Sortie de Sos Consommateurs dans le Journal de 12 heures sur la radio futurs Médias (RFM) le 24 mars 2008 à l'occasion de la Semaine Internationale de l'Eau et de l'Assainissement (SIEAU).

1. Recommandations

Les instances de régulation devraient faire l'objet de contrôle si minime soit-il. Dans l'exercice des missions qui leur sont confiées, un modèle de suivi-évaluation devra être mis en place avec des indicateurs permettant de se rendre compte de l'efficacité et de l'efficience dans la réalisation de ces missions.

Il est fondamental de doter les instances de régulation existantes de ressources humaines formées aux outils, aux enjeux et à la gestion des PPP.

En outre, pour consolider l'autonomie des organes de régulation et par delà, assurer l'exercice de leurs prérogatives en toute impartialité, leurs ressources financières devraient provenir de la gestion du système.

Les régulateurs devront respecter les principes de transparence, d'impartialité d'équité, éviter les conflits d'intérêts et observer un devoir de réserve vis-à-vis des acteurs.

Conflits de compétence

Un conflit de compétence de pourrait se poser entre l'Agence de régulation des marchés publics (ARMP)et le conseil des infrastructures (CDI) concernant les contrats de partenariats prévus par le décret du 30 juin 2006. En effet, ledit décret dispose que les litiges naissant de la passation de ces contrats sont soumis à l'appréciation de l'agence de régulation des marchés publics (ARMP) alors que ces contrats englobent, en réalité, les contrats de construction-exploitation et transferts d'infrastructures publiques, prévus par la loi du 1er mars 2004. Autrement dit, le CDI pourrait également se déclarer compétent pour connaitre des litiges naissant de la passation de ces contrats de partenariats.

Sur ce point, la législation est ambigüe.

Dès lors, le législateur devra intervenir sur deux volets :

le premier, c'est de modifier le titre de la loi CET qui déjà, au regard de la définition qu'elle donne aux contrats CET, englobe pratiquement toutes les formes de contrats de PPP.

Le deuxième, c'est de reconnaître exclusivement la compétence du Conseil des Infrastructures la compétence exclusive de reconnaître de ces contrats de partenariats.

Il est important de souligner, pour des questions d'efficacité et de crédibilité, l'idéal serait d'avoir d'une part, un **Institut des partenariats public-privé** dont la mission principale serait de promouvoir les PPP et d'autre part, une agence de régulation des marchés publics qui s'occupera exclusivement des marchés publics.

Si cette possibilité ne peut être obtenue, le GRS pourrait s'inspirer de l'exemple sud africain (infra).

2. Substitution des politiques aux organes de régulation et Incohérence dans le management des marchés

Les organes de régulation de service public sont souvent dépouillés de leurs prérogatives par les pouvoirs politiques dans les cas de mise en concession de service public surtout lorsque ces concessions impliquent des engagements financiers très importants.

En outre, la séparation nette entre gestionnaire de marchés qui doivent être des spécialistes en la matière et les fonctions de centralisation de bonnes pratiques qui devront incomber aux autorités centrales n'est pas encore totale au Sénégal.

Il est vrai que les instances de régulation mises en place une composition mixte mais ce caractère ne déteint pas sur le professionnalisme. Très souvent ce sont des personnes nommées selon le libre-arbitre des acteurs politiques. Elles manquent souvent de formation liée à leur secteur d'activités.

3. Recommandations

L'exercice efficace des pouvoirs des organes de régulation est lié à plusieurs facteurs dont le besoin d'autonomie et d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique. Ces valeurs sont essentielles aux yeux de l'opérateur et de l'investisseur potentiel.

L'Etat devra donc tout mettre en place des organes de régulation composés de personnes compétentes et intègres. En outre, il devra responsabiliser ces personnes en prévoyant par exemple des primes de récompense en cas de performances et des sanction en cas de mauvaise gestion nuisant à l'intérêt général ou portant préjudice au budget national.

