

Portée et limite du régime juridique du partenariat public-privé en droit positif congolais

*Ursil Lelo Di-Makungu / Junior-Jackson Bosakelia Lokwa / Jean Bakomito Gambu / Christian Mbodjima**

Abstract

Law No. 18–016 of July 09, 2018 (Democratic Republic of Congo) on the private partnership devotes a specific legal regime to the public-private partnership contract, which, being administrative in nature, strictly takes one of four forms: concession, leasing, interested management and the partnership contract. Linked to the country's development challenges, the scope of the Congolese public-private partnership legal system is to be attractive, secure and balanced. Also, and above all, this system guarantees transparency, competition, equality and objectivity in the process of concluding a public-private partnership contract, which must go through a call for tenders. It is advisable, however, to reserve ourselves the effectiveness of the institution of the spontaneous offer insofar as the author of the offer will be subjected to the competition by the procedure of invitation to tender. It does not appear to be advantageous to him, notwithstanding the fact that he benefits from the compensation for costs incurred. The absolute non-retroactivity of the law is worrying. Indeed, without any transitional measure obliging the parties to review the public-private partnership contracts that predate this new legal regime, most of these old contracts that are currently being executed will remain leonine.

* Ursil LELO DI MAKUNGU, Professeur et Vice-Doyen chargé de la Recherche honoraire à la Faculté de Droit de l'Université de Kisangani (UNIKIS). Il est également Directeur de Laboratoire Interdisciplinaire de Droit et Développement Durable (LIDDD), Avocat et Consultant (courriel : lelodims@gmail.com – www.unikis.ac.cd).

Junior-Jackson BOSAKELIA LOKWA, Assistant à la Faculté de Droit l'Université d'Ikela (UNIK), Chercheur au Laboratoire Interdisciplinaire de Droit et Développement Durable (LIDDD), Avocat près la Cour d'APPEL de la Tshopo et Consultant (courriel : jubosalo@gmail.com).

Jean BAKOMITO GAMBU, Chef des Travaux à l'Université de l'UELE (UNIEULE), Chercheur au Laboratoire Interdisciplinaire de Droit et Développement Durable (LIDDD), Bâtonnier de l'Ordre du Barreau du Haut – Uélé, Sénateur et Président de la Commission PAJ en RDC (courriel : jbakomito@gmail.com).

Christian MBODJIMA, Assistant à la Faculté de Droit l'Université de Bunia (UNIBU), Chercheur au Laboratoire Interdisciplinaire de Droit et Développement Durable (LIDDD), Avocat près la Cour d'APPEL de la Tshopo et Consultant (courriel: mbodjimachristian@gmail.com).

Résumé

La Loi n°18–016 du 09 juillet 2018 (République Démocratique du Congo) relative au partenariat public -privé consacre un régime juridique spécifique au contrat de partenariat public-privé qui, de nature administrative, prend strictement l'une de quatre formes suivantes: concession, affermage, régie intéressée et le contrat de partenariat. Lié à l'enjeu du développement du pays, la portée du régime juridique congolais de partenariat public-privé est d'être à la fois attractif, sécurisant et équilibré. Aussi et surtout, ce régime garantit la transparence, la concurrence, l'égalité, l'objectivité dans le processus de conclusion de contrat de partenariat public-privé qui doit passer par l'appel d'offres. Il convient cependant, de nous réserver sur l'efficacité de l'institution de l'offre spontanée dans la mesure où son auteur se verra soumettre à la concurrence par la procédure d'appel d'offre. Elle paraît non avantageuse à son égard nonobstant le fait qu'il bénéficie de l'indemnité compensatoire de frais engagés. La non rétroactivité absolue de la loi est inquiétante. En effet, sans aucune mesure transitoire obligeant les parties de revoir les contrats de partenariat public-privé antérieurs à ce nouveau régime juridique, la plupart de ces anciens contrats en cours d'exécution demeureront léonins.

Introduction

Le partenariat public-privé s'inscrit dans le cadre des principes du « nouveau management public » qui repose sur un ensemble de prescriptions consistant d'une part à réduire le périmètre des activités directement prises en charges par les personnes publiques et d'autre part, à introduire des mécanismes de gouvernance issus des entreprises privées au sein de la sphère publique. Promue dans les pays anglo-saxons et diffusée par les organisations financières internationales, cette nouvelle approche de la gestion publique recouvre généralement l'ensemble des solutions contractuelles d'associations publique et privée autour de la réalisation d'une mission de service public.

La République Démocratique du Congo (RDC), à l'instar d'autres pays en développement, est confrontée à des ressources publiques très limitées mais fait face à d'énormes besoins en infrastructures indispensables pour fournir des services de base de qualité susceptible d'assurer son développement. Elle s'est en conséquence résolument engagée, depuis quelques années, dans la voie de réformes importantes visant à rendre son économie plus compétitive et ainsi booster sa relance. Cette volonté de relance repose notamment sur la libéralisation de l'économie, la construction et la modernisation des infrastructures de base en vue de promouvoir son développement et de rendre des services de qualité à la population.¹ Les besoins du pays en termes d'infrastructures et d'équipements, l'impact de ces derniers sur son développement et les coûts importants que requièrent leur construction,

1 Exposé des motifs de la Loi n°18–016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé, in journal officiel de la République Démocratique du Congo, première partie, n° spécial 28 juillet 2018.

leur réhabilitation et ou leur acquisition amène le gouvernement à solliciter la participation du secteur privé à leur conception, leur financement et /ou leur exploitation. Le secteur privé étant appelé à jouer un rôle moteur dans le développement du pays, celui de la création des richesses nationales et de l'emploi, le partenariat public-privé constitue une solution innovante qui permet la rencontre des intérêts respectifs des partenaires, d'une part pour l'Etat, la préservation de l'intérêt général en rendant un service public de qualité à la population et d'autre part, pour le secteur privé, le retour sur investissement et le profit. Pour sécuriser les investisseurs dont la participation est devenue de ce fait incontournable et assurer l'impératif de garantir l'intérêt général, l'Etat congolais a promulgué la Loi n°18/016 du 09 juillet 2018 qui consacre un régime juridique particulier au partenariat public privé que le présent Article en fait l'autopsie ou examine afin de relever sa portée et limite, éventuellement esquisser les perspectives de son applicabilité. Il est important d'élucider le cadre théorique du partenariat public-privé en droit congolais (I) avant de pouvoir présenter l'économie générale de son régime juridique (II), enfin cerner sa portée (III)et éventuellement sa limite (IV).

I. Cadre théorique du partenariat public-privé en République Démocratique du Congo

La fixation du cadre théorique d'une thématique considérée est un préalable important, voire incontournable sans lequel sa compréhension devient difficile pour ne pas dire impossible. Ainsi, la présentation de la base et fondement juridique congolais du partenariat public-privé (1) sera suivie de la définition du partenariat public-privé (2) et de son cadre institutionnel (3) ainsi que de ses enjeux en République Démocratique du Congo (3).

1. Base et fondement juridique de partenariat public-privé en droit congolais

a. Base juridique

En droit positif congolais, la base juridique du partenariat public-privé est constituée essentiellement de la Constitution du 18 février 2006, de la Loi n°18-016 du 09 juillet 2018 ainsi que de du Décret n°21/04 du 02 octobre 2021 portant création, organisation et fonctionnement d'un Etablissement public dénommé Unité de Conseil et Coordination de partenariat public-privé. En effet, la Constitution de la République Démocratique du Congo telle que modifiée par la Loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, consacre sans équivoque, en ses articles 34 et 35, le principe de la sacréité de la propriété privée et impose à l'Etat de garantir le droit à la propriété dûment acquise, de garantir le droit à l'initiative privée aux nationaux et étrangers, et enfin d'encourager et veiller à la sécurité des investissements privés nationaux et étrangers. Elle demande à la Loi de fixer des règles concernant les finances publiques, le commerce, le régime de la propriété des droits et obligations civiles et commerciales et les emprunts et engagements financiers de l'Etat

en son article 122 point 3,8 et 11. Sur pied des dispositions constitutionnelles ci-dessus, la Loi n°18–016 du 09 juillet 2018 définit le régime juridique applicable aux contrats de partenariat public-privé et fixe les principes fondamentaux, la procédure relative à leur conclusion, leur exécution, leur suivi et leur contrôle, le règlement de leur contentieux, le régime juridique des biens nécessaires à leur exécution ainsi que les obligations des parties. Pris en application des articles 19 et 20 de la loi ci-dessus, le Décret n°21/04 du 02 octobre 2021 crée l'Unité de conseil et de coordination de partenariat public-privé. Il s'agit d'un organe technique du Gouvernement chargé de conseil, de coordination des activités et d'encadrement de la conclusion des contrats de Partenariat Public-Privé.

