

**Mouhamadou Moustapha Aidara**  
**Agrégé des Facultés de droit,**  
**Université Gaston Berger de Saint-Louis**

## **Les limites de l'encadrement juridique du partenariat public-privé au Sénégal**

Quelques années après la première alternance intervenue à la tête de l'Etat en 2000<sup>[1]</sup>, les autorités exécutives sénégalaises se sont rendu compte que, s'il existe une réglementation « moderne et transparente<sup>[2]</sup> » pour l'achat public, le droit national demeure, en revanche, dépourvu d'un cadre juridique permettant de nouer des partenariats entre les personnes publiques et les opérateurs privés en vue de réaliser ou d'exploiter des projets d'infrastructures d'intérêt public.

Cette carence est d'autant plus préoccupante que le Sénégal s'est engagé dans la voie de la réalisation de grands travaux pour son développement économique et social dans le cadre d'une nouvelle vision définie par le programme du Nouveau Partenariat pour le Développement de l'Afrique (NEPAD)<sup>[3]</sup>. Pour y remédier, l'Assemblée nationale sera saisie pour voter une loi relative aux contrats de Construction, d'Exploitation et de Transfert d'infrastructures dénommée *Loi CET*<sup>3</sup>. L'objectif poursuivi est de doter l'Etat d'un cadre juridique « moderne et sécurisé », permettant désormais l'établissement de partenariats public-privé pour la réalisation des projets d'équipements dans des conditions assurant une plus grande transparence et une efficacité économique accrue<sup>[4]</sup>. Il s'agit de créer, à côté des marchés publics et des conventions de délégation de service public, une nouvelle catégorie de contrats administratifs afin d'équiper le pays, dans la célérité, d'infrastructures structurantes pour son développement.

Le partenariat public-privé se présente alors comme une nouvelle forme de contrat introduit par la loi de 2004, bien avant l'ordonnance française<sup>[5]</sup>, destinée à attirer des investissements privés en vue de concevoir, de construire, d'exploiter et de mettre à la disposition des usagers des équipements et des ouvrages publics de plus en plus sophistiqués. La formule moderne du partenariat public-privé est née en Grande-Bretagne dans les années 1990, lorsque le gouvernement conservateur décida d'initier une nouvelle politique financière ou « *Private Finance Initiative* » qui sera reconduite par le Gouvernement travailliste plus tard sous la dénomination « *Public Private Partnership* ». L'objectif visé est d'associer le secteur privé, soit dans la construction d'infrastructures, soit dans l'exécution de services publics.<sup>[6]</sup>

C'est dans cette lancée, que le législateur sénégalais fixe les conditions techniques, juridiques et financières selon lesquelles l'opérateur économique sera sélectionné par l'Etat. La loi CET crée aussi, d'une part, un Conseil des infrastructures chargé d'évaluer la conformité du projet au regard des politiques de l'Etat en matière de développement des infrastructures, des normes environnementales et d'aménagement du territoire<sup>[7]</sup> et, d'autre part, une Commission d'Appel d'Offres<sup>[8]</sup> chargée d'évaluer les propositions techniques faites par les opérateurs et de se prononcer, le cas échéant, sur leur conformité.

Mais, avant même l'application de la loi, deux importantes directives communautaires seront adoptées par l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA). Il s'agit, d'une part, de la directive n°04/2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public<sup>[9]</sup>, et d'autre part, de la directive n°05/2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union<sup>[10]</sup>.

Le premier texte communautaire envisage une réforme profonde des systèmes de passation des marchés publics et des délégations de service public dans les Etats membres de l'UEMOA en vue d'en accroître la transparence et l'efficacité. Il s'agit notamment de libéraliser l'accès à la commande publique, de garantir l'égalité de traitement des candidats, de rendre les procédures de passation rationnelles, transparentes et traçables.

Quant à la seconde directive, elle part du constat que les systèmes de passation des marchés publics et des délégations de service public des Etats membres de l'UEMOA présentent, au plan institutionnel, tant en matière de contrôle que de régulation des procédures, des faiblesses telles qu'il soit urgent de les réformer. Elle envisage alors de déterminer un régime de contrôle et de régulation des marchés publics et des délégations de service public. C'est ainsi qu'elle définit les principes et les modalités de mise en œuvre des fonctions, mécanismes et procédures de leur contrôle et de leur régulation dans l'espace de l'UEMOA. Elle prévoit aussi un dispositif éthique<sup>[11]</sup> et aménage des recours contre ou devant l'autorité contractante<sup>[12]</sup>.

Développant une approche libérale, ces directives communautaires africaines, inspirées de celles adoptées par la communauté européenne<sup>[13]</sup>, consacrent des principes essentiels auxquels les Etats membres conviennent de donner force de loi : définition préalable des besoins, transparence, respect des règles d'éthique, interdiction d'instauration de procédures dérogatoires.<sup>[14]</sup>

La transposition de ces directives dans le droit national s'est traduit, en 2006, par la décision du législateur sénégalais de modifier le Code des Obligations de l'Administration (COA) adopté depuis 1965<sup>[15]</sup> concernant notamment la passation des marchés publics et des contrats

portant participation du cocontractant d'une personne publique à l'exécution d'un service public.

Pour la première fois, le contrat de partenariat sera consacré et, selon la nouvelle rédaction de l'article 10 du COA <sup>[16]</sup>, il est défini comme un contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée, une mission globale comprenant « le financement et la réalisation, y compris la construction, la réhabilitation ou la transformation, d'investissements matériels ou immatériels, ainsi que leur entretien, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, d'autres prestations, qui concourent à l'exercice par la personne publique concernée de la mission de service public dont elle est chargée.». En contrepartie, le cocontractant de l'Etat reçoit une rémunération échelonnée ou différée.

Désormais, le contrat de partenariat coexiste avec la loi de 2004 relative au CET, qui est plutôt orientée vers l'acquisition par les collectivités publiques d'infrastructures sur le domaine public. Mais en 2009, des limites sont apparues dans l'encadrement institutionnel et juridique du partenariat public-privé et une modification de la loi de 2004 s'avèra nécessaire <sup>[17]</sup>. Désormais, la procédure de passation de contrat d'exploitation et de transfert ne pourra être engagée par l'autorité concédante qu'après avoir recueilli au préalable l'avis du Conseil des Infrastructures, du Ministère de l'Economie et des Finances et après autorisation donnée par décret.

Deux ans plus tard, en 2011, le législateur sénégalais constate que le financement du partenariat comporte des risques dont la gestion requiert des conventions autonomes ou additionnelles au contrat de base et que la loi CET reste muette par rapport à la prise en compte des marchés complémentaires et des avenants à conclure éventuellement. La loi de 2004 sur les CET sera alors modifiée pour insérer des dispositions additionnelles permettant de passer soit des marchés complémentaires par entente directe soit un avenant après avis de certains organes <sup>[18]</sup>. Mais cette adaptation révélera aussi ses limites, ce qui prouve sans doute que le domaine du partenariat public privé est complexe et évolutif et requiert un cadre juridique non encore fixé au Sénégal. En effet, en 2014, la mise en œuvre d'importants projets d'infrastructures structurantes nécessita la mobilisation de moyens financiers considérables que le budget de l'Etat ne put supporter, dans un contexte marqué par une baisse de l'aide au développement et une croissance insuffisante. Les autorités se rendent compte qu'un changement de stratégie dans la satisfaction des besoins de financement de l'économie nationale s'impose. Face à un besoin croissant de financement d'ouvrages ou d'équipements nécessaires à l'exercice des missions de service public et après une dizaine d'années d'application, il a été jugé nécessaire de procéder à une évaluation du cadre institutionnel et juridique de la loi CET <sup>[19]</sup>.

Cette évaluation a mis en exergue un champ d'application très restreint de la loi qui se résume aux seules infrastructures constituant des dépendances du domaine public artificiel. Elle a aussi débouché sur la formulation de nombreuses recommandations concernant notamment

l'élargissement du domaine de la loi afin de couvrir l'ensemble des secteurs prioritaires et la création d'une instance d'appui à la mise en œuvre des partenariats public-privé<sup>[20]</sup>. Concrètement, en 2014, une loi spécifique relative aux contrats de partenariat sera votée<sup>[21]</sup>.

A l'analyse, l'encadrement juridique du partenariat public-privé au Sénégal, tel qu'il est déterminé par la loi de 2014 pose la question fondamentale de la capacité des formules du droit public sénégalais à mobiliser les investisseurs. La réforme du cadre juridique est-elle pertinente ? La question se pose dans la mesure où, les enjeux qui s'y attachent, sont importants et comportent plusieurs dimensions.

En premier lieu, le partenariat est conçu comme une technique dont la finalité est de permettre de s'ouvrir aux entreprises de droit communautaire en les obligeant à associer l'actionnariat national dans la réalisation de projets<sup>[22]</sup>. Pour ce faire, il faut déterminer un cadre juridique cohérent.

En deuxième lieu, le contrat de partenariat vise à favoriser un transfert de technologie par l'opérateur privé choisi qui est incité, à cet effet, à privilégier la main d'œuvre locale. La réussite de ce transfert dépend de la clarté de l'articulation des clauses du contrat.

En dernier lieu, le partenariat est envisagé comme devant rendre attractif le territoire national aux investissements du secteur privé national pour réaliser de grands projets. Il s'agit d'un pari qui dépendra en grande partie de la flexibilité et de l'adaptabilité du contrat de partenariat.

Positivement, la loi de 2014 donne au contrat de partenariat une définition différente de celle retenue dans la loi de 2006 évoquée, modifiant le COA. En effet, elle conçoit le contrat de partenariat comme ayant pour objet de confier à un opérateur privé, en contrepartie d'une rémunération, une mission globale comprenant notamment la construction, la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public dont l'autorité contractante a la charge<sup>[23]</sup>. Il peut aussi, ajoute le législateur, avoir pour objet « tout ou partie de la *conception* de ces derniers ainsi que des prestations de service concourant à l'exercice de la mission de service public dont est chargée la personne publique ». Le cocontractant assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. Mais paradoxalement, le dernier paragraphe de l'article 6 ajoute que « lorsqu'un contrat de partenariat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée », le titulaire dispose de droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. La loi lui confère les prérogatives et obligations d'un propriétaire dans le but de garantir « l'intégrité et l'affectation<sup>[24]</sup> » du domaine public.