4. Sur la composition et les pouvoirs du Conseil des Infrastructures (CDI)

Il ressort de la loi portant création du CDI que cet organisme est de composition mixte. Toutefois, à y regarder de prés, le Ministère chargé des finances n'est nullement désigné dans la procédure d'identification, de passation ou de gestion des projets d'infrastructures pour s'assurer de l'impact que ceux-ci pourrait entrainer sur les

finances publiques ou même d'attester de la capacité de l'Etat à supporter financièrement de tels projets.

En outre, les pouvoirs du CDI sont limités en amont et en aval dans la passation des projets.

5. Recommandations

La loi du 1er mars 2004 sur les contrats Cet devra être modifié afin de placer le ministre chargé des finances au cœur du dispositif de la passation des contrats CET.

Concernant les pouvoirs du CDI, l'exemple sud africain pourrait servir et l'autorisation du CDI pourrait être requise, sous peine de nullité, pour la signature des dits projets

S'inspirer du cadre des PPP en Afrique du Sud

Le PPP à la base devrait être renforcé pour répondre à la demande croissante des populations locales pour laquelle les collectivités décentralisées ne sont pas dotées de moyens financiers suffisants pour y faire face. Récemment, les autorités centrales ont décidé de décentraliser les dépenses d'investissement, ceci suite à la modification de la loi 72-02 du 1er février 1972 portant organisation de l'Administration territoriale qui consacre l'érection des départements de Kaffrine, Sédhiou et Kédougou en régions.

Le Sénégal pourrait s'inspirer de l'exemple sud africain en exploitant le potentiel des exploitants agricoles et syvopastorales ruraux même si les deux législations sont de traditions différentes. Il pourrait par exemple élaborer un programme de ce type inspiré exclusivement du « Black Economic Empowerment ».

Il est vrai que le Sénégal est entrain de mettre en œuvre un programme très important dans le domaine de l'électrification rurale. Ce programme est confié à l'Agence Sénégalaise d'Electrification Rurale (ASER).

Cadre politique des projets de PPP

En Afrique, l'Afrique du Sud fait preuve d'exemple en matière de PPP. Des exemples réussis de PPP peuvent y être relevés. Cette réussite s'explique par la mise en place, en 1999, par le Gouvernement de la République sud africaine d'un cadre de développement et de promotion à long terme des PPP, appelé « *Strategic Framework for PPP development* ».

En droite ligne avec cette politique, il a été élaboré, sur l'initiative du Trésor, le « public Financial management act » PFMA et institué l'Unité PPP.

Les projets de PPP ne sont pas uniquement dévolus au pouvoir central. L'Afrique du Sud se donne aussi pour objectif de promouvoir les PPP au niveau des provinces. C'est qui explique certainement la mise en place du « Black Economic Empowerment » (BEE) qui est un programme destiné à à diminuer les inégalités entre les clauses sociales par des transferts capitalistiques d'actifs ver les populations noires majoritairement pauvre il 's'agit donc d'une politique de discrimination positive à l'endroit des noirs reposant sur un cadre juridique solide.

L'encadrement juridique des projets de PPP

La mise œuvre des PPP obéit à des conditions bien déterminées. Les projets de PPP devront d'abord être conformes à la PFMA et aux normes établies par le Trésor. En outre, ils doivent déterminer les risques pour chacun des partenaires, leur impact sur les finances publiques et enfin, des objectifs de rentabilité financière.

La PFMA est la loi sur la gestion des finances publiques et le recouvrement des créances. Elle délègue la responsabilité de la gestion financière aux ministères à charges pour ces derniers de recruter un agent comptable (sur une base contractuelle) pour le recouvrement des créances dus à ceux. Parallèlement, des Comites de vérification internes sont mis sur pieds pour attester de la bonne gestion des finances publiques.

A l'encontre des personnes (agent comptable ou fonctionnaires) qui sont à l'origine de « mauvaise gestion financière », des procédures disciplinaires et pénales peuvent être déclenchées.