b. Fondement

La consécration du régime juridique spécifique au partenariat public-privé a pour fondement de réduire le recours aux finances publiques pour le financement des infrastructures et équipements par mobilisation de celles provenant du secteur privé.² Le partenariat public-privé constitue une solution innovante qui permet la rencontre des intérêts respectifs des partenaires, d'une part pour l'Etat, la préservation de l'intérêt général en rendant un service public de qualité à la population et d'autre part, pour le secteur privé, le retour sur investissement et le profit.³ Pour la Banque Mondiale Beaucoup de gouvernements se tournent vers le secteur privé pour concevoir, construire, financer et/ou exploiter des ouvrages d'infrastructure nouveaux ou existants afin d'améliorer les services fournis et la gestion d'installations relevant jusqu'ici du secteur public. Ils sont attirés par les avantages liés à la mobilisation de capitaux privés : la demande estimée d'investissement dans les services publics montre que les ressources des gouvernements et des bailleurs de fonds ne peuvent pas y répondre seules, et la mobilisation de capitaux privés peut accélérer la fourniture d'infrastructures publiques.⁴ Les partenariats faisant l'objet de contrats à long terme, peuvent présenter des avantages appréciables pour les gouvernements en matière de prestation de services publics notamment, utilisation plus efficace des ressources, exposition à des risques de performance, assurance de la qualité et examen plus ouvert de l'engagement à long terme.⁵ Le partenariat public-privé est une opportunité d'améliorer les prestations de services et la gestion des infrastructures. Il permet de mieux identifier et repartir les risques à long termes d'un projet entre les secteurs public et privé. Permet aussi

2 Exposé des motifs de la Loi de la Loi n°18–016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé, in Journal officiel de la République Démocratique du Congo, première partie, n° spécial 28 juillet 2018.

3 Idem.

4 Banque Mondiale, Promotion des partenariats public-privé africains auprès des investisseurs : Guide de préparation de projets, The Worldbank, Washington, 2009, pp. 2–3.

5 Edward Farquharson et al. (Banque Mondiale), Comment susciter l'engagement du secteur privé dans des partenariats public-privé sur les marchés émergents, The Worldbank, Washington, 2011, pp. 3–5.

d’assurer une meilleure passation des marchés de services publics. En effet, le caractère contractuel du partenariat public-privé incite fortement à concrétiser dans la pratique cette optique de long terme, le secteur public ne pouvant plus faire l’acquisition d’infrastructure en omettant d’assurer convenablement leur maintenance. Pour sa part, le secteur privé est incité, en exposant son capital à des critères de performance, à concevoir et mettre en place les ouvrages en question en tenant compte de leurs coûts de maintenance et de rénovation à plus long terme. Notons avant de passer sur le point suivant que le régime juridique du partenariat public-privé consacré sur l’influence des institutions financières internationales trouve s’inscrit dans la logique néolibérale du nouveau management public qui tend à la remise en question de l’Administration Publique Wébérienne traditionnelle⁶ et à l’introduction de techniques de gestion privée dans la sphère publique. La solution partenariale étant présentée comme permettant une conciliation des impératifs d’équilibre budgétaire et de développement de l’offre de biens publics.⁷

2. *Notion du partenariat public-privé*

Le partenariat public-privé n’est pas défini en droit congolais, non plus aussi en droit comparé. Selon l’article 3 de la loi en la matière en effet, le législateur dit que « suivant la particularité et les conditions qui entourent la réalisation du projet, les contrats de partenariat public-privé prennent la forme de contrats de délégation de service public ou de contrat de partenariat portant sur les infrastructures du domaine public comme celles du domaine privé de l’État ». Selon le Livre vert publié par la Commission européenne en 2004, le concept, qui n’est pas défini au niveau communautaire, se réfère-t-il en général à des « formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l’entretien d’une infrastructure ou la fourniture d’un service ».⁸ Les opérations de partenariat public-privé se caractérisent, selon la même source, par : la durée relativement longue de la relation, impliquant une coopération entre le partenaire public et le partenaire privé; le mode de financement du projet assuré pour partie par le secteur privé, des montages complexes et parfois des financements publics très importants. Du coup, la doctrine ne s’accorde pas elle aussi sur une définition unanime. Il recouvre à l’évidence des réalités dont la portée

6 Mercier J., L’Administration publique : de l’école classique au nouveau management public, PUL, 2002.

7 Marty F., et Voisin A., Les partenariats public-privé dans les pays en développement : Les enjeux contractuels, séminaire CNRS – GREDEG (Idefi) Université de Nice Sophia-Antipolis, 2005, pp. 2–3, disponible sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00018687/document>, consulté dernièrement le 14 janvier 2022.

8 Commission des communautés européennes, Livre vert sur les partenariats public privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, 30 avril 2004, p. 3.

et l'ambition sont très diverses selon les pays, les époques, l'idéologie des gouvernants et, surtout, les valeurs entretenues au sein de la société à l'égard du service public.⁹

Gagnon et Klein considèrent que « la notion de partenariat prend une place de plus en plus importante dans la littérature sur le développement, et plus particulièrement dans celle du développement local ». Avec justesse, ces auteurs font remarquer que le terme partenariat fait l'objet de descriptions plutôt que d'une réelle définition.¹⁰ Pour MartyF. et al., le concept de partenariat public-privé dans sa définition la plus large, couvre toutes les formes d'association du secteur public et du secteur privé destinées à mettre en œuvre tout ou partie d'un service public. Ces relations s'inscrivent dans le cadre de contrats de long terme : elles se distinguent en cela des privatisations et de la sous-traitance. Les investissements (infrastructures, matériel, immeuble, logiciels...) nécessaires à la fourniture du service sont financés pour tout ou partie par le prestataire privé. Le paiement, assuré par les usagers ou par une collectivité publique, permet de couvrir l'amortissement de ces investissements et leur exploitation.¹¹ Pour sa part, David Hall souligne que le terme de partenariat public-privé est de plus en plus utilisé pour désigner une nouvelle forme de contrats publics née au Royaume-Uni et transposée dans de nombreux pays. Reprenant des techniques de financement de projet venues du secteur privé, elle se distingue de formes plus anciennes de partenariat notamment, les délégations de service public classique sur deux points principaux. Tout d'abord, elle vise à réaliser un partage optimisé des risques. Celui-ci doit permettre d'allouer les responsabilités à la partie qui sera à même de les assumer le plus efficacement. Ensuite, elle ouvre la possibilité d'avoir comme client principal du service fourni une collectivité publique et de ne plus être ainsi tenue de tirer une part essentielle de ses ressources des paiements directs des usagers.¹²

C'est un contrat conclu entre le gouvernement et une société privée, en vertu duquel la société privée finance, construit et exploite certains éléments d'un service public et la société privée est rémunérée sur plusieurs années, soit au travers des redevances versées par les usagers, soit par l'intermédiaire des versements acquittés par l'autorité publique, ou encore une combinaison des deux.¹³ Bien qu'état récent, notons toutefois que les concessions existaient déjà depuis de nombreux siècles. Il s'agissait pour l'entreprise privée d'accepter d'investir ses propres deniers en contrepartie de la garantie, par l'État, d'un monopole à son profit concernant la fourniture de ce service dans la zone couverte; l'entreprise pouvait ainsi voir son capital fructifier à travers les frais facturés aux usagers. Par défaut de convergence

9 P. Bernier, *Nouveaux partenariats entre le public et le privé : conditions d'émergence d'un modèle québécois*, Téléscope, vol. 2, no. 1, ENAP, Montréal, 2005, pp. 80–92.

10 Ch. Gagnon et J.-L. Klein, *Le partenariat dans le développement local : tendances actuelles et perspectives de changement social*, Cahiers de géographie du Québec. Vol. 25(95), 1991, pp. 239–255.

11 Marty F., Voisin A. et Trosa S., *Les partenariats public-privé*, La découverte, Paris, p. 3.

12 Marty F., Voisin A. et Trosa S., *idem*, p. 3.

13 Hall D., *op.cit.*, p. 5.

de multiple définitions doctrinales, Djibril Diouf met en avant les éléments communs suivants :

- un partenariat est un contrat de longue durée pouvant atteindre une trentaine d'années;
- une alliance opérationnelle entre différentes organisations publiques et privées;
- une coopération et une coordination d'activités réalisées conjointement entre les secteurs, privé et public (incluant le secteur associatif qui vise principalement la satisfaction des besoins de la communauté);
- une entente établissant un partage réel de responsabilités, des investissements, des risques et des bénéfices éventuels;
- une conciliation des objectifs des partenaires en vue de la réalisation d'infrastructures ou de la fourniture de services;
- et enfin, l'atteinte d'objectifs sociaux.¹⁴

Né dans le contexte des difficultés budgétaires qui ont émaillé les pays industrialisés à partir des années 1970 et de la perte progressive de la légitimité accordée aux gestionnaires publics en matière de gestion efficace des ressources, la doctrine dit que le partenariat public-privé contemporain où la société privée est rémunérée par le gouvernement plutôt que par les usagers, est née au Royaume-Uni dans les années 80, sous l'ère Thatcher.¹⁵

L'introduction des règles budgétaires néolibérales a limité l'emprunt du gouvernement quand bien même celui-ci a souhaité conserver sa capacité à investir dans l'infrastructure publique. La solution résidait dans les partenariats publics-privés, dans le cadre de la Private Finance Initiative (PFI, initiative de financement privé). Bien que le gouvernement s'engage à couvrir l'investissement, comme s'il avait lui-même emprunté les fonds pour une durée de 25 ans ou plus, les règles comptables permettent de traiter la démarche à l'image d'un emprunt privé et non public si bien que les fonds peuvent être empruntés dans le respect des règles budgétaires. La politique a également attiré le gouvernement Thatcher car elle constituait une autre forme de privatisation, permettant aux entreprises privées de tirer profit des dépenses publiques et imposant aux services publics de fournir des opportunités de marchés rentables.