Le partenariat englobe donc plusieurs montages contractuels. Au départ, il se résumait aux contrats de *construction exploitation transfert* mais avec la loi de 2014, il s'étend à de nouvelles techniques conventionnelles destinées à attirer des capitaux privés vers le financement d'ouvrages ou de missions d'utilité publique<sup>[25]</sup>.

Mais le législateur a abrogé la loi de 2004 sur les contrats de construction et d'exploitation modifiée en 2009 et en 2011<sup>[26]</sup>. Il a aussi abrogé aussi les dispositions de la loi du 30 juin 2006 relatives aux contrats de partenariat afin de ne soumettre ces derniers qu'au régime défini par la loi de 2014<sup>[27]</sup>.

Dans cette lancée, un nouveau Code des marchés publics sera publié dans la même année<sup>[28]</sup>. Le législateur supprime ainsi toutes les dispositions portant sur les procédures applicables aux contrats de partenariat en excluant toutefois les contrats ayant pour objet de faire participer des cocontractants des personnes publiques à l'exécution d'un service public lesquels continuent d'être soumis aux règles de passation et de contrôle prévues par le Code des marchés publics<sup>[29]</sup>.

Certes, le législateur sénégalais apporte quelques innovations à travers la loi de 2014 par la mise en place d'organismes de gouvernance des contrats de partenariat<sup>[30]</sup> et une certaine harmonisation des procédures de passation, mais il reste que le contrat de partenariat complexifie le droit de la commande publique. Au fond, le partenariat postule que les personnes publiques et les opérateurs privés qui s'engagent à réaliser des biens ou des services incombant par nature aux premières trouveront ensemble des avantages réciproques à la mise en commun d'un savoir-faire propre à chacun. Le partenariat public privé cherche à construire une relation entre les parties de façon à ce que le risque soit toujours supporté par la partie qui en a la meilleure maîtrise<sup>[31]</sup>.

D'une manière générale, la doctrine distingue entre plusieurs types de contrat de partenariat dont deux méritent l'attention. Il existe, en effet, un partenariat contractuel qui repose sur une logique fonctionnelle, c'est-à-dire la collaboration d'un opérateur économique privé avec une ou plusieurs personnes publiques en vue d'accomplir des missions ou des opérations d'intérêt général, et une autre forme de contrat de partenariat destiné à valoriser le domaine public, sans remettre en cause les règles classiques de protection domaniale<sup>[32]</sup>.

En abrogeant la loi de 2004 sur les Contrats Exploitation Transfert, il était possible de mettre en place un dispositif permettant d'encadrer le partenariat public-privé à paiement différé et celui à caractère concessif pour plus de lisibilité et de cohérence. Le législateur a plutôt opté pour une autre solution rendant le régime du partenariat assez lacunaire. En effet, le contrat de partenariat, tel qu'il est défini, constitue un instrument d'encadrement limité du partenariat public privé (I) et reste inadapté au droit domanial en vigueur (II).

## **I. Le contrat de partenariat, un instrument d'encadrement limité du partenariat public-privé**

La loi de 2014 relative au contrat de partenariat est fortement inspirée de l'ordonnance française du 17 juin 2004<sup>[33]</sup>, même si le législateur sénégalais avait devancé son homologue français en votant dès le 12 février 2004 la loi Contrat Exploitation Transfert pour organiser, pour la première fois, le partenariat public-privé. Elle donne les caractéristiques, formes et contenu des contrats de partenariat et met en place des organismes de gouvernance. Elle fixe les principes généraux de leur passation et détermine leurs régimes d'exécution, de règlement des litiges et d'audit.<sup>[34] [35]</sup> D'une manière générale, le régime défini est assez exhaustif. Cependant, l'encadrement est doublement limité parce que, d'une part, la formulation des conditions de recours au contrat de partenariat présente des insuffisances (A), d'autre part, les règles régissant la procédure de passation sont imprécises (B).

### **A) Les insuffisances dans la formulation des conditions de recours au contrat de partenariat**

La loi de 2014 pose une condition préalable et trois conditions alternatives. Avant de conclure un contrat de partenariat, l'autorité contractante doit, au préalable, procéder à une évaluation qui doit être élaborée avec le concours du Comité national d'appui aux partenariats public-privé<sup>[36]</sup>.

Une fois l'évaluation établie, le recours au contrat de partenariat suppose qu'une de ces trois conditions soit réunie : la complexité, l'urgence ou le bilan avantageux. Ce dernier ne pose pas de difficulté particulière en ce sens que le rapport de l'évaluation préalable permet de disposer de données chiffrées permettant à l'autorité contractante d'avoir une idée claire sur le caractère avantageux ou pas du contrat de partenariat par rapport à tous les autres contrats susceptibles d'être conclus dans le droit de la commande publique. En cas de contestation, le juge se fonde sur ce rapport pour vérifier si le bilan conclut résolument en faveur du contrat de partenariat ou pas<sup>[37]</sup>.

En revanche, en l'absence de définition claire, les contours de la complexité demeurent imprécis (1) et la caractérisation de l'urgence est indéterminée (2).

#### **1) L'imprécision de la notion de complexité**

La loi de 2014 donne une approche d'un projet complexe. Elle postule qu'il s'agit de l'hypothèse où, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet<sup>[38]</sup>.

Cette formulation n'est pas claire. Elle soulève plusieurs interrogations, dont deux méritent principalement l'attention. La première est l'appréciation de la complexité du projet : sur la base de quels éléments doit-elle être faite? Ensuite, au plan contentieux, comment la personne publique pourra-t-elle apporter la preuve de la complexité d'un projet ?

Pour ce qui concerne l'identification de la complexité, l'exercice suppose de répondre à cette question : le recours au contrat de partenariat est-il subordonné à la complexité technique du projet ou à l'incapacité objective de la personne publique de définir seule et à l'avance les moyens d'y faire face ? Aucune jurisprudence connue n'a encore, à ce jour, été rendue à ce sujet. Ailleurs, le juge administratif français a considéré que la nature complexe d'un projet ne suffit pas car le contrat de partenariat en soi est réservé aux opérations complexes<sup>[39]</sup>. Il ne s'agit pas non plus d'apprécier le degré de complexité, encore moins d'établir une gradation de la complexité. La condition de la complexité est satisfaite lorsque la personne publique est dans l'impossibilité, soit de définir seule et à l'avance les moyens techniques lui permettant de répondre à ses besoins, soit d'établir le montage juridique et financier adapté.

Dans l'affaire Commune de Biarritz, à l'issue d'un concours, la commune a passé un contrat de maîtrise d'œuvre qui incluait la conception d'un projet d'édifice et le suivi de sa réalisation. Ce contrat a donné lieu à l'élaboration d'un avant-projet détaillé que la personne publique a remis à chaque candidat au contrat de partenariat dès la première phase du dialogue engagé pour sa passation. Par une délibération, le conseil municipal autorisa le maire à signer un contrat de partenariat. Un conseiller municipal contesta alors la délibération devant le tribunal administratif qui rejeta sa demande. En appel, le juge annula le jugement et la commune se pourvoit alors en cassation et justifie le recours au contrat de partenariat par la complexité du projet, d'une part, dans ses composantes, d'autre part, dans son montage juridique et financier. Décidant de statuer au fond, le juge administratif considère que la seule invocation de la complexité des procédés techniques à mettre en oeuvre ne peut suffire à justifier légalement le recours au contrat de partenariat, en l'absence de circonstances particulières de nature à établir qu'il était impossible à la commune de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques propres à satisfaire ses besoins<sup>[40]</sup>. Il en résulte que la complexité tient tant de l'incapacité objective de la personne publique que de la nature du projet et elle doit être démontrée et non simplement postulée. Au Sénégal, comme, il s'agit d'une condition de fond, tous les candidats soumissionnaires évincés disposent d'un droit de recours contre les actes de formation du contrat auprès du Conseil des infrastructures dont la décision est susceptible de recours en excès de pouvoir<sup>[41]</sup>.

Concernant la justification de la complexité, il faut rappeler que, préalablement à la conclusion du contrat de partenariat, la personne publique doit obligatoirement élaborer une évaluation en s'appuyant sur le concours du Comité national d'appui aux partenariats public-privé. L'objet de cette évaluation est de faire apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif justifiant le recours au contrat de partenariat. Dans la pratique, il est possible d'envisager deux étapes dans l'élaboration de l'évaluation préalable. D'abord, l'autorité contractante doit saisir le Comité national pour obtenir un avis motivé. Le législateur détermine les modalités d'élaboration de cet avis. En effet, aux termes de l'article 8 de la loi de 2014, le comité national utilise une méthodologie prédéfinie selon les conditions fixées par le ministère en charge des partenariats et établit une analyse comparative des différentes



options notamment en termes de coût global, de partage des risques et de performance ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable<sup>[42]</sup>.

Sur la base de cet avis, la personne publique pourra élaborer un rapport d'évaluation préalable. En cas de contestation, l'autorité contractante ne dispose-t-elle pas alors d'une preuve écrite suffisante de la complexité du projet ? Le législateur sénégalais ne donne aucune réponse. En France, le juge administratif opte pour une réponse négative. Ni le rapport final d'évaluation préalable, ni l'avis motivé de la mission d'appui au partenariat public privé, l'équivalent du Comité national d'appui au Sénégal, ne constituent une preuve suffisante<sup>[43]</sup>.

Dans l'option du juge, il ne suffit pas de prouver que le projet est complexe ; il faut démontrer l'incapacité objective qu'entraîne la complexité dans le montage juridique ou financier du projet.