La PFMA régit tous les PPP en Afrique du Sud (au niveau national et provencial).

L'encadrement institutionnel des projets de PPP.

l'Unité PPP

Au cœur du dispositif institutionnel, figure l'Unité PPP. Cette structure chargée de promouvoir les PPP tant au niveau du national que provincial et placée sous la tutelle du ministère des finances, est dirigée par un Directeur.

Elle a pour mission de :

- évoluer en tant que structure dynamique et durable de promotion des PP ;
- attirer des investissements en identifiant des projets de PPP présentant des rendements pour toutes les parties prenantes ;
- fournir une assistance technique aux institutions publiques par le biais dans les phases de montage, d'identification, de négociations et de régulation des PPP ;
- promouvoir un environnement favorable pour les PPP par :
  - l'assainissement et l'adaptation du e cadre réglementaire ;
  - l'élaboration de bonnes pratiques ;
  - la formation, à cet égard, il été élaboré pour le compte du Gouvernement, un guide sur les PPP « National Treasury PPP Manual » prescrivant l'évaluation des projets de PPP par rapport aux ressources financières et fiscales nationales, l'assouplissement du cadre des PPP.
- la diffusion d'informations fiables ;
- la conduite Black Economic Empowerment en matière de PPP.

Les membres de l'Unité PPP devront s'arroger des valeurs suivantes : équité, responsabilisation, professionnalisme, intégrité et détermination.

Le Trésor (Ministère des Finances)

Le Gouvernement sud africain est particulièrement regardant sur les conséquences finances et fiscales que les projets de PPP pourrait causer aux finances publiques. A cet égard, il donne une compétence étendue au Trésor.

- Le Trésor intervient dans l'identification, la passation et l'exécution des projets de PPP pour évaluer leur impact sur les ressources financières publiques. La procédure ne peut suivre son cours que sur son autorisation.
- L'approbation écrite du Trésor est requise pour la continuation du ou des projets (cette approbation porte sur l'ensemble des documents contractuels).
- La signature finale du contrat de partenariat ne peut être faite par le Gouvernement qu'après autorisation du Trésor.

Municipal Infrastructure Investment Unit(MIIU) (L'Unité d'investissement en infrastructures municipales)

L'Unité d'investissement en infrastructures municipales, créée à l'origine pour une durée limitée à cinq ans, a pour mission d'apporter une assistance technique aux autorités locales, dans le domaine des services et des infrastructures municipales.

CHAPITRE IV :

RAPPORT SUR LE DROIT DES MARCHES PUBLICS ET SON IMPACT SUR LE DEVELOPPEMENT DU PPP

La législation qui régit présentement les marchés publics est marquée par l'adoption du nouveau code des marchés publics. En effet, par décret présidentiel du 25 avril 2007, l'ancien code des marchés publics de 2002 a été abrogé et remplacé par un nouveau code dont l'objectif principal est d'aménager des procédures transparentes et respectueuses des principes de concurrence saine et loyale et de traitement égalitaire des candidats à la soumission.

A cet effet, contrairement à l'ancien code, le nouveau tenant compte de la mondialisation et de l'intégration économique a apporté des innovations majeures tant au niveau de l'évaluation des besoins ou de la gestion des marchés que du paiement du prix.

Ces innovations sont nombreuses et à titre d'exemple, il est possible de citer des éléments qui corroborent le souci de transparence dans le NCMP car il est toujours considéré que la passation des marchés constitue une activité dans laquelle se trouve le nid de la corruption.