Le tout premier partenariat public-privé à avoir été développé en Afrique francophone a concerné le Parc National de Fazao-Malfakassa au Togo par une convention entre le gouvernement togolais et le Fondation Franz Weber portant sur la gestion du PNFM a été signée le 25 mai 1990 pour une durée de 25 ans.¹⁶ C'est au cours la décennie

14 Djibril Diouf, Les contours sociaux des partenariats public-privé : cas de l'hydraulique urbaine périurbaine au Sénégal, Revue gouvernance, Volume 12, numéro 1, 2015, 2015, p. 2, disponible sur <https://www.erudit.org/fr/revues/gouvernance/2015-v12-n1-gouvernance02923/1038870ar.pdf>, consulté dernièrement le 17 janvier 2022.

15 David Hall, Partenariats public-privé (ppp) : les raisons de leur inefficacité les multiples avantages de l'alternative publique, ISP, Greenwich, 2015, p. 6.

16 Brugière D., Partenariat public-privé pour les aires protégées : état des lieux et prospectives en Afrique francophone. Papaco, 2000, p. 5 (Cette convention avait 3 objectifs : *i^o* porter au maximum

2000–2010 que va réellement se développer en Afrique francophone le modèle PPP avec la mise en place d'une délégation de gestion de quatre parcs nationaux emblématiques (Garamba et Virunga/RDC, Odzala/ Congo, Zakouma/Tchad). Bien que situés dans des contextes écologiques et socio-économiques très différents, ces quatre parcs présentent des historiques de gestion assez parallèles qui expliquent en partie qu'ils aient été l'objet des premiers partenariats publics-privés d'Afrique centrale.¹⁷ Dans un contexte de raréfaction des ressources publiques, conséquence de l'accroissement important des déficits et de la dette, l'évaluation du bien-fondé de l'action publique dépend de ses résultats. Les logiques d'évaluation publique et privée se rapprochent, ouvrant la voie à la dynamique portée par les partenariats public-privé qui ont connu une expansion considérable dans les pays développés, mais aussi dans les pays en développement. Ce succès est dû à la fois à la réduction des investissements publics consécutive aux restrictions budgétaires et à une approche renouvelée de la gestion publique, cherchant à bénéficier des capacités de financement et d'innovation du secteur privé.

Pour nous, en droit positif congolais, la notion de partenariat public-public recouvre principalement les quatre contrats administratifs définis par le législateur, à savoir la concession, l'affermage, la régie intéressée et le contrat de partenariat en vertu desquels une autorité contractante/une entité publique confie temporairement à un partenaire privé soit la gestion d'un service public, soit tout ou partie de la conception, de la construction, du financement, de l'exploitation et de la maintenance d'infrastructures publiques ou de service public où le partenaire privé est rémunéré au terme de l'investissement considéré par une redevance versée par les usagers. Le développement des contrats de partenariat public-privé trouve sa justification dans la solution partenariale qui apparaît en un palliatif des impératifs d'équilibre budgétaire et de développement de l'offre de biens publics ainsi que l'influence des institutions financières internationales.¹⁸ Le droit de partenariat public-privé contribue à la moralisation de la gouvernance économique et requiert de ce fait cadre institutionnel ad hoc.

3. Cadre institutionnel congolais du partenariat public-privé

En harmonie avec d'autres dispositions de l'arsenal normatif du système juridique congolais prônant la décentralisation du pouvoir, le cadre institutionnel du partenariat public-privé est constitué des institutions et organismes chargés de la conception du plan de développement national et de la gestion des investissements, de conseil, de conclusion, d'approbation, de régulation et de contrôle des partenariats publics-privés. Il comprend :

la diversité des animaux sauvages dans le parc, *ii^o* accroître les visites touristiques et *iii^o* faire bénéficier l'exploitation du parc aux populations locales).

17 Idem.

18 Marty F. et Voisin A., op.cit., pp. 2–3.

1. le pouvoir central, la province et l'entité territoriale décentralisée;
2. l'Autorité contractante;
3. l'Etablissement public : Unité de conseil et de coordination de partenariat public-privé;
4. l'Autorité de régulation des marchés publics;
5. l'Autorité approbatrice.

Il est reconnu au pouvoir central, à la province et l'entité territoriale décentralisée, chacun dans les limites de compétences, de concevoir, proposer et mettre en œuvre le plan de développement, la politique et les stratégies dans le domaine de partenariat public-privé. Toutefois, le Ministre national du Plan coordonne le secteur de partenariat public-privé. Cette harmonie intentionnelle offrant la garantie de sa complémentarité ou sa compatibilité en d'autres textes régissant la République notamment, la Constitution, la Loi sur la libre administration des provinces,¹⁹ la Loi sur les Entités territoriales décentralisées,²⁰ Loi relative aux finances publiques²¹ ainsi la Loi sur les marchés publics,²² est à saluer. C'est ce que la doctrine appelle « l'internormativité » ou « la régulation juridique » qui fonde la validité externe ou objective d'une norme.²³ Bien que prévu et organisé par la Loi,²⁴ le cadre institutionnel, n'a jusqu'à présent pas été actif et/ou opérationnel dans son entièreté et toutes ses composantes légales, empêchant la mise en application efficiente de cette loi dont l'immense importance n'est pas à démontrer.

La formalisation de l'établissement public annoncé par les articles 19 et 20 de la loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé qui aurait due être faite par le Gouvernement en déans six mois de la promulgation de la loi,²⁵ soit au plus tard le 9 janvier 2019, en vue d'une mise en application efficace et efficience de l'ensemble des mécanismes et procédures prévues et organisées par les dispositions légales en la matière, n'est intervenue qu'en octobre 2021.²⁶

Bien que formalisée par le Décret n°21/04 du 02 octobre 2021 portant création et fonctionnement d'un établissement public dénommé "Unité de conseil et de coordination de partenariat public-privé", l'opérationnalisation de cet organe technique du gouvernement,

19 Loi n° 08/012 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des Provinces.

20 La Loi organique n°08/016 du 07 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les provinces.

21 La loi n° 11/011 du 13 juillet 2011 modifiée par la loi n°18 :010 du 09 juillet 2018la relative aux finances publiques.

22 Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics.

23 Carbonnier J., Le phénomène d'internormativité, *Essais sur les lois*, Paris 1979, pp. 251, cité par Kanguumba Mbambi V., La Loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés au Congo. 30 ans après: quel bilan? essai d'évaluation, éd. KAZI, Kinshasa, 2003, p.43.

24 Voir les articles 17 à 23 de la loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative partenariat public-privé.

25 Article 114 de Loi, idem.

26 Par le Décret n°21/04 du 02 octobre 2021 portant création et fonctionnement d'un Etablissement public dénommé Unité de conseil et de coordination de partenariat public-privé

chargé de conseil, coordination des activités et l'encadrement de la conclusion de tous les contrats de partenariat public-privé n'a encore été effective.

Signalons de tout de même que le Gouvernement est entrain de recruter un Consultant Cabinet chargé de du processus d'appui au développement du cadre du partenariat public-privé prestaire en République Démocratique du Congo.²⁷ Sa mission consiste à l'organisation de l'Unité de conseil et de coordination de PPP, l'élaboration des procédures de PPP, le renforcement des capacités des acteurs de mise en œuvre du PPP, l'identification d'une liste des projets PPP anciens ou nouveaux, la selection de deux projets prioritaires du gouvernement et la réalisation d'une étude préfaisabilité de ces deux projets.

Certes, s'il faut reconnaître les progrès réalisés, toute fois, le retard accumulé dans le processus de la mise œuvre du cadre institutionnel du partenariat public-privé par le Gouvernement contrarie la voeux du législateur.