D'où pourra-t-on alors tenir la preuve ? La loi ne donne non plus aucune réponse. Devant ce silence, le Conseil d'Etat français a avancé une solution. Il considère que la justification de la preuve peut résulter de la complexité architecturale du projet ou de sa complexité technique ou logique.<sup>[44]</sup> C'est ainsi que le contrat de partenariat est valide lorsqu'il résulte d'un contrat que la présentation du projet architectural est complexe à mettre en œuvre. Dans la même lancée, les projets d'une ampleur exceptionnelle pourront être appréhendés comme étant des projets complexes<sup>[45]</sup>. Il faut rappeler que la complexité trouve son origine dans les directives communautaires européennes qui n'autorisaient le recours à la procédure de dialogue compétitif que pour la passation de marchés « particulièrement complexes ». C'est sans doute ce qui explique la difficulté de l'appréhender au regard du droit administratif sénégalais, malgré qu'elle soit la première condition de fond du contrat de partenariat. Mais il se trouve aussi que la caractérisation de la deuxième condition relative à l'urgence n'est pas non plus aisée.

## **2) Une caractérisation difficile de l'urgence**

En ce qui concerne la condition d'urgence, le législateur sénégalais considère qu'un projet présente un caractère d'urgence dans deux hypothèses principales : c'est soit lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, soit lorsqu'il s'agit de faire face à une situation imprévisible<sup>[46]</sup>. Cette formulation incite à considérer que la personne publique peut décider de recourir au contrat de partenariat en invoquant un retard qui porte atteinte à l'intérêt général. Cependant, sur quels éléments se fonder pour apprécier ce retard ?

Le législateur ne met pas l'accent sur les causes du retard. Est-il imputable ou non à la personne publique ? Son comportement devrait-il être apprécié ? La loi semble privilégier les conséquences du retard et le contrat de partenariat aura alors pour objet de réduire l'ampleur du préjudice causé par ce retard. Mais une telle approche pourrait ouvrir le contrat de partenariat à l'infini. Dans un pays en développement comme le Sénégal, existe-t-il un secteur



qui n'accuse pas de retard, soit par rapport à des pays plus avancés, soit par rapport aux besoins de la population ?

L'intérêt général qui est ciblé dans la définition de l'urgence peut être contingent. Il ne serait qu'un « compromis ou un équilibre entre une pluralité d'intérêts, ou la victoire momentanée de l'un de ces intérêts<sup>[47]</sup> ». Dans la définition, l'intérêt général est mis en relation avec la construction d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, ce qui ajoute au caractère libéral de la condition d'urgence. En effet, les collectivités publiques, les établissements publics voire certaines personnes privées poursuivent aussi l'intérêt général et chacun pourra établir une liste de projets considérés comme urgents parce que permettant de résorber un retard.

En France, le juge administratif considère que des équipements vétustes entravant le fonctionnement normal d'un service public peuvent justifier une urgence<sup>[48]</sup>. C'est pourquoi la question de la source de l'urgence se pose. Elle peut résulter des difficultés que rencontre un organe administratif pour organiser ses services ou assurer un fonctionnement correct<sup>[49]</sup>. C'est sans doute pour contenir le champ potentiellement vaste de projets pouvant être justifiés par l'urgence et la propension des personnes publiques à l'invoquer que le Conseil constitutionnel français reconnaît que la conclusion du contrat de partenariat devait être réservée à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison des « circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement, ou d'un service déterminé<sup>[50]</sup> », ce qui permet d'envisager un contrôle objectif du recours au contrat de partenariat. Ces conditions de fond relatives notamment à la complexité et à l'urgence font du contrat de partenariat un contrat public difficile à appréhender, mais il se trouve que le déroulement de la procédure de passation n'est pas exempt de reproches.

## **B) Les imperfections de la procédure de passation**

Le législateur sénégalais semble hésiter sur la procédure de passation du contrat de partenariat à privilégier. En principe, la personne publique doit lancer un appel d'offres, mais plusieurs dérogations sont aménagées selon une démarche pragmatique qui met l'accent plus sur l'attrait des opérateurs privés que sur le formalisme contractuel (1) ; c'est certainement ce qui explique qu'en définitive, le contrat de partenariat revêt un faux caractère dérogatoire (2)

### **1) Les hésitations sur la procédure de passation à privilégier**

En considérant le régime de passation, les contrats de partenariat sont exécutés sous maîtrise d'ouvrages privés et ne sont pas, par conséquent, soumis au Code des marchés publics. Des procédures de passation spécifiques sont alors aménagées. D'abord, il faut une évaluation préalable pour s'assurer que le projet envisagé correspond aux motifs d'urgence et de

complexité exigés. Ensuite la procédure de passation est soumise à des principes généraux tels que celui de libre accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures faisant du contrat de partenariat un contrat public qui répond aux exigences des droits, tant nationaux que communautaires [51].

Pour les modalités de passation, la loi de 2014 précise que les contrats de partenariat peuvent être passés, soit par appel d'offres, soit par entente directe, soit en procédure négociée. Mais le législateur sénégalais ajoute que, sous certaines réserves, la sélection de l'opérateur du projet peut être passée par appel d'offres international en deux étapes. Toutefois, en se fondant sur un avis du Conseil des infrastructures, l'autorité contractante peut opter pour une étape.

Le lecteur averti a du mal à reconnaître la procédure à privilégier, tant le législateur tend à aménager une procédure pour chaque situation. Ce sont les termes des recommandations issues de l'évaluation du cadre institutionnel et juridique de la loi du 1<sup>er</sup> mars 2004 qui permettent, sans doute, d'y voir un peu plus clair. Ils postulent l'élargissement du champ d'application de la loi pour couvrir l'ensemble des secteurs prioritaires, le renforcement de la participation du secteur privé national et la création d'emplois. En même temps, il est prôné l'introduction de mesures incitatives pour les entreprises de l'UEMOA, l'assouplissement des conditions et modalités de traitement des offres spontanées en vue de mieux attirer les opportunités d'investissement [52].

Ces recommandations ont inspiré l'adoption de mécanismes permettant aux collectivités publiques de mener à bien leurs missions dans la quasi-totalité des secteurs de l'action publique, à l'exception de ceux de l'énergie, des télécommunications ou des mines qui disposent déjà d'une législation spécifique aux montages de type "partenariat public-privé". Il est également envisagé d'assouplir le mécanisme de traitement en vigueur de l'offre spontanée qui, en dépit de la compensation financière prévue par la loi CET, n'a pas permis de mettre en œuvre un seul projet de partenariat public-privé, en raison notamment de la réticence des opérateurs privés à partager avec leurs concurrents les études qu'ils ont réalisées préalablement au dépôt de leur offre.

En se fondant sur ce constat et ses conséquences négatives en termes de mobilisation de l'investissement, il est prévu, dans certaines circonstances, de déroger à l'appel d'offres, qui demeure le principe. Cette dérogation participe de la volonté du Gouvernement de bénéficier, avec beaucoup plus d'efficacité, des opportunités d'investissements productifs qui n'ont pu être saisies du fait des dispositions contraignantes de la loi CET applicables aux offres spontanées. Elle est toutefois subordonnée à la satisfaction de conditions préalables strictes, en vue de garantir la transparence des procédures.

Pour prendre en compte les préoccupations exprimées par le secteur privé national, des dispositions favorisant la participation accrue des entreprises de droit communautaire [53] aux projets de contrats de partenariat ont été introduites, avec notamment comme obligation pour les parties, de réserver à l'actionnariat national au moins vingt pour cent du capital de la société devant réaliser le projet. De même, obligation est faite à l'opérateur privé de s'engager à assurer le transfert de technologie et à favoriser l'emploi de la main d'œuvre locale. C'est sans doute ce qui pose la question du caractère dérogatoire du contrat de partenariat

## 2) Le caractère faussement dérogatoire du contrat de partenariat

En décidant de n'intégrer le contrat de partenariat, ni dans le Code des marchés publics, ni dans celui des Obligations de l'Administration, et en optant pour le vote d'une loi spécifique, le législateur sénégalais privilégie la création d'un contrat de type nouveau. Mais il entend aussi limiter le recours au contrat de partenariat à une catégorie bien distincte de projets. En effet, il ne pourra être conclu que si au terme d'une évaluation préalable, la personne publique s'est rendu compte, soit que le degré de complexité du projet est tel qu'elle n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage juridique ou financier, soit que le projet présente un caractère d'urgence pour rattraper un retard, soit que le recours au contrat de partenariat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que les autres contrats de la commande publique. Au fond, certains motifs du contrat de partenariat lui font aussi revêtir un caractère dérogatoire. Il suffit de s'intéresser au mode de rémunération ou à la gestion du risque.

Concernant la contrepartie financière, le cocontractant reçoit de la personne publique une rémunération échelonnée sur la durée du contrat qui peut être liée à des objectifs de performance qui lui sont assignés.<sup>[54]</sup> Concrètement, la rémunération prend en compte notamment des éléments tels que les coûts d'investissement (coûts d'étude, de conception, de financement, de fonctionnement, frais financiers intercalaires), les recettes, s'il y a lieu, que l'opérateur de projet peut être autorisé à se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique.<sup>[55]</sup> La rémunération varie aussi en fonction des sanctions financières que l'autorité contractante pourrait prononcer au cas où le cocontractant ne remplit pas ses objectifs ou manque à ses obligations. Les objectifs de performance assignés à l'opérateur de projet concernent la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de l'autorité contractante, et le cas échéant, leur niveau de fréquentation<sup>[56]</sup>.

Concernant la gestion du risque dans l'exécution du contrat, il s'agit essentiellement de celui lié à son annulation. En effet, dans le partenariat contractuel les flux financiers destinés au financement du projet sont affectés par le risque d'annulation du contrat. En droit administratif français, les concurrents évincés, les membres de l'organe délibérant, les tiers peuvent recourir contre les contrats administratifs dont fait partie le contrat de partenariat<sup>[57]</sup>.