Pour relever ce défi, le NCMP consacre la définition des notions d'autorité contractuelle, de personne morale responsable de marché, la soumission des sociétés nationales et des sociétés à participation publique majoritaire au droit privé; le rattachement des contrats de partenariat et de délégation de service public à un cadre juridique général; l'indication précise des besoins à satisfaire et leur financement; les cas dans lesquels les avenants sont requis; la réglementation de la délégation de marchés; la souplesse dans la désignation des membres de la commission des marchés, la limitation des cas de recours à l'entente directe; la substitution des termes de garantie de soumission et de garantie de bonne exécution à ceux de « cautionnements provisoires » et de « cautionnements définitifs »; a limitation de la garantie de soumission enter 1 et 3% et de la retenue de garantie à 5%;

Cet objectif de transparence se note aussi au niveau des types de contrôle prévus. Le NCPM prévoit trois types de contrôle reconnus à des personnes différentes:

un contrôle à priori qui est dévolu à la Direction Centrale des Marchés publics;

un contrôle interne reconnu à chaque autorité contractuelle (Etat, collectivités locales et établissement privés);

un contrôle à posteriori relevant de la compétence de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

Ces contrôles peuvent déboucher sur des sanctions susceptibles de frapper aussi bien les agents publics que les titulaires de marchés.

Ces sanctions sont prononcées soit par le Comité de règlement des différends de l'Agence de régulation des Marchés Publics soit par les juridictions de droit commun s'il s'agit de sociétés nationales ou de sociétés à participation publique majoritaire. Mais le NCMP a prévu une procédure de règlement amiable à mettre en œuvre

avant d'enclencher toute procédure contentieuse. C'est dire que le NCMP fait de la procédure du mode de règlement amiable des litiges, le principe et la procédure contentieuse, l'exception.

Au niveau institutionnel, la nouvelle réglementation des marchés publics se particularise par une innovation majeure qui se matérialise par l'institution d'un nouvel organe de régulation des marchés publics appelé Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) doté de pouvoirs et compétences étendus.

En effet, l'ARMP qui vient de naître remplace la Commission des Contrats d'administration. Plus que cette dernière, l'ARMP est une autorité indépendante chargée de concevoir et de planifier la politique des marchés publics. Ses membres sont autonomes dans l'exercice de leurs fonctions et ses décisions sont exécutoires d'office.

L'impact de la réglementation des marchés publics sur le développement des PPP

Il est admis que la définition du concept de PPP pose encore problèmes du fait de nombreuses situations qu'il peut embrasser. C'est dire simplement, le domaine des marchés publics peut être intégrer dans ce grand ensemble qu'est le PPP. Dès lors, toute réglementation soucieuse de la transparence, de la responsabilisation, du professionnalisme et de l'intégrité dans la passation des marchés participe du développement des PPP.

C'est dans cette dynamique que s'inscrit le NCMP à travers les innovations sus indiquées. Mais il y fait saillant qui met l'accent particulièrement l'accent sur l'intégrité dans les marchés publics. C'est le décret n° 2006-16 du 30 Juin 2006 modifiant le CMP. Cette réglementation consacre des règles d'éthique en son article 29 qui prohibe toute pratique corruptive active ou passive dans la passation des marchés et exige aussi bien des responsables, autorité contractante que des titulaires de marchés de faire une déclaration relative au respect des règles d'étique.

Dans un souci de cohérence et d'harmonisation, le NCMP un cadre juridique général auquel restent soumis les contrats de délégation de service public et les contrats de partenariat.

CHAPITRE V :

RAPPORT SUR LES INCOHERENCES DE LA LOI CET ET RECOMMANDATIONS

Le recours au PPP pour la réalisation d'infrastructures s'est énormément développé en raison de la diminution des capacités d'investissement public.

La technique BOT est utilisée pour assurer une plus grande performance technique aux activités mises en concession grâce aux capitaux et au savoir faire des opérateurs les plus compétents dans les domaines où il est fait appel à eux à l'issue d'une négociation ou d'une procédure de mie en concurrence.

L'objet du BOT est la construction d'un une infrastructure financée essentiellement par le secteur privé en vue de son exploitation sous forme de concession pour une certaine période: partir des recettes d'exploitation couvrir les charges, et à l'issue, transférer la propriété de l'infrastructure à l'autorité publique.