Soulignons que l'Unité de conseil et de coordination de Partenariat Public-Privé a 3 organes conformément aux règles générales applicables aux établissements publics, à savoir : le Conseil d'Administration, la Direction Générale et le Collège des Commissaires aux comptes. Relevant du Ministre du Plan, il est chargé notamment de :

- appliquer la politique nationale en matière de partenariat public-privé et en élaborer le programme d'activités;
- promouvoir le partenariat public-privé en République Démocratique du Congo;
- constituer une base des données des projets de partenariat public-privé éligibles;
- assister et conseiller l'Autorité contractante dans la préparation des projets de partenariat public-privé;
- valider les projets à réaliser dans le cadre de partenariat public-privé soumis par l'Autorité contractante;
- donner des avis sur les offres spontanées provenant des opérateurs économiques;
- définir le cadre de dialogue avec les partenaires financiers extérieurs;
- suivre, pour le compte de l'Autorité contractante, la réalisation des projets confiés au partenaire privé;
- évaluer la conformité des projets de partenariat au regard des politiques de l'État en matière économique, sociale et de développement des infrastructures ainsi qu'en matière des normes environnementales et d'aménagement du territoire;
- proposer au Gouvernement, après avis conforme de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, la mise à jour de la réglementation sur le partenariat public-privé;
- transmettre au Gouvernement le rapport annuel sur les projets réalisés dans le cadre de partenariat public-privé.

27 Ministère de l'entrepreneuriat, petites et moyennes entreprises, projet d'appui au développement des micro, petites & moyennes entreprises, avis d'appel recrutement d'un consultant cabinet n°005/UCP-PADMPME/PM/RDC/2022.

Au regard des missions ainsi confiées à l'Unité de Conseil et de Coordination de Partenariat Public-Privé, il est clair que son avènement très prochainement marquera certainement le début d'une nouvelle ère dans le secteur du partenariat public-privé dans notre pays.

Cependant, l'autorité de régulation des marchés publics se voit attribuer la mission de régulation et contrôle a priori et a posteriori de la procédure de conclusion du partenariat public-privé ainsi que la gestion par son comité de règlement de différends, de contentieux d'attribution ou d'exécution des contrats en la matière.

4. Enjeux et atouts du partenariat public-privé en République Démocratique du Congo

La République Démocratique du Congo est un pays vaste aux énormes potentialités que la population rêve de transformer en richesses au bénéfice de l'amélioration de ses conditions de vie. Plus grand pays francophone en termes de locuteurs, elle possède d'immenses ressources naturelles (minérais, terres arables, ...) et une population d'environ 78,7 millions d'habitants, dont moins de 40 % vivent en milieu urbain.²⁸ Avec ses 80 millions d'hectares de terres arables et plus de 1.100 minéraux et métaux précieux répertoriés, la RDC pourrait devenir l'un des pays les plus riches du continent africain et l'une de ses locomotives de croissance, si elle parvenait à surmonter son instabilité politique.²⁹

Face au défi du financement de ses infrastructures, lequel est exacerbé par la dimension du pays et l'état dégradé des routes et autres équipements portuaires et aéroportuaires, le partenariat public-privé se présente aujourd'hui comme une solution innovante pour mobiliser le fonds d'une part et amorcer le processus du développement d'autre part.³⁰ En effet, ce mécanisme permet à l'Etat de rendre un service public performant et de qualité aux usagers d'un côté et de l'autre, il offre des opportunités inouïes d'affaires pour les investisseurs. Autrement dit, le partenariat public-privé est une meilleure opportunité permettant la rencontre des intérêts respectifs des partenaires, d'une part pour l'Etat, la préservation de l'intérêt général en rendant un service public de qualité à la population et d'autre part, pour le secteur privé, le retour sur investissement et le profit. En présence des intérêts importants en jeu, la Loi consacre un régime juridique du partenariat d'affaires entre l'Etat et le privé qu'il faille examiner.

28 Présidence de la République, Plan National du Numérique, horizon 2025 pour une République Démocratique Congo connectée et performante, Kinshasa, septembre 2021, 8.

29 Rapport de la Banque Mondiale sur la RDC, diagnostic systématique pays, 2018.

30 Fédération des entreprises du Congo, consolidation de la sécurité juridique des transactions avec l'Etat : le nouveau cadre légal du partenariat public-privé en République Démocratique du Congo, Veille juridique en entreprise, N°008/DJSF/2018 de décembre 2018, p. 3.

II. Economie générale du régime juridique congolais de contrat de partenariat public-privé

En droit congolais le contrat de partenariat public-privé est soumis aux principes sacro-saints de la concurrence dans son octroi, la transparence dans les procédures d'octroi et d'exécution d'un contrat de partenariat public-privé, l'égalité de traitement des candidats et des soumissionnaires, la légalité des prestations et l'égalité des usagers à l'accès au service public; la sécurisation des investissements privés ainsi que la performance et l'efficience des prestations. Afin de bannir l'arbitrage de l'autorité contractante, la loi impose l'appel d'offres comme procédure de principe, aussi et surtout détermine en amont les critères objectifs de choix du partenaire privé et de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il y a d'un côté les règles communes à toutes les formes de contrat (1) et de l'autre, les règles propres à chacune d'elles (2).

1. Droit commun de partenariat public-privé

Nous étudierons successivement la conclusion d'un contrat de partenariat public-privé (a), les obligations réciproques des parties (b), le régime fiscal et douanier (c) et le contentieux en rapport avec le contrat de partenariat public-privé (d).

a. Conclusion du contrat

En vue de garantir la rencontre des intérêts respectifs des partenaires, à savoir : pour l'Etat, la préservation de l'intérêt général en rendant un service de qualité à la population, et pour le secteur privé, le retour sur investissement et le profit, non seulement la Loi encadre strictement la conclusion du contrat de partenariat public-privé, mais aussi impose qu'elle soit conclue par voie d'appel d'offres ouvert ou restreint. Cependant, elle peut se faire exceptionnellement selon la procédure de gré à gré uniquement lorsque la procédure d'appel d'offres lancée ne suscite aucune offre ou a été déclarée infructueuse à deux reprises et lorsque le projet ou l'infrastructure ne peut être réalisé ou exploité pour des considérations techniques ou des raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité, que par un seul opérateur économique. Elle est soumise aux préalables ci-après:

- l'identification du projet et la réalisation d'une étude de faisabilité;
- l'évaluation de l'opportunité;
- l'intégration des besoins dans le cadre d'un programme de développement et d'une programmation budgétaire;
- la planification d'un processus de mise en concurrence;
- le respect des obligations de publicité et de transparence;
- le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le choix du partenaire privé est opéré en tenant compte des critères de qualification du candidat qui sont la régularité de l'existence juridique, absence de disqualification ou

condamnation du candidat y compris ses dirigeants liée à leurs activités professionnelles, la situation régulière du candidat vis-à-vis du fisc, la douane et la sécurité sociale, – la norme de qualité éventuelle sous laquelle le candidat est inscrit; – les références contrat analogues, -et la capacité professionnelle, financière et technique d'une part, et d'autre part, d'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse qui sont notamment, le coût d'investissement, les délais d'exécution, la qualité et la rationalité du montage financier et des sources de financement, l'aptitude à assurer la qualité et la continuité du service public; les tarifs proposés aux usagers, la garantie de la durée de vie des infrastructures ou matériels proposés, l'impact environnemental et les modalités de transfert de technologie et des compétences aux congolais.³¹

En conséquence, il est interdit formellement de soumissionner, tout opérateur économique se trouvant dans l'une des hypothèses suivantes : en état de liquidation des biens ou dont la faillite ou la déconfiture est prononcée; admis en redressement judiciaire sans prouve de son habileté de poursuivre son activité; sous le coup d'une condamnation pénale ou d'une sanction prononcée par l'Autorité contractante, ou encore sous le coup d'une mesure de suspension des activités commerciales ou d'une procédure judiciaire; et disqualifié à la suite d'une procédure administrative de suspension ou radiation. Afin d'éviter tout conflit d'intérêt, la Loi fait interdiction de soumissionner à toute entreprise dans laquelle un membre de l'autorité contractante ou déléguée et de toute personne qui possède les intérêts financiers ou personnels de quelque nature que ce soit, aussi à tout prestataire de service y compris l'entreprise qui lui est affiliée ayant contribué à préparer tout ou partie des dossiers d'appel d'offres, et enfin, à toute entreprise dont l'un des cadres dirigeants a exercé une fonction de direction au sein des organes du cadre institutionnel de partenariat public-privé.