Au Sénégal, pour pallier cette insécurité, le législateur considère que seuls les soumissionnaires évincés sont admis à contester les procédures de sélection de l'opérateur du projet auprès du Conseil des infrastructures dont les décisions sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir, mais le dernier alinéa de l'article 36 ajoute que les litiges ne pourront donner lieu qu'à des dommages et intérêts.

Le contrat de partenariat serait-il un recul du droit administratif ? Dans les autres contrats, il est accordé la possibilité aux candidats de se pourvoir auprès du Comité de règlement des litiges avec possibilité de saisir le juge suprême et même celui des référés. Le Code des Obligations de l'Administration aménage un droit de recours pour les tiers contre les actes détachables du contrat administratif (autorisation de contracter, décision de contracter ou de ne pas contracter, opération d'adjudication, approbation du contrat<sup>[58]</sup>).

Qu'est ce qui empêche de revenir sur un contrat de partenariat qui ne respecte pas les conditions posées ? Les tiers ne devraient-ils pas disposer d'un droit de contestation pour ne pas engager les deniers publics sans une justification ? Un membre d'un organe délibérant ne devrait-il pas s'opposer à la signature d'un contrat jugé illégal. Peut-on poser des conditions de fond sans aménager des possibilités de contrôle ?

L'exclusion des tiers devrait-elle concerner le recours pour excès de pouvoir ? Ne serait-ce pas donner un blanc seing aux personnes publiques de se dérober aux règles contraignantes du Code des marchés publics et de celui des Obligations de l'Administration sur les autres contrats ?

Cependant, il est heureux de remarquer que le juge administratif sénégalais opte pour une interprétation large de l'ouverture du recours contre la conclusion des contrats administratifs, y compris le contrat de partenariat. Dans l'affaire opposant l'Agence de Régulation des Télécommunications et des Postes (ARTP) et l'Etat du Sénégal au Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), il considère que le contrat de partenariat et la convention de délégation de service public obéissent au même régime de passation (l'appel d'offres étant le principe et l'entente directe, l'exception) et que même si le COA prévoit plusieurs types de recours auprès de l'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP) pour les seuls candidats ayant soumis une offre, il reste que le texte réglementaire portant statut de l'ARMP ouvre également ce recours aux tiers qui peuvent dénoncer des irrégularités constatées avant, pendant et après la passation ou l'exécution des contrats<sup>[59]</sup>. Le juge ajoute que le Comité de Règlement des Différends dispose du pouvoir d'annuler toute procédure de passation affectée d'irrégularités.

En France, le législateur a trouvé la solution en permettant aux parties à un contrat de partenariat de conclure des conventions autonomes destinées à couvrir les risques d'annulation du contrat par le juge de l'excès de pouvoir. Il s'agit d'un mouvement de sécurisation qui comporte plusieurs aspects. D'abord, si les tiers sont admis à contester la validité du contrat<sup>[60]</sup>, l'exercice du recours ne sera fructueux que pour autant que les intérêts du requérant auraient été lésés de façon suffisamment directe et certaine par la conclusion du contrat ou par son contenu. Ensuite, le demandeur n'est fondé à contester que les vices du contrat qui sont en lien direct avec l'intérêt lésé dont il se prévaut ou les manquements d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office<sup>[61]</sup>. En conséquence, le juge administratif reconnaît que les conventions ou « accords autonomes », signés séparément par les parties à un contrat de partenariat, sont valides et constituent les accessoires de ce dernier<sup>[62]</sup> dont la remise en cause ne pourrait suffire à les fragiliser<sup>[63]</sup>.

Au Sénégal, l'article 30 de la loi de 2014 relative aux contrats de partenariat ne prévoit qu'un contrat complémentaire qui pourra être passé par entente directe par l'autorité contractante, lorsqu'un projet en cours d'exécution a fait l'objet d'un contrat de partenariat et que pour des raisons de nécessité économique, sociale ou culturelle ou bien pour des motifs liés à des exigences de cohérence dans la gestion technique et financière du projet, elle décide de son extension.

L'autorisation de passation du contrat complémentaire par entente directe est donnée par le chef du gouvernement, sur la saisine du Comité national d'appui aux partenariats public-privé, après avis du Conseil des infrastructures et du ministre chargé des finances.

C'est sans doute, en raison de ces conditions spécifiques, que le juge constitutionnel français a décidé que les contrats de partenariat ont vocation à déroger au droit de la commande publique, qu'ils ont un caractère dérogatoire et subsidiaire. Le Conseil constitutionnel a entendu circonscrire leur espace. Par conséquent, leur conclusion doit être réservée à des « situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de caractéristiques particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé <sup>[64]</sup>. »

Le législateur sénégalais semble reprendre les mêmes conditions que son homologue français mais en optant pour une position inverse. Du bilan dressé par le Gouvernement sénégalais, il ressort que les contrats de partenariat sont en train de devenir des instruments privilégiés de la commande publique. Ils peuvent être conclus par l'État, les collectivités locales, les établissements publics, les agences, les sociétés à participation publique majoritaire, les sociétés nationales et tout autre organisme ou personne morale de droit public, ainsi que les associations formées par ces personnes morales <sup>[65]</sup>. Ils sont passés dans des secteurs vitaux de la vie active tels que la distribution de l'eau, de l'électricité, des infrastructures autoroutières, portières, gares ferroviaires, routières <sup>[66]</sup>, etc. Les conditions de recours étant assez larges, le régime juridique étant souple, l'usage du contrat de partenariat devient fréquent ou facile pour les personnes publiques. Il faut reconnaître que le contrat de partenariat a l'avantage de permettre aux collectivités publiques d'étaler dans le temps le paiement de prestations difficiles à être exploitées en régie et dont le montant est trop coûteux pour être supporté, en une seule fois par le budget.

En soi, le contrat de partenariat renforce la liberté contractuelle des personnes publiques en leur offrant la possibilité de recourir à des techniques de nature ou d'origine diverse se rapprochant de plus en plus de celles utilisées en droit privé.

L'objectif poursuivi par le législateur sénégalais à travers la création du contrat de partenariat est donc de créer une nouvelle technique juridique pour attirer les capitaux vers le financement des ouvrages ou des missions d'utilité publique afin de valoriser notamment le domaine public, après s'être rendu compte des limites du droit des marchés publics et de celui des délégations

de service public pour y parvenir. Cependant, la mise en valeur du domaine soulève bien d'autres interrogations relatives à l'articulation du droit de l'encadrement du partenariat public-privé à celui du domaine public. Le contrat de partenariat s'avère inadapté au régime de la domanialité qui n'a connu aucune évolution.

## **II. Le contrat de partenariat, un instrument inadapté au droit domanial**

Avec le développement du partenariat public-privé, il s'est opéré un changement de perspectives du domaine public. La question de la capacité des formules de droit public à mobiliser les investisseurs privés sur le domaine public s'est posée avec acuité<sup>[67]</sup>. Le régime de la domanialité publique serait en quelque sorte désuet en ce sens qu'il ne permettrait pas une mise en valeur des biens domaniaux<sup>[68]</sup>. L'expérience des Contrats Exploitation Transfert avait révélé le besoin d'un assouplissement des règles de la commande publique qui sont aux confins du droit des marchés publics et de celui des délégations de service public. Le législateur sénégalais soutient alors que le partenariat public-privé est une technique juridique moderne qui permettra un équipement accéléré du Sénégal en grandes infrastructures pour le développement de son économie<sup>[69]</sup>. Cependant, aucune modification du Code du domaine de l'Etat qui date de plus de quatre décennies n'a été opérée ; ce qui pose la question délicate de la cohérence de l'articulation entre le droit du partenariat public-privé et celui régissant le domaine public. En effet, il est aisé de constater une obsolescence du droit positif domanial (A), ce qui rend difficile la conciliation entre technique contractuelle de valorisation et respect des principes régissant le domaine public (B).

### **A. l'obsolescence du Code du domaine de l'Etat**

Le législateur sénégalais entend utiliser le contrat de partenariat pour valoriser le domaine public. Ainsi, la loi de 2014 dispose que : « lorsqu'un contrat de partenariat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Sauf stipulation contraire du contrat, le titulaire a des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et limites prévues par des clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public<sup>[70]</sup> ». Il se trouve que, nulle part dans le Code du domaine de l'Etat, le législateur n'a prévu, ni le régime d'occupation qui est aménagé pour le partenaire (1), ni les droits réels qui lui sont reconnus (2).

#### **1) Un régime d'occupation contractuelle imprévu dans le Code du domaine de l'Etat**



Depuis l'adoption du Code du domaine de l'Etat en 1976, le législateur sénégalais avait aménagé des modes d'utilisation privative du domaine public. A côté des utilisations communes dont bénéficient les particuliers d'une manière générale, sans qu'ils soient obligés d'exciper un titre spécial, il est possible de distinguer essentiellement entre deux catégories d'utilisation du domaine : les autorisations privatives simples ou unilatérales et les occupations privatives contractuelles. Les premières sont constituées d'actes qui sont délivrés à titre personnel et concernent les permissions de voirie et les autorisations d'occuper.<sup>[71]</sup> Elles ont la caractéristique d'être accordées exclusivement à une personne et constituent des « utilisations singulières<sup>[72]</sup> ». Quant à la seconde catégorie, elle concerne les concessions et les autorisations d'exploitation qui sont accordées de gré à gré ou par adjudication.

Curieusement, aucune modification de la loi de 1976 n'a été opérée pour élargir l'utilisation privative du domaine public au partenaire de l'Etat dans le cadre d'un contrat de partenariat. Pourtant, la formule utilisée dans la loi de 2014 est générale. Le domaine susceptible d'être occupé par l'opérateur privé, partenaire de l'Etat, est vaste et couvre aussi bien le domaine public naturel que celui dit artificiel. La loi de 2014 elle-même n'apporte pas beaucoup de précisions sur le régime d'occupation du domaine public. Faut-il alors ajuster le régime d'occupation domanial prévu dans le cadre du contrat de partenariat sur celui des autorisations contractuelles consacrées dans le Code du domaine de l'Etat ? Certains arguments incitent à répondre positivement. En se fondant sur le Code, il est possible d'envisager plusieurs hypothèses en se référant aux règles dégagées pour les autorisations contractuelles du domaine public dont fait désormais partie l'occupation prévue dans le cadre du contrat de partenariat.