Le BOT n'est pas un marché public qui lui, s'effectue uniquement au meilleur coût en fonction des spécifications prédéfinies. le BOT est fondé sur la recherche du meilleur partenaire de longue durée qui apporte tout son savoir faire et sa capacité de gestion en vue de faire fonctionner, au meilleur des intérêts de tous, une infrastructure de service public.

Ainsi dans le BOT, il y a une prie en charge total ou partielle de l'investissement par le partenaire de la puissance publique, un transfert de l'obligation de service public à sa charge, un lien entre la rémunération et les résultats de l'exploitation et enfin, un caractère unique, global et complexe du contrat incluant la conception, le financement, l'exécution, la maintenance, l'exploitation de l'infrastructure, etc.; ce qui implique une négociation entre les parties.

Le BOT, concession d'infrastructures (routes, ports, aéroports, barrages...) n'est pas une concession de services qui certes, peut éventuellement impliquer des travaux préalables d'amélioration des réseaux existants, mais la rémunération du concessionnaire intervient dès l'entrée en vigueur du contrat, car la clientèle existe déjà, donc les travaux peuvent être étalés dans le temps et financés dès le début par des recettes. en revanche, les concessions d'infrastructures impliquent la réalisation d'un ouvrage, les recettes sont différées dans le temps, les infrastructures concédées sont dans l'économie concurrentielle et leur rentabilité implique aussi des préoccupations de service public (pas seulement financière) telle que le désenclavement d'une région, la création d'emplois...

Au regard de la spécificité des BOT dans les contrats publics, le droit national se doit d'offrir un cadre juridique autonome, différent de celui des marchés tout en se démarquant légèrement des concessions de services. Son originalité implique qu'il soit organisé dans un cadre juridique et institutionnel équilibré, précis et stable pour qu'il soit attractif vis à vis des investisseurs.

Si l'existence d'une réglementation sur les marchés publics est avérée depuis longtemps (à un point tel que la passation de ces marchés a fait l'objet d'une deuxième

revue analytique avec les partenaires au développement-CPAR), il n'est pas de même de la délégation de service public. En effet, les conventions de concession et d'affermage n'ont fait l'objet que d'interventions ponctuelles à l'occasion de la réglementation ou de la privatisation d'un secteur (exemple du secteur de l'eau). De fait, il n'y a pas une réglementation d'ensemble sur la délégation de service public: c'est ce qui justifie le gap législatif et réglementaire apparu à l'occasion de la conception des projets d'infrastructures à financement privé comme les contrats de Construction-Exploitation-Transfert (CET). L'APIX a pris en charge de combler ce déficit en droit et a élaboré un projet de texte dont l'objet est la mise en place d'un cadre juridique d'accueil pour les projets d'infrastructures à financement privé. C'est ce projet qui a généré la loi Construction, Exploitation, Transfert.

La loi n° 2004-13 du 1er mars 2003 relative aux contrats de construction, exploitation et transfert d'infrastructures. L'article premier précise qu'elle « s'applique à tous les contrats, dits contrats par lesquels l'autorité concédante, confie à un tiers, tout ou partie des missions suivantes: le financement d'une infrastructure d'utilité publique, sa conception, sa construction, son exploitation, son entretien ».

En outre ces contrats peuvent prévoir le transfert des infrastructures réalisées par l'opérateur du projet à l'autorité concédante au cours ou au terme du contrat. Ces contrats sont aussi appelés en anglais BOT (Build-Operate-Transfer).

Ces contrats sont des contrats administratifs.