Il est évident que cette interdiction de soumissionner soit élargie à toute personne ayant des liens directs ou indirects avec l'autorité contractante ou déléguée ainsi que l'un des préposés de l'établissement public et l'autorité de régulation des marchés publics. Soulignons que le dossier d'appel d'offres comprend trois parties à savoir : les instructions données aux candidats leur fixant les règles pour la participation à l'appel d'offres, les spécifications techniques définissant les travaux, fournitures ou services, ou les termes de référence de la mission, objet du contrat; et le projet de contrat à signer contenant les droits et les obligations des parties. Pour garantir l'équilibre financier entre parties, l'attribution du contrat de partenariat public-privé s'effectue sur la base de la combinaison optimale de différents critères d'évaluation ci-dessus et le dossier d'appel d'offres. À l'issue du processus de sélection, l'Autorité contractante et le candidat retenu engagent obligatoirement des négociations sans pour autant altérer les critères de base de sélection en vue d'arrêter les termes définitifs du contrat de partenariat. Après négociation, le processus de conclusion du contrat suit la procédure ci-après:

31 Lire pour plus d'amples détails les articles 27, 28 et 29 de la Loi sur le Partenariat public-privé.

- 1) l'avis de non objection du service chargé du contrôle a priori;
- 2) la notification provisoire de l'attribution du contrat au candidat retenu et la notification du rejet des offres aux candidats non retenus par l'Autorité contractante;
- 3) le traitement des recours éventuels introduits par les candidats non retenus à l'organe chargé de la régulation;
- 4) l'approbation du contrat par l'Autorité compétente.

L'Autorité contractante, après avis de l'établissement public ou son délégué, choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, évaluée sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats et exprimés en termes monétaires. Toutefois, il convient de signaler qu'un opérateur économique peut présenter une offre spontanée à l'Autorité contractante portant sur la réalisation du projet de partenariat public-privé. Dans ce cas, il procède aux études préalables lui permettant de présenter un projet cohérent. Une offre spontanée n'est recevable que si l'Autorité contractante n'a pas fait état, à la date de la présentation de l'offre, de son intention, même éventuelle, de réaliser un tel projet ou ne peut mobiliser des capitaux à cet effet. L'Autorité contractante évalue la recevabilité de l'offre spontanée après avis conforme de l'unité de coordination de partenariat public-public. L'offre spontanée qui a été déclarée recevable est examinée par l'Autorité contractante. Si cette dernière entend lui donner suite, elle organise un appel d'offres conformément aux dispositions de la présente loi. Le candidat, auteur de l'offre spontanée, confie les études préalables qu'il a réalisées à l'Autorité contractante afin que celle-ci les mette à la disposition de tous les candidats. Le candidat, auteur de l'offre spontanée, participe à l'appel d'offres dans les mêmes conditions que les autres candidats, bénéfice néanmoins, d'une indemnité compensatoire des frais engagés.

b. Contenu du contrat de partenariat public-privé

Tout contrat de partenariat public-privé a une durée déterminée en fonction de la nature, de l'objet du contrat et du taux de rentabilité du projet afin de permettre au partenaire privé de recouvrer tous les coûts d'investissement, d'exploitation, d'entretien, les frais financiers et réaliser un bénéfice. La durée peut être prorogée, sur la base d'un avis motivé de l'Établissement public et soumis à l'approbation de l'Autorité contractante conformément aux conditions légales. Le contrat comporte les clauses suivantes : « – l'identité et la nationalité des parties; – le type de contrat de partenariat public-privé; – l'objet du contrat; – la durée du contrat et les modalités de sa prolongation; – la nature et la description des activités couvertes; – le périmètre technique et géographique et les modalités de son extension; – les modalités de financement et de remboursement du financement; – les modalités de rémunération du partenaire privé; – la description claire et précise des droits et obligations des parties et les modalités de leur mise en œuvre; – la nature juridique de la société de gestion, le montant de son capital, et l'identité de ses actionnaires, le cas échéant; – la précision et l'énumération des permis et licences nécessaires pour que le partenaire privé puisse mettre en œuvre ses obligations contractuelles; – les facilités et garanties

accordées par l’État au partenaire privé; – l’inventaire des biens meubles et immeubles faisant partie du contrat, la nature juridique et le régime de propriété de chaque bien; – les modalités de gestion et de transfert des biens, objet du contrat; – les règles applicables en matière d’occupation du domaine public; -les contours de l’obligation d’investissement; – les conditions de validité et d’entrée en vigueur du contrat; – les modalités et conditions de résiliation du contrat; – les recours et sanctions relatives aux manquements aux obligations des parties; – les modalités de suivi-évaluation; – les modalités de contrôle du contrat; et – les conditions de partage des risques. Les contrats de partenariat public-privé étant des contrats synallagmatiques, les parties respectent les engagements contractuels réciproques ci-dessous et les exécutent de bonne foi. Pour le partenaire privé :

- exécution personnelle du contrat sauf si l’Autorité contractante l’autorise à sous-traiter une partie de ses obligations;
- excepté le contrat dans lequel l’Autorité contractante assure la maîtrise d’ouvrage des travaux et des équipements, le partenaire privé s’engage à assurer la totalité du financement convenu nécessaire à la réalisation du projet;
- fournir à l’Autorité contractante le plan détaillé de financement et les sources de financement;
- le partenaire privé étranger se constitue après la signature du contrat, soit en une société commerciale de droit congolais, soit en une succursale conformément à la législation congolaise en la matière sous peine de résiliation du contrat.

L’Etat ou l’autorité contractante s’engage envers les partenaires privés à :

- mettre à disposition effective des terrains, voie d’accès, réseaux, installations et équipements utilitaires disponibles et autres périmètres et installations nécessaires à la construction, à la réhabilitation des infrastructures et dépendances du projet et à leur exploitation;
- éliminer, le cas échéant, après études et évaluation, tout empêchement majeur au bon fonctionnement des opérations de partenariat;
- faciliter leur entrée et leur séjour sur le territoire national ainsi que pour leurs préposés;
- octroyer des autorisations, licences, attestations, certificats ou d’autres documents requis par une autorité compétente, congolaise ou étrangère, pour permettre la conclusion ou l’exécution des opérations de partenariat ou de toute convention et de ses annexes ou d’en retirer les résultats;
- assurer au partenaire privé une subvention d’équilibre pour les produits ou services vendus dans l’intérêt du service public à des prix inférieurs à ceux prévus dans le contrat;
- indemniser équitablement le partenaire privé au cas où le transfert de l’ouvrage se fait en tout ou partie avant l’échéance prévue par le fait de l’Autorité contractante.

c. Régime fiscal et douanier

Consécutivement au caractère incitatif du droit congolais de partenariat public-privé, un allègement de l'impôt sur le Bénéfice et Profit de 15 % est accordé aux partenaires privés qui réalisent des investissements importants, et ce, pendant les trois premières années à compter du début de l'exploitation conformément au contrat.

d. Résiliation et contentieux

Les causes de résiliation de contrat de partenariat public-privé sont :

- 1° la force majeure dans les conditions prévues par le contrat;
- 2° le consentement mutuel des parties aux conditions prévues au contrat;
- 3° la faute grave ou la défaillance du partenaire privé;
- 4° la faute grave de l'Autorité contractante ou le déséquilibre financier du fait de cette dernière.

En cas de résiliation du contrat à l'initiative de l'Autorité contractante, une mise en demeure de 90 jours est adressée au partenaire privé, délai au-delà duquel l'Autorité contractante récupère les infrastructures et verse une indemnité financière compensatoire. Lorsque la résiliation est subséquente à l'initiative du partenaire privé du fait de l'Autorité contractante, le partenaire privé peut réclamer les dommages et intérêts à cette dernière. A la fin du contrat, le partenaire privé transfère les infrastructures réalisées et équipements acquis à l'Autorité contractante dans l'état convenu au contrat. Au cas où l'évaluation du coût de transfert est faite par le partenaire privé, l'Autorité contractante procède à une contre-expertise. Il convient de souligner cependant qu'avant le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante, celle-ci doit s'assurer d'abord que l'ouvrage est bien réalisé et entretenu, puis que son personnel a reçu la formation requise, enfin le transfert des technologies nécessaires afin d'être en mesure de poursuivre elle-même l'exploitation. S'agissant de règlement de différends, ils sont liés soit à la procédure de sélection de candidatures ou des projets, soit à la passation du contrat proprement dit, soit à son exécution, et donne droit de recours gracieux et hiérarchique à tout partenaire privé qui s'estime illégalement évincé des procédures de passation de contrat de partenariat public-privé. Le soumissionnaire exerce son recours gracieux dans les 8 jours ouvrables de la publication de la décision d'attribution provisoire du contrat de partenariat public-privé ou au plus tard 8 jours ouvrables précédant la date prévue pour le dépôt de la soumission auquel l'autorité contractante répond dans les 15 jours. Le recours hiérarchique est porté devant l'Autorité de Régulation de Marchés Publics qui répond endéans 20 jours de sa saisine à condition bien entendu que le recours gracieux soit infructueux. Il importe de noter que toute contestation est suspensive de la procédure d'attribution définitive,³² sauf si l'autorité contractante justifie l'état de nécessité tenant à la protection des intérêts essentiels de l'Etat ou la force majeure, auquel cas, la

32 Article 108, alinéa 2 in fine de la Loi sur le partenariat public-privé.

suspension est différée.³³ Indépendamment du recours juridictionnel éventuel, la décision de l'autorité de régulation des marchés publics clos la procédure d'attribution définitive du contrat, elle est immédiatement exécutoire et opposable aux parties. Pour être déferrée devant la juridiction compétente, la décision d'attribution du contrat doit manquer le fondement, être constitutive d'un manquement aux règles de probité ou fausser l'équilibre de chances entre soumissionnaires.³⁴ En cas de différends dans l'exécution d'un contrat de partenariat public-privé, la partie lésée notifie à l'autre qui y répond endéans 3 mois à compter de la réception, les motifs du différend avec éventuellement les conséquences de nature administrative, technique ou financière qui en résultent. En cas de rejet ou des propositions insatisfaisantes, la partie lésée saisit l'Autorité de Régulation des Marchés Publics pour conciliation dans un délai ne dépassant pas trois mois. Ce n'est qu'à défaut de conciliation que le différend est porté devant les Cours et tribunaux compétents ou à l'arbitrage.