D'abord, les installations concernées par le partenariat revêtent au même titre que celles des autorisations contractuelles classiques un caractère d'intérêt général. Rappelons que cette catégorie d'occupation est réservée exclusivement à ces types d'équipements. Ensuite, pour ce qui est de la durée, le Code du domaine de l'Etat reste flexible et reconnaît qu'elle peut être, soit fixée par avance, soit restée indéterminée. Le Code renvoie aux conditions et clauses fixées dans chaque cas. Il peut arriver que la durée d'occupation du domaine dépasse même le contrat de partenariat. C'est le cas en France, mais uniquement pour les contrats signés par les collectivités territoriales dans lesquels le partenaire dispose de dépendances du domaine public ou privé sur des durées supérieures à celles du contrat pour maximiser ses recettes en y consentant des baux ou en y constituant des droits réels<sup>[73]</sup>. Enfin, le Code du domaine de l'Etat permet d'envisager une gratuité de l'occupation du domaine public par le partenaire de l'Etat. En effet, l'article 18 pose deux conditions essentielles pour ce faire. D'abord, l'autorisation contractuelle doit revêtir un caractère prédominant d'utilité publique ou d'intérêt économique ou social. Ensuite, la gratuité ne doit pas constituer pour le bénéficiaire une source directe ou indirecte de profits

La première condition pose moins de difficulté car le contrat de partenariat se caractérise par une mission globale dont l'objet est de permettre aux personnes publiques garantes de l'intérêt général de disposer d'équipements ou de biens immatériels nécessaires aux services publics qu'elles n'auraient pu obtenir autrement. L'occupation gratuite du domaine pour une longue durée permet sa valorisation, mais il existe une carence de la législation. En effet, la mise en



valeur du domaine est à distinguer de la mission confiée à l'opérateur privé laquelle, rappelons-le, est globale et peut avoir pour objet la conception, la construction, la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public dont l'autorité contractante a la charge<sup>[74]</sup>.

L'importance de la mission justifie le titre d'occupant du domaine. Mais c'est de manière incidente que le contrat a vocation à valoriser le domaine. C'est une carence du législateur que de ne pas préciser les modalités de la valorisation. Pourtant, le Code du domaine de l'Etat prévoit bien un titre consacré à l'administration du domaine non affecté. C'est ainsi que l'article 36 prévoit que les dépendances du domaine privé immobilier non affecté consistant en terrains à mettre en valeur sont administrées de manière à assurer leur utilisation et leur mise en valeur rationnelle conformément aux plans de développement et d'urbanisme ou aux programmes d'aménagement. A ces fins, lesdits terrains peuvent faire l'objet d'autorisations d'occuper à titre précaire et révocable, de baux ordinaires, de baux emphytéotiques, de concessions du droit de superficie et de ventes. Ces dispositions pourraient être adaptées au contexte du partenariat public-privé. L'utilité publique du contrat de partenariat qui est un contrat administratif est avérée.

Quant à la deuxième condition, il faudrait l'analyser en fonction du régime de rémunération adopté par le législateur. En effet, le contrat de partenariat doit obligatoirement contenir des clauses relatives notamment à la rémunération du cocontractant y compris, s'il y a lieu, les recettes que l'opérateur de projet peut être autorisé à se procurer en exploitant le domaine. La rémunération du constructeur est faite sur la durée avec un étalement du paiement. C'est ce qui permet à la personne publique de satisfaire ses exigences de convergence économiques<sup>[75]</sup>.

L'exécution des engagements du partenaire public ou privé est assortie de sanctions sous la forme de pénalités qui viennent frapper ses manquements au respect de ses obligations ou des performances qui lui ont été assignées. Ces pénalités sont recouvrées par compensation, la personne publique effectuant elle-même sur le montant de ses annuités la déduction correspondant au montant de ces pénalités.

En France, la personne publique peut autoriser le titulaire à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée. L'accord de la personne publique doit être expressément formulé pour chacun des baux consentis au titulaire du contrat de partenariat et la durée pourra excéder celle du contrat de partenariat<sup>[76]</sup>.

Pour ce qui concerne les collectivités territoriales, le contrat détermine dans quelles conditions les revenus issus de la valorisation du domaine privé par le titulaire viennent diminuer le montant de la rémunération versée par la personne publique. Ainsi le partenaire pourra-t-il désormais non seulement percevoir des recettes tierces, mais plus encore, bénéficier de mises à disposition de dépendances domaniales, publiques ou privées, sur des durées supérieures à celle du contrat de partenariat pour maximiser ses recettes, en y consentant des baux ou en y constituant des droits réels.

Le législateur sénégalais gagnerait à adapter la législation domaniale en vue de favoriser l'implication

d'investisseurs et permettre la mise en place de montages financiers originaux, par lesquels le partenaire pourra financer, en tout ou partie, la construction des ouvrages ou équipements, objets du contrat de partenariat, par le paiement d'un loyer venant, il est vrai, s'agissant d'un contrat conclu avec une collectivité publique, en déduction de celui que lui verse la collectivité territoriale au titre du contrat de partenariat lui-même. Cette adaptation permettrait sans doute de clarifier le statut d'occupant du partenaire de l'Etat qui n'est toutefois pas le seul à n'avoir pas été aménagé dans le Code du domaine de l'Etat parce que les droits réels qui lui sont reconnus n'ont pas, non plus, été prévus.

## **2) La reconnaissance de droits réels au cocontractant en dehors du Code domanial**

L'objectif de rentabilisation du domaine public poursuivi par le législateur sénégalais a conduit à reconnaître dans la loi de 2014 relative au contrat de partenariat des droits réels à l'investisseur sur les ouvrages construits sur le domaine public. Dès lors, il existe une tension entre deux exigences : celle de la protection du domaine public et celle liée à sa valorisation. La première renvoie aux règles de la domanialité à savoir l'imprescriptibilité, l'inaliénabilité, l'incessibilité, tandis que la seconde postule la reconnaissance de droits réels. Ces derniers ont la particularité d'être reconnus sur un domaine public qui est pourtant constitué de biens qui, « en raison de leur nature ou de la destination qui leur est donnée, ne sont pas susceptibles d'appropriation privée ». Il s'y ajoute que le législateur sénégalais de 1976 reconnaît un droit de propriété de l'Etat sur ce domaine.

L'article 6 de la loi de 2014 sur le contrat de partenariat dispose donc que l'opérateur privé est titulaire de « droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise ». Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et limites prévues par les clauses du contrat. Ces droits réels portent sur les réalisations, les ouvrages, les équipements ou les biens immatériels dont le partenaire se voit confier le financement, la construction ou la transformation, voire leur entretien, leur maintenance, leur exploitation et leur gestion<sup>[77]</sup>. Ils n'intéressent donc pas les biens existants sur lesquels le cocontractant est appelé à réaliser des prestations de maintenance. La reconnaissance d'attributs de propriétaire au partenaire a pour objet de faciliter la valorisation du bien domanial. En effet, il s'agit de le doter d'outils favorisant une gestion patrimoniale permettant notamment de céder totalement ou partiellement certains droits attachés au bien, de constituer des garanties auprès d'établissements financiers, de consentir des sûretés réelles, de recourir au crédit-bail.<sup>[78]</sup>

Ces droits réels suscitent des controverses doctrinales au sujet de leur nature et de leurs démembrements. D'abord, rappelons que le contrat de partenariat n'est pas le seul à reconnaître ces types de droit. Le Code du domaine de l'Etat prévoit des techniques contractuelles ayant pour objet de conférer des droits réels sous certaines conditions. Il s'agit essentiellement du bail emphytéotique et du droit de superficie. Ils portent uniquement sur les dépendances du domaine privé immobilier non affecté.

Le bail emphytéotique est originellement un contrat de droit privé transposé en droit administratif. Aux termes de l'article 39 du Code du domaine de l'Etat, il s'agit d'un contrat de location particulier en ce sens qu'il est de longue durée et à faible loyer. Il confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque, consenti pour une durée de dix-huit ans au minimum et de cinquante ans au maximum avec possibilité de prorogation dans la limite de la durée maximale et de renouvellement.

Quant au droit de superficie<sup>[79]</sup>, il a pour objet de permettre au concessionnaire de construire une ou des habitations individuelles ou collectives ou des immeubles collectifs à usage d'habitation pour une durée de vingt-cinq ans au minimum et de cinquante ans au maximum, avec possibilité de prorogation dans la limite de la durée maximale de cinquante ans, et possibilité de renouvellement. Mais, à l'expiration de la concession, l'immeuble est repris par l'Etat. Le droit de superficie confère, lui aussi, des droits réels à l'occupant sur les immeubles. C'est ce qui le rapproche de la notion d'usufruit utilisée en droit civil pour désigner le droit reconnu à une personne de jouir des choses dont une autre est le propriétaire mais à charge d'en conserver la substance<sup>[80]</sup>.

Mais, alors que le Code du domaine de l'Etat reconnaît « un droit réel » au preneur, il se trouve que le contrat de partenariat évoque « des » droits réels. La doctrine s'interroge alors sur l'unicité ou la dualité des droits<sup>[81]</sup>. Selon la conception dualiste des droits, évoquer une pluralité de droits réels signifie qu'il convient de distinguer entre un droit réel sur les ouvrages et équipements réalisés par le partenaire et un autre droit réel qui porterait, lui, sur le domaine occupé. Il s'agit ici d'opérer une distinction entre le droit réel conféré à l'investisseur sur les constructions qu'il a financées et le droit toujours réel dont il dispose sur le sol inclus dans ces constructions. L'un ne pourra être mobilisé sans l'autre.