Au plan institutionnel, la loi CET a mis en place un Conseil des infrastructures « ... une instance consultative qui exerce une surveillance indépendante et fournit des appuis de médiateur dans la conduite des projets d'infrastructures « et « évalue l'environnement juridique du partenariat public privé... » (Article premier);

RECOMMANDATIONS SUR LA LOI CET

La loi CET constitue une véritable avancée dans la dynamique de construction d'infrastructures mais il faut, pour la rendre davantage sécurisante, relever et corriger certaines incohérences qui se déclinent ainsi :

Tout d'abord, il convient de relever que le CDI aurait pu servir, à l'exemple de l'Unité PPP en Afrique du Sud, de cadre régulateur pour les projets d'infrastructures au lieu de constituer uniquement un organe consultatif.

Art 1 alinéa 6

Cette disposition est en contradiction avec le principe de la libre administration des collectivités locales érigée en valeur constitutionnelle et du principe de la liberté d'entreprendre reconnue à certaines personnes morales. Dans l'entendement du législateur, aucune autorité concédante comme une collectivité locale ne peut passer un contrat CET qu'après avis du CDI et une autorisation par décret. Donc, un arrêté de Maire est insuffisant pour rendre valable de tel contrat. Ce faisant, cette disposition devient anti constitutionnelle et illégale.

Art 3 alinéa 3

Cette disposition pourrait être réajustée. Dans sa version actuelle, elle peut être source d'incompréhensions risquant de compromettre les pour l'autorité concédante les chances de gagner la confiance du partenaire privé. Un contrat se négocie et ne se détermine pas à priori. Dans certains par exemple, il est prévu un dialogue compétitif.

Il reste évident qu le contrat CET est un contrat administratif mais cela ne signifie pas que les droits et obligations qui y sont contenus sont prédéterminés. Cela fait à appel uniquement appel aux règles du droit public et cela sous la réalisation de certaines conditions.

Article 5

Cette disposition pourrait être rendue plus précise car elle lie la durée du contrat à libre volonté du partenaire privé - durée du contrat est fonction de l'amortissement des dépenses- il est possible de la préciser par le terme « sous réserves d'un délai raisonnable ».

Article 10

Cette disposition aurait être une brèche permettant de promouvoir réellement la participation du secteur privé à la réalisation directe des projets de contrats CET sans passer par la sous-traitance.

Il est vrai qu'il est aménagé une marge pour les PME/PMI qui peuvent s'adjoindre à un consortium ou constituer un consortium. Mais sur cette disposition, le doute est permis, car dans un appel public à la concurrence à l'échelon international, leu chance est réduite face à des multinationales éprouvées dans leur domaine d'activités.

Article 17 infine

l'article 17 infine constitue à vrai dire un risque majeur qui est sujet à décourager le partenaire privé qui sait déjà que beaucoup d'autres risques lui seront transférer dans le cadre de contrats CET;

À notre avis, cette disposition qui consacre ce risque souverain aurait pu ne pas figurer dans le corpus de ce texte. Il anéantit la confiance du partenaire privé et est déjà prévu dans le code des Obligation de l'Administration en vertu duquel, l'Administration dispose d'un pouvoir de résiliation unilatérale.

Article 18

A notre avis, l'offre spontanée ne devrait pas concerner l'autorité publique et celui qui la fait.

Elle devrait plutôt impliquer une entité technique autonome et celui qui la fait. Cette entité aura la charge entre autres d'évaluer cette offre au cas elle ne la retiendra pas, elle déclenche une procédure de compétition commune.

Si celui qui fait l'offre spontanée n'a pas été retenu au terme de cette procédure, l'entité technique autonome pourra lui proposer une compensation sur la base de l'évaluation déjà faite. Cette procédure semble plus objective que celle qui consiste à dire que la compensation sera déterminée par l'autorité publique.

Sur le règlement des litiges, conflits de compétence

Article 23
Litiges

*« Les contestations relatives à **la sélection du concessionnaire** font l'objet d'une décision du Conseil des Infrastructures. La procédure de recours est fixée par le Conseil des Infrastructures. Les décisions prises par le Conseil des Infrastructures en application du présent article ne sont pas susceptibles de recours.*

Le Conseil des Infrastructures statue à brefs délais, en dernier recours et suivant la procédure qu'il fixe, sur les contestations ayant pour objet de faire corriger, avant la signature du contrat CET, des irrégularités observées dans la conduite de la procédure de sélection de l'opération du projet.