2. *Formes de partenariat public-privé*

En droit congolais, ce, suivant la particularité et les conditions qui entourent la réalisation du projet, les contrats de partenariat public-privé prennent la forme de contrats de délégation de service public ou de contrat de partenariat portant sur les infrastructures du domaine public ou du domaine privé.

a. Le contrat de délégation de service public

Le contrat de délégation de service porte obligatoirement sur un service public et prend l'une de trois formes suivantes : la concession, l'affermage et la régie intéressée.

1) *La concession*

La loi définit la concession comme un mode de gestion d'un service public où un concessionnaire, partenaire privé, a le droit d'exploiter l'ouvrage en son nom et à ses risques et périls pendant une durée déterminée, en recouvrant les prix du service auprès des usagers. La concession est soit de service public ou soit de travaux publics, ou les deux à la fois.³⁵ Gérard Cornu précise qu'il s'agit d'un contrat administratif conclu par écrit, par lequel l'autorité publique concédante confie l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un opérateur économique, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou le service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit ce droit assorti d'un prix.³⁶ Contrairement à la concession de service où

33 Article 157 du décret n°10/22 du 2 juin 2010 portant manuel de procédure de la Loi relative aux marchés publics.

34 Essambo Kangashe J., *Le droit congolais des marchés publics*, harrattan, Paris, 2016, p. 149.

35 Article 65 de la Loi sur le partenariat public-privé.

36 Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd, PUF, Jouve, 2017, p. 222.

le concessionnaire n'est responsable que pour des nouveaux investissements nécessaires à l'exploitation du service et à l'entretien de l'ouvrage exclusivement, le concessionnaire des travaux publics est responsable des investissements initiaux et nouveaux. Autrement dit, le concessionnaire est responsable du financement, de la construction, de la modification ou de l'extension des constructions, ouvrages et installations ou de l'acquisition des biens nécessaires à l'exécution de l'objet du contrat, de leur exploitation et de leur entretien.

Le contrat de concession autorise le concessionnaire à occuper des parties du domaine public appartenant à l'Autorité contractante afin de réaliser, de modifier ou d'étendre les constructions, ouvrages et installations susvisés. Dans tous les cas, le contrat de concession génère des droits et obligations spécifiques pour le concessionnaire et le concédant. En effet, tout concessionnaire a droit à la rémunération du concessionnaire qui provient du recouvrement du prix de ses prestations auprès des usagers, en conséquence tenu notamment de, « développer, financer, construire les ouvrages et acquérir les équipements, exploiter et entretenir le service conformément au contrat. Il sauvegarde, au cours de l'exécution du contrat et jusqu'à son terme, les constructions, ouvrages et installations nécessaires à l'exécution et à la gestion de l'objet du contrat; il assume la responsabilité de la gestion et de l'organisation du travail du service public, objet du contrat, puis en assure conformément à la législation en vigueur, sa responsabilité civile pendant toute la durée de la concession ».³⁷

En contrepartie, le concédant a droit à une redevance annuelle pour la mise à disposition des biens concédés et pour l'occupation du domaine public loué. Il bénéficie d'un droit de rachat de la concession, après l'expiration d'une période précisée dans le contrat et avant le terme échu, assortie d'une indemnité compensatoire au concessionnaire du préjudice subi. Outre le contrôle exercé par l'État ou les autres organismes en vertu de la loi, le concédant se réserve le droit, d'une manière permanente, d'exercer un pouvoir général de contrôle économique, technique et financier inhérent aux obligations découlant du contrat. Quant aux obligations, le concédant garantit au concessionnaire la possession et la jouissance paisible de l'ouvrage et ses dépendances pour la durée du contrat sans interruption ni trouble de sa part, de tout tiers ou ayant droit. Si le contrat a pour objet un service public géré directement par le concédant, le concessionnaire reprend le personnel dudit service et maintient ses droits acquis,³⁸ sauf stipulations contraires du contrat. S'agissant enfin, du régime des biens de la concession, ils sont classés en biens de retour, biens de reprise et biens propres. Tous font l'objet d'un inventaire figurant en annexe au contrat.

2) *L'affermage*

Un contrat par lequel l'Autorité contractante charge le fermier, d'assurer l'exploitation du service et d'entretenir les ouvrages qui lui sont remis. Ce dernier verse une redevance à

37 Pour dire mieux, il assume l'essentiel des risques découlant de l'exécution de l'objet du contrat.

38 Article 72 et suivent de la Loi sur le partenariat public-privé. Notons cependant que le concédant prend en charge les droits du personnel non repris par le concessionnaire.

l’Autorité contractante au titre de l’exploitation de l’ouvrage affermé et est rémunéré par les recettes versées par les usagers. L’Autorité contractante assure le financement, la réalisation des ouvrages et l’acquisition des équipements en vue de l’exploitation du service. Selon la doctrine, l’affermage est le nom donné à une catégorie de contrat administratif par lequel l’administration concède à un particulier moyennant une redevance appelée fermage, le droit de percevoir des taxes ou la gestion d’un service public et commercial. A la différence de la concession, le fermier est rémunéré sur une base forfaitaire, et n’a pas à fournir les installations ou les ouvrages nécessaires.³⁹

3) La régie intéressée.

Aux termes de l’article 87 de la Loi sur le partenariat public-privé, « la régie intéressée est un contrat par lequel l’Autorité contractante finance elle-même l’établissement d’un service public, mais en confie la gestion à une personne privée qui en est rémunérée par ladite Autorité, tout en étant intéressée aux résultats en termes soit des économies réalisées, soit des gains de productivité ou soit encore de l’amélioration de la qualité du service ». Elucidons avec doyen Gérard Cornu que c’est un mode de gestion d’un service public dérivé de la concession, assuré par un régisseur n’en supportant les risques, mais intéressé financièrement aux résultats de l’exploitation.⁴⁰ Il est important de noter que service public continue d’être exploité au nom de l’Autorité contractante qui assure les investissements et en assume le risque d’exploitation, alors que le régisseur est responsable de tous les travaux d’entretien ou de gestion du service, à l’exclusion des travaux importants et tire sa rémunération des résultats de l’exploitation.

b. Contrat de partenariat

Le contrat de partenariat est celui par lequel l’Autorité contractante confie à un tiers, partenaire privé rémunéré par elle sur base du résultat de l’exploitation et ou sur les recettes connexes, pour une période déterminée, une mission globale ayant pour objet le financement partiel ou total de construction ou de transformation, d’entretien, de maintenance, d’exploitation ou de gestion d’ouvrages, d’équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l’exploitation de l’activité, à l’exception de toute participation au capital.⁴¹ Il faut souligner que les accords de longue durée, ayant pour objet l’exploitation des ressources naturelles, en contrepartie de la construction des infrastructures dans lesquels le partenaire privé a une mission globale notamment de financement et de conception d’ouvrages ou d’acquisition d’équipements, constituent des contrats de partenariat.⁴² Il

39 Gérard Cornu, op.cit., p. 43.

40 Gérard Cornu, op. cit., p. 879.

41 Voir l’article 92 de la Loi sur le partenariat public-privé.

42 Article 4, idem.

inclus, renchérit la Loi, un mandat confiant au partenaire privé le soin d'encaisser, au nom et pour le compte de l'Autorité contractante, le paiement des prestations ou services publics à recouvrer auprès de tout usager.⁴³ Le droit congolais interdit strictement à l'autorité de contracter avec une personne de droit privé dans laquelle une ou plusieurs personnes publiques détiennent directement ou indirectement, seules ou ensemble, la participation. Il faut noter que tout projet de partenariat comporte au préalable l'obligation d'une évaluation comparative de différentes options par l'Autorité contractante, justifiant du recours au partenariat global au lieu d'autres formes suivant les critères alternatifs ci-après : qu'elle n'est pas en mesure, suite à la complexité du projet, de définir seule et à l'avance les moyens techniques précis et complets répondant aux besoins dudit projet ou d'en établir le montage juridique et /ou financier, soit qu'elle est incapable de financer seule la réalisation des ouvrages ou infrastructures d'intérêt général, soit enfin, qu'il a été constaté des insuffisances ou observé des difficultés, dans la réalisation de projets comparables sous d'autres formes contractuelles, compte tenu des exigences spécifiques, dûment motivées, du service public dont l'Autorité contractante est chargée.