En revanche, selon la conception unitaire, cette distinction est artificielle et simpliste car elle incite à confondre le droit réel conféré par le titre d'occupation et le titre lui-même.<sup>[82]</sup> L'Etat conserve son droit de propriété sur le domaine même si, temporairement, ce droit est « éclipsé » par les droits réels reconnus à l'occupant. Le droit réel reconnu à l'opérateur privé ne peut être opposable au droit de l'Etat qui est aussi réel sur son domaine.

Le législateur sénégalais semble clore ce débat en décidant, d'une part, que les droits réels portent sur les ouvrages et, d'autre part, que l'intégrité du domaine est préservée. Ce qui signifie que ces droits permettent la valorisation du domaine et ne constituent pas des droits sur le domaine public qui reste inaliénable. Toutefois, le domaine public, parce qu'il est affecté, soit au public, soit à un service public, est soumis à un régime de domanialité qui emporte certaines contraintes. C'est pourquoi les droits réels du cocontractant ne doivent pas s'opposer aux principes régissant le domaine public.

## **B. La difficile conciliation entre valorisation contractuelle et respect des principes domaniaux**

Le dernier alinéa de l'article 6 de la loi de 2014 relative au contrat de partenariat dispose que les droits réels qui sont conférés au cocontractant de l'Etat ont pour objet de garantir « l'intégrité et l'affectation du domaine public. » *A priori* cela peut paraître contradictoire de privilégier une logique de valorisation reconnaissant des droits réels à l'opérateur, tout en préservant d'une part, l'intégrité de la propriété publique (1) et d'autre part, l'affectation du bien domanial (2)

### 1) La préservation de la propriété publique face aux droits du partenaire

Au Sénégal, le domaine public appartient à l'Etat, mais la question s'est posée depuis longtemps de savoir si la propriété publique sur le domaine est une propriété au même titre que la propriété privée ou s'il s'agit d'une propriété différente<sup>[83]</sup> ? Il faut souligner que le Code du domaine de l'Etat définit le domaine public comme étant constitué des biens qui, « en raison de leur nature ou de la destination qui leur est donnée, ne sont pas susceptibles d'appropriation privée ». Le fondement de la distinction repose sur la nature du bien : c'est selon qu'il est susceptible de propriété privée ou non qu'il appartient à l'un des domaines. Le législateur sénégalais reprend l'article 538 du Code civil français qui disposait que « toutes les portions du territoire qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée sont considérées comme des dépendances du domaine public ». Les limites d'une telle définition ont été mises en exergue très tôt par la doctrine classique en France<sup>[84]</sup>, qui pointait les contradictions du Code lui-même, puisqu'à l'article 541 du même texte, le législateur envisage que certains biens (du domaine public) puissent être aliénables et prescriptibles en affirmant qu'il « en est de même des terrains, des fortifications et remparts [qui] appartiennent à l'Etat s'ils n'ont été valablement aliénés, ou si la propriété n'en a pas été prescrite contre lui<sup>[85]</sup> ». Ensuite, la constitution d'un domaine public artificiel à côté du domaine public naturel a révélé que le critère basé sur la nature du bien est inopérant pour ce qui est du domaine public artificiel parce que les canaux, les ports qui sont compris dans le domaine public ne sont pas comme les rivages de la mer et peuvent très bien faire l'objet d'une appropriation. Enfin, il est apparu que l'application du critère fondé sur la nature aboutit à un paradoxe qui est de faire accorder une protection à des biens qui peuvent être non collectifs<sup>[86]</sup>.

Il est évident que la propriété du domaine public, en raison des servitudes qui grèvent les biens qui le composent, ne pourra être qu'une propriété particulière<sup>[87]</sup>. Le domaine public relève d'un régime exorbitant du droit commun, conçu pour régir des situations très diverses et comportant à la fois des prérogatives importantes pour l'administration, mais aussi des sujétions pour les particuliers (cas de l'occupation précaire).

Cependant, jusqu'ici, au Sénégal, le bail emphytéotique administratif et le droit de sol n'étaient envisageables que sur des dépendances du domaine privé. Les biens du domaine public étant soumis aux principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité ne sauraient être grevés de droits réels au profit d'occupants extérieurs à l'Etat, ce qui exclut tout droit d'usufruit ou

d'emphytéose. En France, le juge administratif a considéré qu'un terrain qui fait partie d'une propriété publique donné à bail par un syndicat intercommunal à une personne privée et devant être affecté à une activité de service public, intégrait le domaine public par anticipation. Cependant, les clauses contenues dans un tel bail se rapportant à des droits réels sur le domaine public, à une interdiction de résiliation par la personne publique et à une libre cession du bail par l'emphytéote étant incompatibles avec les principes de la domanialité publique, doivent être regardées comme nulles<sup>[88]</sup>.

Au Sénégal, la reconnaissance de droits conférant des prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et limites prévues par les clauses du contrat de partenariat, soulève la question de la nature des droits et de leur régime d'exercice. Comme les droits réels sur les ouvrages et équipements reconnus au partenaire peuvent concerner aussi bien le domaine public que le domaine privé, il convient de procéder à une distinction.

S'il s'agit du domaine privé, l'article 36 du Code du domaine de l'Etat dispose que : « les dépendances du domaine privé immobilier non affecté consistant en terrains à mettre en valeur sont administrées de manière à assurer leur utilisation et leur mise en valeur rationnelle conformément aux plans de développement et d'urbanisme ou aux programmes d'aménagement ». A ces fins, lesdits terrains peuvent faire l'objet d'autorisations d'occuper à titre précaire et révocable ou de baux<sup>[89]</sup>. Le contrat de partenariat ne pose pas de difficultés particulières parce que la situation de l'opérateur se rapproche de celle du bail emphytéotique ordinaire prévu dans le Code du domaine de l'Etat dont les actes peuvent contenir une disposition soumettant à autorisation « la constitution d'hypothèques, la réalisation de nouveaux investissements ainsi que la cession du droit au bail et la location de tout ou partie de l'immeuble<sup>[90]</sup>. » Il pourrait être objecté qu'un renforcement du contrat de partenariat suppose, à cet effet, d'institutionnaliser les partenaires fonciers qui utilisent les techniques de droit privé en matière de vente et de location<sup>[91]</sup>.

En revanche, pour ce qui concerne le domaine public, le législateur privilégiait, jusqu'ici, la concession permettant à une personne publique de charger le concessionnaire soit d'exécuter un ouvrage public ou de réaliser des investissements relatifs à un tel ouvrage et de l'exploiter en vue d'assurer un service public, soit uniquement d'exploiter un ouvrage ou des équipements publics en vue d'assurer un service public<sup>[92]</sup>. Les concessions sur le domaine public sont accordées pour une durée déterminée ou non et sont réservées aux installations ayant un caractère d'intérêt général. Dans tous les cas, le concessionnaire exploite le service public en son nom et à ses risques et périls en percevant des rémunérations des usagers de l'ouvrage ou des bénéficiaires du service concédé. Sans doute, parce que les droits réels qu'ils confèrent contreviennent au principe d'inaliénabilité du domaine public, la mission globale confiée à l'investisseur privé dans le cadre du contrat de partenariat justifie une occupation privative du domaine comportant des garanties liées à la durée ou à la cessibilité. Mais, si le législateur sénégalais entend préserver l'intégrité de la propriété

publique, il envisage aussi de préserver l'affectation du domaine dans l'exécution du contrat de partenariat.

## 2) La garantie de l'affectation du domaine face aux droits du partenaire

Le législateur sénégalais, à travers la loi de 2014 sur les contrats de partenariat considère que les droits réels reconnus à l'opérateur privé doivent préserver l'affectation du bien domanial. Rappelons que cette dernière commande la domanialité publique et en constitue une notion centrale. En effet, la doctrine admet que c'est l'affectation qui est protégée par les règles d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité et non la propriété<sup>[93]</sup>. En clair, les servitudes grèvent l'affectation et non le bien. Recourant à une allégorie, une partie de la doctrine considère qu'il existe un véritable « voile de l'affectation » à l'utilité publique qui s'étend sur la propriété publique. Par son caractère exigeant, ses manifestations régaliennes, il peut dissimuler voire modifier certains aspects du droit de la propriété laquelle reste néanmoins sous-jacente parce qu'elle est la condition de la domanialité et en cas de désaffectation, la propriété survit à la domanialité et réapparaît dans ses caractéristiques essentielles que révèle beaucoup mieux le régime du domaine privé<sup>[94]</sup>. Mais pour importante qu'elle soit, la notion d'affectation a connu un recul pour trois raisons au moins. D'abord, la condition de l'affectation pour justifier la domanialité du bien n'est plus générale. L'adoption d'un Code général de propriété des personnes publiques en France a introduit un régime de détermination des biens par la loi. Qu'ils répondent ou non au critère de l'affectation<sup>[95]</sup>, il suffit que le Code de la propriété des personnes publiques les énumère dans la catégorie des biens publics pour qu'ils y entrent indépendamment de leur affectation. Ensuite, l'affectation n'est plus opérante car son champ d'application est de plus en plus réduit. Ce sont les caractéristiques propres aux biens qui, bien souvent, justifient leur domanialité et non leur affectation (objets d'art, collections des musées, etc.). Enfin, l'affectation n'est pas exclusive à la domanialité. Des dépendances du domaine privé sont affectées à des services publics sans compter qu'il arrive que des biens publics cessent d'être affectés à l'usage du public tout en continuant de conserver leur domanialité publique<sup>[96]</sup>.