Les litiges liés à la passation, à l'exécution ou à l'interprétation des contrats CET sont réglés soit à l'amiable, soit par des juridictions. Les autorités concédantes, les candidats non retenus et les opérateurs des projets font tous leurs efforts pour régler à l'amiable les litiges.

Pour régler les litiges qui ne l'ont pas été par la voie amiable, il peut être recouru à la procédure de l'arbitrage, y compris à l'arbitrage international, en application des dispositions de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage pris en application du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

Le tribunal arbitral est composé de trois arbitres désignés, le premier par l'autorité concédante, le deuxième par l'opérateur du projet ou le candidat non retenu, le troisième d'un commun accord par les parties.

A défaut d'accord sur le choix du troisième arbitre, la nomination est effectuée sur demande de l'une des parties par le Président du Tribunal régional de Dakar. Les règles de fonctionnement du tribunal arbitral sont celles prévues au Livre VI de la deuxième partie du Code de Procédure civile.

A défaut de règlement amiable ou de recours à la procédure d'arbitrage, les litiges à la passation, à l'interprétation ou à l'exécution des contrats CET sont de la compétence en première instance du Tribunal de Dakar.

Les litiges liés à la passation du contrat CET ne peuvent donner lieu qu'à une indemnisation du ou des candidats non retenus. »

Cette partie de loi CET mérite d'être modifiée à plus d'un titre. D'abord, l'alinéa 1 de l'article 23 parle de **sélection du concessionnaire** alors qu'il s'agirait plutôt de **sélection de l'operateur du projet**.

Ensuite, l'article 23 reconnait au Conseil Des Infrastructures la compétence de connaitre des contestations liées à la sélection de l'opérateur et en même temps, aux juridictions, celle de connaitre des litiges naissant de la passation, de l'exécution ou de l'interprétation des contrats CET. A ce niveau, un conflit de compétence pourrait survenir entre le Conseil des Infrastructure et la juridiction saisie sur les litiges liés à la passation des contrats CET. En effet, la notion de passation peut englober la procédure elle-même de passation. De ce fait, rien n'interdit, les juridictions saisies de connaitre de tout le litige lié à la passation des contrats CET, y compris la procédure.

Pour éviter, une telle collision, il serait plus adéquat de reconnaitre, à travers l'article 23, au Conseil des Infrastructures, la compétence exclusive de connaitre de toutes les irrégularités liées à la procédure de sélection de l'opérateur du projet.

Enfin, dans l'esprit de l'article 23, il est possible d'affirmer que l'orientation est exclusivement portée sur l'arbitrage OHADA. Ce faisant, cet article réduit le choix des parties sur la juridiction arbitrale.

Cet article devrait être modifié afin de reconnaitre aux parties une grande autonomie quant au choix des arbitres et de la juridiction arbitrale. Cette remarque est d'autant plus fondée que pour les investissements mobilisés dans les PPP, il faut des arbitres pourvus d'une expertise et expérience certaines. Très souvent, dans ce domaine, c'est l'arbitrage CIRDI qui est privilégié.

Par ailleurs, il était opportun de disposer dans la loi CET, la possibilité de faire évoluer le contrat dans le temps en prévoyant notamment un structure composée d'experts et spécialistes dont les profils correspondant à chaque étape de la mise en œuvre du contrat. La mission de cette structure est d'adapter le contrat dans le temps.

Aujourd'hui, ce dispositif couramment appelé **Dispute Boards** est fréquent dans les contrats Design, Build and Operate (DBO).

Sous un autre, registre, il faut relever que certes, les risques en matière de PPP, sont répartis suivant la convention des parties, mais, la loi CET aurait pu en réserver une disposition. Aucune norme dans le droit des PPP ne fait allusion aux risques susceptibles de se produire dans ces types de contrats particuliers.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

✐ BEZANCON, Xavier : ***Essai sur les contrats de travaux et de services publics : contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique***, 2ème édition, L.D.G.J, Paris 2001.