Outre les dispositions communes à toutes les formes de partenariat public-privé ci-dessus le contrat de partenariat comporte les clauses relatives à la détermination de l'assiette de calcul des créances se rapportant aux coûts d'investissement, de financement et d'exploitation entrant dans le calcul du montant du loyer ainsi que de la fixation des critères permettant leur révision; – aux recettes que le partenaire privé peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de l'Autorité contractante et enfin, aux conditions financières de la remise en pleine propriété, à l'Autorité contractante, des biens, objet du contrat global, si les constructions, ouvrages et installations prévus au contrat sont édifiés sur des emprises privées.⁴⁴

III. Portée du régime juridique congolais de partenariat public-privé

Le régime juridique congolais du partenariat public-privé comporte l'avantage d'être à la fois incitatif (1), transparent (2), sécurisant (3) et susceptible d'impulser le développement économique et social du pays (4).

1. Un régime juridique attractif

L'attractivité de ce régime juridique découle de la ferme volonté de l'Etat congolais de faire participer le secteur privé au développement du pays. En effet, la constitution consacre le principe de la sacralité de la propriété privée et en conséquence impose à l'Etat l'obligation de garantir le droit à l'initiative privée aux nationaux et étrangers, d'encourager et veiller à

43 Article 93, de la même Loi.

44 Article 101, op. cit.

la sécurité des investissements privés nationaux et étrangers.⁴⁵ La libération de l'économie, l'amélioration du climat des affaires surtout l'institution d'un régime fiscal et douanier dérogatoire en sont des indicateurs très éloquents. C'est ainsi qu'un allégement de l'impôt sur le bénéfice et profit de 15 % est accordé aux partenaires privés qui réalisent des investissements importants, et ce, pendant les trois premières années à compter du début de l'exploitation effective.⁴⁶

2. Libre accès, égalité des candidats et la transparence

Tiré du principe de la libre concurrence que postule tout achat public, le libre accès au projet de partenariat public-privé impose à l'autorité contractante l'ouverture de la compétition à tout opérateur économique remplissant les conditions de choix prévues dans le dossier d'appel d'offres qui peut se concourir et se faire attribuer un contrat de partenariat public-privé.⁴⁷ Lorsqu'elle se proscrit en effet, d'organiser la procédure, l'autorité contractante se doit de faire bénéficier à toute personne intéressée les mêmes chances et opportunités. La liberté d'accès interdit les restrictions qui écartent certaines catégories de candidats ou de soumissionnaires en se fondant sur des considérations contraires à la loi. L'égalité des candidats exige de l'autorité contractante la neutralité et l'impartialité à l'égard de tous les soumissionnaires. Elle doit, s'agissant de l'établissement des offres, mettre tous les partenaires privés concurrents en situation d'égalité au regard des informations nécessaires au projet. Le traitement égalitaire des candidats soumet l'autorité contractante à s'abstenir de toute mesure discriminatoire à l'égard d'un candidat.

L'application du principe connaît une altération découlant de la notion de « préférence nationale ». La loi dispose que « sans préjudice des dispositions particulières, le partenaire privé privilégie le recrutement des nationaux à compétence égale à celui des étrangers ».⁴⁸ S'agissant de la transparence, elle est assise sur l'exigence de la publicité qu'accompagne tout processus de partenariat public-privé, elle influence sur l'appréciation globale de l'offre et l'attribution du contrat sous peine de nullité de la procédure⁴⁹. La transparence dans les procédures d'octroi et d'exécution du contrat de partenariat public-privé se traduit notamment par la diffusion suffisante et largement à l'avance des besoins par l'autorité contractante, de façon à garantir l'accès au contrat de partenariat public-privé du plus grand nombre de candidats; la possibilité de prendre connaissance des règles effectivement appliquées à travers des textes clairs, y compris l'usage de documents standards, qui facilitent

45 Voir les articles 34 et 35 de la Constitution de la République Démocratique du Congo telle que modifiée par la Loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la RDC du 18 février 2006, journal officiel de la République Démocratique du Congo, n° spécial 5 février 2011.

46 Article 104 de la - Loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé.

47 Article 8, *idem*.

48 Article 12, *idem*.

49 Article 33, *idem*.

le contrôle à priori et à posteriori du respect de ces règles; l'ouverture publique des offres et la publication des résultats qui permettent le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution des contrats; le droit de recours en cas de non-respect des règles d'octroi et de l'exécution du contrat et le bannissement de toute forme de fraude et de corruption dans l'octroi et l'exécution du contrat.

3. Un régime juridique équilibrant et sécurisant

En vue de garantir les intérêts en jeu, d'une part pour l'Etat, la préservation de l'intérêt général en rendant un service public de qualité à la population et d'autre part, pour le secteur privé, le retour sur investissement et le profit, la loi institue quatre formes contractuelles de nature administrative que désormais, l'Etat doit recourir aux partenaires privés. Les contrats de partenariat public-privé sont des contrats synallagmatiques assortis des obligations réciproques entre l'Etat et les partenaires privés auxquelles la violation dont droit à une indemnité compensatoire pour la victime. Ainsi, tout contrat de partenariat public-privé prévoit les mécanismes garantissant l'équilibre financier entre les parties suivant la nature et l'ampleur des risques. Et l'expropriation pour cause d'utilité publique n'est envisagée qu'en cas de risque naturel majeur ou pour des raisons relatives à la sécurité nationale, auquel cas, l'Etat doit au partenaire privé une juste et équitable indemnité.⁵⁰ L'attribution du contrat de partenariat public-privé s'effectue sur la base de la combinaison optimale de différents critères d'évaluation prévus dans la loi et le dossier d'appel d'offres. Toutefois astreint l'autorité contractante. La Loi impose qu'à l'issue du processus de sélection, l'autorité contractante et le candidat retenu engagent obligatoirement des négociations en vue d'arrêter les termes définitifs du contrat sous-réserve bien entendu des clauses substantielles des contrats de partenariat antérieurement déterminées par le législateur. Après négociation, il faudra recueillir l'avis de non-objection du service chargé de contrôle à priori, notifier provisoirement l'attribution au soumissionnaire retenu, notification du rejet des offres aux non retenus par l'autorité contractante suivi du traitement des éventuels recours introduits par ces derniers à l'organe chargé de régulation et fins recueillir l'approbation du contrat par l'autorité compétente; l'objectif étant de bannir les contrats léonins. En contrepartie du droit de contrôle général reconnu à l'Etat et ses organismes sur l'exécution du contrat, l'État est à l'obligation de garantir l'exécution effective du contrat, conformément à sa durée et aux engagements des parties, quels que soient les changements du cadre légal et réglementaire régissant ledit contrat ou les changements intervenus dans la direction de l'Etat ou de l'Autorité contractante. Ce faisant, le droit de partenariat public-privé vise à renforcer la sécurité juridique et judiciaire. En ce sens, il offre un cadre juridique sécurisant qui assure notamment aux partenaires privés la rentabilité de leurs investissements.⁵¹

50 Article 61 de la Loi n°018/016 du 09 juillet 20018 relative au partenariat public-privé.

51 Voir à ce sujet notamment, la Loi n°018/016 du 09 juillet 20018 relative au partenariat public-privé où d'ailleurs cela se vérifie sans embase d'els son exposé des motifs.

4. Un régime juridique efficace

La conclusion du contrat de partenariat public-privé suit un schéma rigoureux ayant pour but d’assurer l’efficacité du projet à double niveau : sa rentabilité pour le partenaire privé d’abord, et la qualité des ouvrages qui en découlent pour l’Etat et ses usagers ensuite. En effet, la conclusion du contrat de partenariat public-privé est soumise aux préalables ci-après :

L’identification du projet et la réalisation d’une étude de faisabilité; l’évaluation de l’opportunité; l’intégration des besoins dans le cadre d’un programme de développement et d’une programmation budgétaire; le choix de l’offre économiquement la plus avantageuse. Par ailleurs, tout dossier d’appel d’offres en matière de Partenariat Public – Privé est toujours précédé d’une étape de pré qualification obligatoire pour permettre à la personne publique de se choisir la personne qui convient au vu du montage juridique, financier et technique du projet.

5. Un régime juridique qui requiert l’interdisciplinarité et la planification gage du développement

Son interdisciplinarité s’explique en ce sens qu’en tant qu’une nouvelle forme de management de gouvernance publique, la collaboration public-privé requiert le mixage des règles juridiques de deux secteurs autrefois opposés. Ce faisant plusieurs disciplines juridiques entrent en musique notamment, le droit administratif, le droit des marchés publics, le droit économique, le droit de l’investissement, le droit commercial. Dans le but d’assurer le développement du pays, la loi impose au pouvoir public à tous les niveaux de l’Etat (pouvoir central, provincial et municipal) de concevoir un plan de développement et en assurer la mise en œuvre dans lesquels les projets de partenariat public-privé tirent leur soubassement. C’est ainsi que tout contrat de partenariat public-privé prévoit les objectifs de performance et d’efficience des prestations à atteindre par le partenaire privé. La performance est appréciée notamment en fonction de la qualité des prestations des services, du prix appliqué aux usagers, de la qualité, de la durabilité ainsi que de l’efficacité et de l’efficience des ouvrages, équipements et des installations.