La question se pose de savoir si le contrat de partenariat introduit un changement d'affectation. Au Sénégal, la conception du domaine public est unitaire : il n'existe pas de pluralités de propriétés publiques sur le domaine public. L'Etat est le seul propriétaire du domaine public et dispose du pouvoir de changer autoritairement son affectation. Il paraît évident que c'est l'intérêt général visé à travers la mission du contrat de partenariat qui explique la reconnaissance de droits réels et des prérogatives à l'opérateur privé sans remettre en cause l'affectation du domaine ni sa propriété par l'Etat. La domanialité publique, à bien des égards, n'est qu'un simple régime fonctionnel exorbitant commandé par l'affectation du bien en cause à une utilité publique et par les exigences de cette dernière. Théoriquement, le contrat de partenariat renforce les pouvoirs de l'Administration sur les dépendances domaniales. Il conduit, en effet, à considérer que le bien qui entre dans le domaine public pourra recevoir toute affectation compatible avec son caractère domanial notamment



d'être occupé et utilisé par un opérateur privé chargé de le mettre en valeur pour son propriétaire (l'Etat).

\*

\* \*

Le législateur sénégalais a opté pour la souplesse dans l'encadrement du partenariat public-privé afin de faciliter le financement de la construction d'ouvrages affectés à des services publics ou d'attirer des investisseurs dans la mise en valeur du domaine public. Cependant, le contrat de partenariat qui est créé depuis 2014 présente de nombreuses limites qui tiennent en partie au fait qu'il constitue le seul instrument mis en place, alors que les modalités d'encadrement du partenariat public-privé peuvent ressortir de dispositifs très divers. La justification de la mise en place du contrat de partenariat peut ne pas se limiter aux besoins de recourir à des financements privés. La spécificité des projets à réaliser justifie aussi le recours au contrat de partenariat. C'est pourquoi une rénovation profonde du droit domanial s'impose pour faire du contrat de partenariat un fer de lance des opérations de partenariat public-privé. Le régime juridique doit être plus sécurisant pour l'opérateur privé par l'aménagement de conventions autonomes dont l'objet est de garantir la continuité du financement du projet en cas de recours des tiers aboutissant à l'annulation du contrat, d'une part et d'autre part, par la réforme du Code du domaine de l'Etat pour y reconnaître formellement son statut et ses droits.

Enfin, s'il revêt un caractère dérogatoire, le contrat de partenariat présente plus une différence de régime que de nature par rapport aux marchés publics et aux délégations de service public. La prise en compte de cette dimension pourrait inciter le législateur à changer de vision : il s'agit moins de voter des lois pour spécifier chaque type de contrat que de procéder à une rationalisation du droit de la commande publique.

---

[1] A.B. Fall, « La démocratie sénégalaise à l'épreuve de l'alternance » in *Droit constitutionnel et Droit pénal*, revue *Politéia*, Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel, n° 5, printemps 2004, pp.35-82 ; Revue Afrilex, [revue en ligne] <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/05dossfall.pdf> (consulté le 16 octobre 2020).

[2] Voir exposé des motifs du projet de loi du 13 février 2004 relative aux contrats de construction-exploitation-transfert d'infrastructures (version adoptée par l'Assemblée nationale) [en ligne] [http://www.servicepublic.gouv.sn/assets/textes/Loi\\_BOT\\_13fev2004.pdf](http://www.servicepublic.gouv.sn/assets/textes/Loi_BOT_13fev2004.pdf) (consulté le 2 octobre 2020)

[3] Le NEPAD est à la fois une vision et un cadre stratégique pour l'Afrique au XXI<sup>e</sup> siècle. Ce partenariat a été adopté par les Chefs d'État africains lors du 37<sup>ème</sup> Sommet de l'Organisation de l'unité africaine (OUA) organisé à Lusaka, en Zambie, en juillet 2001 [en ligne] <https://www.un.org/fr/africa/osaa/peace/nepad.shtml> (consulté le 10 octobre 2020)

[4] Loi 2004-13 du 1<sup>er</sup> mars 2004 relative aux contrats de Construction-Exploitation-Transfert d'infrastructures dite loi CET [en ligne] <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/senegal/Senegal-Loi-2004-13-contrats-BOT.pdf> (consulté le 28 septembre 2020)



- [5] Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, JORF n° 0141 du 19 juin 2004 [en ligne] <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/jo/2004/6/19> (consulté le 3 septembre 2020)
- [6] V. Hémerly, « le partenariat, une notion juridique en formation ? » RFDA, 1998, p. 347
- [7] Loi n° 2004-14 en date du 1<sup>er</sup> mars 2004 instituant le conseil des infrastructures in J.O. N° 6155 du samedi 3 Avril 2004 [en ligne] <http://www.jo.gouv.sn/spip.php?article228> (consulté le 3 septembre 2020).
- [8] L'article 12 de la loi de 2004 précise que la Commission d'appel d'offres est créée par décret et est composée de cinq membres.
- [9] Directive n°04/2005/cm/uemoa portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest africaine [en ligne] [http://www.uemoa.int/sites/default/files/bibliotheque/directive\\_04\\_2005\\_cm\\_uemoa.pdf](http://www.uemoa.int/sites/default/files/bibliotheque/directive_04_2005_cm_uemoa.pdf) (consulté le 10 octobre 2020)
- [10] Directive n°05/2005/cm/uemoa portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest africaine [en ligne] [http://www.uemoa.int/sites/default/files/bibliotheque/directive\\_05\\_2005\\_cm\\_uemoa.pdf](http://www.uemoa.int/sites/default/files/bibliotheque/directive_05_2005_cm_uemoa.pdf) (consulté le 10 octobre 2020)
- [11] L'article 6 dispose que « les Etats membres s'engagent à adopter les mesures en vertu desquelles, les agents de l'administration, et plus généralement, l'ensemble des personnes morales de droit public et de droit privé visées aux articles 4 et 5 de la Directive N°04/2005/CM/UEMOA, portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de services publics, ainsi que toute personne intervenant, à quelque titre que ce soit, dans la chaîne de passation des marchés publics et des délégations de service public, soit pour le compte d'une autorité contractante, soit pour le compte d'une autorité d'approbation, de contrôle ou de régulation soient soumis aux dispositions des réglementations communautaires et nationales interdisant les pratiques frauduleuses et les actes de corruption. Les Etats membres s'engagent en outre à prendre des mesures visant à adopter et à faire respecter les codes d'éthique prohibant tout conflit d'intérêts dans la passation des marchés. »
- [12] Aux termes de l'article 11 « les Etats membres s'engagent à prendre les mesures nécessaires permettant aux soumissionnaires s'estimant injustement évincés des procédures soumises aux dispositions de la Directive N°04/2005/CM/UEMOA, portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, d'introduire un recours effectif préalable à l'encontre des procédures et décisions rendues à l'occasion de la procédure de passation et leur causant préjudice, devant le représentant de l'autorité contractante. La décision de ce dernier peut être contestée devant son autorité hiérarchique. Une copie de ce recours est adressée à l'Autorité de recours non juridictionnels. Ce recours pourrait être exercé par moyen de communication électronique selon les modalités à définir par les Etats membres. ».
- [13] S. Pignon, « Les nouvelles directives communautaires portant coordination des procédures de passation des marchés publics » AJDA, 12 juillet 2004, p. 1411
- [14] Voir S. Samb, *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en cote d'Ivoire et au Cameroun*, thèse pour le doctorat de droit, Université Bordeaux, 2015, 879p.
- [15] Loi n° 2006-16 modifiant la loi n° 65-61 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, J.O. N° 6291 du 5 août 2006 [en ligne] <http://www.jo.gouv.sn/spip.php?article4920>, (consulté le 13 septembre 2020).
- [16] « Constitue un contrat de partenariat, le contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée, une mission globale comprenant le financement et la réalisation, y compris la construction, la réhabilitation ou la transformation, d'investissements matériels ou immatériels, ainsi que leur entretien, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, d'autres prestations, qui concourent à l'exercice par la personne publique concernée de la mission de service public dont elle est chargée. La durée du contrat de partenariat est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de leur financement. Le cocontractant reçoit de la personne publique une rémunération échelonnée sur la durée du contrat qui peut être liée à des objectifs de performance qui lui sont assignés. »