✐ BRISSON Jean François : ***Les fondements juridiques des marchés publics***, Imprimerie nationale éditions, Paris, 2004.

✐ PERROT, Jean Yves et CHATELUS Gautier : ***Financement des infrastructures et des services collectifs, le recours au partenariat public-privé : les enseignements des expériences françaises dans le monde*** ; Presses de l'école nationale ponts et Chaussées 2000.

✐ LICHERE François et MARTOR Borris : ***Essor des partenariats public-prié en Afrique, réformes encours et perspectives d'avenir***, RDAI/IBLJ.

Les 3èmes rencontres de l'expertise juridique internationale de Paris, Paris 14 Décembre 2007 : « La compétitivité internationale des concessions et des PPP : comment positionner l'ingénierie juridique de tradition civiliste au service du développement mondial ».

TEXTES DE LOIS

1. **Loi n° 2007-13 du 19 février 2007** autorisant la création d'une société anonyme à participation publique majoritaire dénommée « APIX- SA ».

2. **Loi n° 2006-04 du 4 janvier 2006** portant création du Conseil National de la Régulation de l'Audiovisuel.

3. **Loi n° 2006-02 modifiant la loi n° 2001-15 du 27 décembre 2001** portant Code des Télécommunications.

4. **Loi n° 2004-14 du 1er mars 2004** instituant le Conseil des Infrastructures.

5. **Loi n° 2004-13 du 1er mars 2004** relative aux contrats de Construction Exploitation Transfert d'Infrastructures.

6. **Loi n° 2004-06 du 6 février 2004** portant Code des Investissements.

7. **Loi n° 2002-23 du 4 septembre 2002** portant cadre de régulation pour les entreprises concessionnaires de services publics

8. **Loi n° 2001-15 du 27 Décembre 2001** portant Code des Télécommunications.

9. **Loi 95-05 du 05 janvier 1995** modifiant l'annexe de la loi 87-23 du 18 Août 1987 sur la privatisation.

10. **Loi n° 94-63 du 22 août 1994** sur les prix, la concurrence et le contentieux économique.

11. **Loi n° 90-07 du 26 juin 1990** relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique.

12. **Loi ° 87-23 du 17 Août 1987** portant privatisation d'entreprises.

13. **Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965** portant Code des obligations de l'Administration.

14. **Décret n° 2007-546 du 25-04-2007** portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

15. **Décret n° 2007-545 du 25 Avril 2005** portant Code des Marchés Publics.

16. **Décret n° 2006-16 du 30 Juin 2006**, complétant le Code des Obligations de l'Administration.

17. **Décret n° 98-333 du 21 avril 1998** portant organisation et fonctionnement de la Commission de Régulation du Secteur de l'Electricité.

18. **Décret n° 89-179 modifiant le décret n° 88-233 du 4 mars 1988** fixant les conditions d'appel à la concurrence en matière de cession des titres de l'État dans les entreprises à privatiser.

19. **Décret n° 88-233 du 4 mars 1988** fixant les conditions d'appel à la concurrence en matière de cession des titres de l'État dans les entreprises publiques à privatiser.

20. **Décret n° 88-232 du 4 mars 1988** portant organisation de la procédure d'offre publique de vente en matière de cession des titres de l'État.

21. **Décret n° 87-1477 du 27 novembre 1987** portant attributions de la Délégation à la Réforme du Secteur parapublic.

22. **Décret n° 87-1476 du 27 novembre 1987** portant organisation et fonctionnement de la Commission Spéciale du Suivi du Désengagement de l'État.

23. **Décret n° 87-1475 du 27 novembre 1987** portant organisation du Comité Consultatif du Secteur Parapublic.

- 15 Octobre 2008 -