Le corolaire de l’obligation d’un plan de développement public-privé qui pèse sur l’autorité contractante est en effet que tout contrat de partenariat public-privé est conclu sur base d’un appel d’offres auquel l’offre économiquement plus avantageuse de l’un des soumissionnaires aura été retenue. Le candidat peut cependant, présenter une offre spontanée à l’Autorité contractante portant sur la réalisation du projet de partenariat public-privé. L’offre spontanée doit être accompagnée des études préalables afin que l’autorité contractante les mette à la concurrence d’autres candidats.

IV. Limite du régime juridique Congolais de partenariat public-privé

Il est évident de citer au nombre de limite: la non retroactivité absolue de cette loi (1) la mise en concurrence de l'offre spontanée (2), cadre institutionnel controversé (3).

1. Non retroactivité absolue de la loi sur le partenariat public-privé

La première limite tient à son inapplicabilité formelle aux contrats de partenariat public-privé antérieurs à la promulgation de loi. S'il est vrai que la loi ne rétroagit pas, in n'en demeure pas moins qu'il faut relativiser la règle. En effet, le législateur moderne aménage judicieusement la portée de ce principe de la non rétroactivité en instituant l'obligation de conversion ou harmonisation ou modifications des anciens contrats afin de se conformer aux nouvelles exigences légales. C'est le cas notamment de l'harmonisation des statuts des sociétés commerciales créées avant l'avènement du droit OHADA et la conversion de livret de logeur au titre de concession en droit foncier congolais. Ne l'ayant fait, beaucoup de contrats conclus antérieurement et en cours d'exécution en la matière échappent à son l'entreprise, pourtant, il est mis pour garantir les intérêts réciproques de l'Etat et des partenaires privés. En réalité, la plupart des contrats antérieurs à la loi de 2018 sont conclus suivant les conditions qui ne garantissent l'intérêt général, gérés en toute opacité, ce sont des contrats léonins et ne profitent qu'aux particuliers, par conséquent méritent d'être requalifiés.

2. Mise en concurrence de l'offre spontanée

Comme dit précédemment, subsidiairement à la procédure de principe de conclusion de contrat de partenariat public-privé (appel d'offre) par laquelle l'autorité contractante a le monopole d'initiative, le législateur laisse cependant la possibilité au partenaire privé de présenter une offre spontanée. Dès lors qu'une offre spontanée d'un candidat doit obligatoirement être mise en concurrence par la procédure d'appel d'offres où son auteur est traité aux mêmes conditions que d'autres soumissionnaires nonobstant qu'il bénéficie néanmoins d'une indemnité compensatoire des frais engagés, l'on peut bien évidemment douter du dénouement de cette voie. Le législateur aurait dû dispenser, à notre avis, l'offre spontanée de l'appel d'offre en procédant par la procédure de gré-à-gré. Celle-ci permettrait au secteur privé de suppléer à la faible planification de l'Etat sachant que la plupart de nos provinces et entités territoriales décentralisées ne disposent d'aucun plan de développement.

3. Cadre institutionnel controversé

L'applicabilité de la loi relative aux partenariats public-privé reste liée essentiellement à son cadre institutionnel. Cette loi a instauré le même régime juridique applicable à la délégation de service public instituée par la loi N°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics dont le champ d'application s'étendait jusqu'aux conventions de délégation de service public. Aujourd'hui, le cadre institutionnel prévu par la loi relative aux marchés

publics et celui institué par la loi relative au partenariat public-privé coexistent ensemble, bien que la loi relative au partenariat public-privé n'a abrogé aucune disposition de la loi relative aux marchés publics applicable à la délégation de service public.

En revanche, la loi relative au partenariat public-privé a institué un nouveau cadre institutionnel pour la préparation, la gestion, le contrôle et la régulation des contrats de partenariat public-privé dont la concession, la régie intéressée et l'affermage sans en modifier ni la forme ni le contenu de la délégation de service public telle qu'édictée par la loi relative aux marchés publics. Aujourd'hui, l'on s'interroge sur l'opportunité de la délégation de service public, mieux sa nature juridique actuelle depuis l'institution du contrat de partenariat public-privé. Autrement dit, pourrait-on encore parler de la délégation de service public alors qu'une nouvelle loi venait d'instituer le contrat de partenariat public-privé avec les mêmes variantes que prévoit la délégation de service public. D'autre part, la loi relative au partenariat public-privé a instauré un nouveau cadre institutionnel mais qui présente des similitudes avec le cadre institutionnel de la délégation de service public. Ce nouveau cadre institutionnel comprend : le pouvoir central, la province et l'entité territoriale décentralisée; l'Autorité contractante; l'établissement public; l'autorité de régulation des marchés publics; l'autorité approbatrice.

Dans la pratique, l'Autorité contractante s'entend comme toute personne morale de droit public ou personne morale de droit privé ou son délégué, chargée de définir les projets publics du secteur sous sa responsabilité, de les préparer et d'en planifier la réalisation, d'en suivre et d'en contrôler l'exécution. En l'espèce, c'est elle qui conclut avec le partenaire privé un contrat de délégation de service public de concession, de régie intéressée ou de l'affermage. Soit un contrat de partenariat. Outre l'Autorité contractante, la loi a aussi créé l'établissement public, placé sous la tutelle du Ministre en charge du plan.

En Province de l'Ituri, le Gouvernement provincial a, en 2021 lancé plusieurs appels à candidature pour les concessions des études techniques, financières, de gestion et de construction d'infrastructures en PPP. Mais, faute d'un cadre institutionnel cohérent, certains l'ont été par le ministère sectoriel, d'autres par le Gouverneur de province, d'autres encore par le Ministre provincial en charge du plan. En définitif, tous ces projets ont été annulés par l'Autorité de régulation des marchés publics. Par ailleurs, l'Autorité de régulation des marchés publics a été instituée par la loi relative des marchés publics en tant qu'organe de contrôle à postériori de passation des marchés et délégations de service public. Mais la loi relative au partenariat public-privé donne à l'ARMP le pouvoir du contrôle à priori et à postériori à la fois.

Par ailleurs, la non vurgarisation de ce régime juridique est de nature à compromettre sa portée dans la mesure où certains ou (la pluparts) projets auraient été soustraits, par l'ignorance des parties contractantes, de son emprise dont ils relèvent par essence au profit notamment du droit des obligations et de marchés publics. La construction du Stade omnisport de la ville Boende dans la Province de la Tshuapa par la Fondation Widal sur base d'une convention inconnue signée avec le Gouverneur de Province en est le cas le plus illustratif.

Conclusion

Faces aux besoins du pays en termes d'infrastructures et d'équipements, l'impact de ces derniers sur son développement et les coûts importants que requièrent leur financement, le partenariat public-privé se présente aujourd'hui comme une solution innovante pour mobiliser le fonds d'une part et amorcer le processus du développement d'autre part. En effet, ce mécanisme permet à l'Etat de rendre un service public performant et de qualité aux usagers d'un côté et de l'autre, il offre beaucoup d'opportunités importantes d'affaires pour les investisseurs. C'est pourquoi la Loi n°18-016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé consacre un régime juridique nécessairement lié à l'enjeu du développement du pays. Il s'ensuit que la portée du régime juridique ainsi institué, est à rechercher autours de ses caractéristiques intrinsèques, à savoir : la transparence, la concurrence, l'égalité, l'objectivité, sécurité ainsi l'interdépendance d'obligations des partenaires et l'équilibre financier.

Il convient cependant, de nous réserver sur l'efficacité de l'institution de l'offre spontanée dans la mesure où son auteur se verra soumettre à la concurrence par la procédure d'appel d'offre. Elle paraît non avantageuse à son égard bien que bénéficiant de l'indemnité compensatoire de frais engagés au regard de l'exigence d'études préalables lui permettant de présenter un projet réalisable. Pourquoi ne pas le soumettre à la procédure de gré à gré afin d'inciter les acteurs privés de suppléer à l'insuffisance voire carence de planification de l'autorité contractante.

L'effectivité, efficacité et l'efficience de ce régime juridique dépendent principalement de la qualité du travail de son cadre institutionnel qui est constitué des institutions et organismes chargés de la conception du plan de développement national et de la gestion des investissements, de conseil, de conclusion, d'approbation, de régulation et de contrôle des partenariats publics-privés. Toutefois, le retard accumulé pour l'opérationnalisation dudit cadre insitutionnel laisse à désirer.