- [17] LOI n° 2009-21 du 4 mai 2009 modifiant certaines dispositions de la loi n° 2004-13 du 1er mars 2004, relative aux contrats de construction-exploitation-transfert d'infrastructures, J.O. N° 6481 du 25 juillet 2009 [en ligne] <http://www.jo.gouv.sn/spip.php?article7585#>, (consulté le 14 septembre 2020)
- [18] Loi n° 2011-11 du 28 avril 2011 modifiant et complétant la loi n° 2004-13 du 1er mars 2004 relative aux contrats de construction-exploitation-transfert d'infrastructures J.O. N° 6611 du Samedi 3 septembre 2011 [en ligne] <http://www.jo.gouv.sn/spip.php?article9125> (consulté le 13 septembre 2020)
- [19] Voir exposé des motifs de la loi n° 2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat, J.O.R.S, n° 6781 du 25 mars 2014, p. 293
- [20] Voir I. Ndiaye, *Les contrats de partenariat public-privé et le développement des infrastructures au Sénégal*, Paris, L'Harmattan, 2015, 307 p.
- [21] Loi n° 2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat, op. cit.
- [22] L'article 23 de Loi 2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat dispose que « l'opérateur du projet doit se constituer, trois mois au plus tard après la signature du contrat de partenariat, sous la forme d'une société de droit sénégalais dont le capital est constitué au minimum de vingt pour cent (20%) d'apports provenant d'opérateurs économiques nationaux ».
- [23] Voir article premier de la loi 2014-09 du 20 février 2014, op. cit.
- [24] Article 6 de la loi 2014-09 du 20 février 2014, op. cit.
- [25] S.M. Ouédraogo, « La promotion des contrats de partenariat public-privé par les aides publiques dans l'espace UEMOA » Revue Afrilex, [revue en ligne] [http://afrilex.bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/LA\\_PROMOTION\\_DES\\_CONTRATS\\_DE\\_PARTENARIAT\\_PUBLIC-PRIVE\\_PAR\\_LE\\_BIAIS\\_DES\\_AIDES\\_PUBLIQUES\\_DANS\\_L\\_ESPACE\\_UEMOA-1.pdf](http://afrilex.bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/LA_PROMOTION_DES_CONTRATS_DE_PARTENARIAT_PUBLIC-PRIVE_PAR_LE_BIAIS_DES_AIDES_PUBLIQUES_DANS_L_ESPACE_UEMOA-1.pdf) (consulté le 12 octobre 2020)
- [26] Loi n° 2011-11 du 28 avril 2011 modifiant et complétant la loi n° 2004-13 du 1er mars 2004 relative aux contrats de construction-exploitation-transfert d'infrastructures, J.O. N° 6611 du Samedi 3 septembre 2011 [en ligne] <http://www.jo.gouv.sn/spip.php?article9125> (consulté le 30 septembre 2020)
- [27] Voir article 41 sur les dispositions finales de la loi du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat, op. cit.
- [28] Décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics, J.O.R.S du 4 octobre 2014, p. 1159
- [29] L'article 3 du Code des marchés publics dispose que « sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires, la conclusion des contrats portant participation des cocontractants des personnes publiques à l'exécution d'un service public visés à l'article 10 du Code des obligations de l'Administration est soumise aux règles de passation et de contrôle prévues par le présent décret. »
- [30] L'article 3 de la loi 2014 relative aux contrats de partenariat crée un Comité national d'Appui aux partenariats publics-privés chargé notamment de valider les évaluations préalables de projets prévues par les autorités contractantes. L'article 4 fait du Conseil des infrastructures l'organe chargé de la régulation du système de passation des contrats de partenariat.
- [31] J. de Brux, F. Marty, « Les partenariats public-privé institutionnalisés : intérêts, limites et risques d'une structure hybride public-privé » RFAP 2016/1 N° 157, p.223
- [32] L. Rapp, « Partenariats public-privé » in Ph. Malinvaud (dir), *Droit de la construction*, Dalloz Action, 2013, Dossiers 430
- [33] F. Lichère, « Contrat de partenariat : fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique », RDP, n° 6, 2004, p. 1547.
- [34] Les articles 38 et 39 de la loi de 2014 relative aux contrats de partenariat exigent une évaluation et un audit périodiques des contrats de partenariat effectués respectivement par le Comité national d'appui aux partenariats publics-privés et par le Conseil des infrastructures

- [35] M. Diangar, *Le régime juridique du domaine public de l'Etat au Sénégal*, Thèse pour le doctorat de droit public, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2018, p. 331
- [36] Art 8 de la loi du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat, op. cit.
- [37] F. Brenel, « La condition relative à la complexité du projet précisée par le Conseil d'Etat », *Droit administratif*, n° 12, déc. 2014, p. 1
- [38] Voir deuxième paragraphe de l'article 9 de la loi n° 2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat, op. cit.
- [39] F. Brenel, « La condition relative à la complexité du projet précisée par le Conseil d'Etat », op. cit.
- [40] CE, 30 juillet 2014, n° 367007 [en ligne] <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000029311324/> (consulté le 3 octobre 2020)
- [41] Voir art 36 de la loi de 2014 relative aux contrats de partenariat, op. cit.
- [42] Sur les différents aspects de cette évaluation préalable, voir S. Braconnier « Le futur régime des partenariats public-privé : ruptures et clarifications », *RDP*, n° 3, 2015, p. 595.
- [43] CE, 7<sup>ème</sup> /2<sup>ème</sup> SSR, 30 juillet 2014, N° 363007, Commune de Biarritz [en ligne] <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000029311324/> (consulté le 2 septembre 2020)
- [44] TA Montpellier, 26 février 2010, N° 0803471, Mme Dillenschneider [en ligne] [file:///Users/macbook/Downloads/TA\\_Montpellier\\_26\\_02\\_2010%20\(2\).pdf](file:///Users/macbook/Downloads/TA_Montpellier_26_02_2010%20(2).pdf) (consulté le 3 août 2020)
- [45] CAA Paris, 3 avr. 2014, n° 13PA02769, Association « La Justice dans la Cité » [en ligne] <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000028822700> (consulté le 10 septembre 2020)
- [46] Voir alinéa 2 de l'article 9 de la loi 2014 relative au contrat de partenariat, op. cit.
- [47] J.M. Pontier, « L'intérêt général », *Revue africaine du droit public* n° 1, 2014, p. 201
- [48] CAAP, 3 avril 2014, Association « La Justice dans la Cité », préc.
- [49] F. Tenailleau, S. Weil, « Les contrats de partenariat : 10 ans de jurisprudence », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 38-39, 22 sept. 2014, 2267
- [50] Cons. const. 26 juin 2003 n° 2003-473DC, J.O.R.F. 2003, p ; 772
- [51] C. Yannakopoulos, « L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif », *RDP*, n°2, 2008, p. 421.
- [52] Voir exposé des motifs de la loi 2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat, op. cit.
- [53] Une entreprise communautaire est définie par la loi de 2014 relative aux contrats de partenariat comme étant une entreprise dont le siège social est situé dans un État membre de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine
- [54] Alinéa 4 de l'article 7 de la loi de 2014 relative aux contrats de partenariat, op. cit.
- [55] Alinéa 9 de l'article 7, de la loi de 2014 relative aux contrats de partenariat, op. cit.
- [56] Article 7 de la loi de 2014, op. cit.
- [57] CE, 30 juillet 2014, Commune de Biarritz, préc.
- [58] Voir article 140 du Code des Obligations de l'Administration, op. cit.
- [59] CS, arrêt n° 20 du 12 avril 2012, ARTP et Etat du Sénégal c/ Comité de règlement des différends de l'Autorité de Régulation des Marchés publics, *Bulletin des arrêts de la Cour suprême*, n° 1-2, 2012.

- [60] CE, Ass., 4 avril 2014, Tarn-et-Garonne, n° 358994 [en ligne]  
<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000028823786/> (consulté le 10 octobre 2020)
- [61] F. Tenailleau et S. Weil, « Les contrats de partenariat : 10 ans de jurisprudence », op. cit.
- [62] CAA Bordeaux, 17 juin 2014, n° 13BX00563, M. A. B. [en ligne]  
<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000029345153/> (consulté le 5 octobre 2020)
- [63] CE, 30 juillet 2014, Commune de Biarritz, préc.
- [64] Conseil const., 26 juin 2003 n° 2003-473 DC, J.O. 3 juillet 2003, RFDC 2003, p. 772.
- [65] Article 2 de la loi de 2014 relative aux contrats de partenariat, op. cit.
- [66] Voir «A propos du partenariat public-privé » [en ligne] <http://www.ppp.gouv.sn/> (consulté le 15 octobre 2020)
- [67] S. Nicinski, « Le domaine public : de la crise à la reconstruction », *Mélanges en l'honneur du professeur Morand-Deville*, Paris, Montchrestien, 2007, p.559
- [68] CH. Pisani, C. Bosgiraud, « Premières réflexions de la pratique sur le Code général des propriétés publiques », *AJDA*, 2006, p. 1098
- [69] Voir exposé des motifs de la loi de 2014 relative aux contrats de partenariat, op. cit
- [70] Voir dernier alinéa de l'article 6 de la loi de 2014 relative aux contrats de partenariat, op. cit.
- [71] Article 11 de la loi 76-66 du 2 juillet 1976 portant Code du domaine de l'Etat, J.O.R.S n°4506 du 28 juillet 1976, p. 1110
- [72] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu », *RFDA*, 2006, p. 935
- [73] L. Rapp, « Aux origines du contrat de partenariat », *Droit et Ville*, 2006, n° 10, p. 29
- [74] F. Melleray, « L'utilisation privative du domaine public : de quelques difficultés illustrées par la jurisprudence récente », *AJDA*, 2013, p. 992
- [75] F. Richer, « Les contrats de partenariat : fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique », *RDP* n°6, 2004 p. 1547
- [76] S. Plunian, « La réception du bail emphytéotique administratif par le droit des contrats administratifs », *Mélanges en l'honneur du professeur Guimbal*, Montpellier, Université Montpellier 1, 2006, P. 719
- [77] Voir « les partenariats public-privé : quel cadre juridique pour quelles perspectives ? » *Débat*, *RDP*, 2015, n°3, p. 569
- [78] L. Rapp, « Partenariats public-privé » in Ph. Malinvaud (dir), *Droit de la construction*, op. cit.
- [79] S. Braconnier, « Le futur régime des partenariats public-privé : ruptures et clarifications », *RDP*, 2015, n° 3, p. 595
- [80] F. Melleray, « L'utilisation privative du domaine public : de quelques difficultés illustrées par la jurisprudence récente », *AJDA*, 2013, p. 992
- [81] Y. Gaudemet, « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA*, 29 mai 2006, p. 1094
- [82] *Ibid.*
- [83] R. Noguellou, « Le droit des propriétés publiques, aspects constitutionnels récents », *AJDA*, 2013, p. 986
- [84] Dès 1902, Henry Barckhausen, un des auteurs de Bordeaux, a dénoncé le rattachement des autorités publiques à ce qu'il qualifie d' « errements de Proudhon ». Il souligne dans son article intitulé « étude sur la théorie générale du domaine public », *RDP*, 1902, P. 401 que la distinction entre le domaine public et le domaine privé opérée par la jurisprudence n'a aucun fondement textuel mais repose sur la position doctrinale de Proudhon et appelle les autorités à voter une loi sur le domaine public. C'est à sa suite que Léon Duguit constate que, jusqu'ici (1923), aucune construction d'une théorie

satisfaisante du domaine n'a été élaborée. Dans son *Traité de droit constitutionnel* (tome III) paru en 1923 à l'Ancienne Librairie Fontemoing et Cie, il explique la carence par la vision binaire du domaine. L'on s'enferme, dit-il, dans un raisonnement rigide consistant à intégrer « de gré ou de force » toutes les dépendances du domaine dans deux catégories : domaine public ou domaine privé.

- [85] A. de Laubadère, « Domanialité publique, propriété administrative et affectation », RDP, 1950, p.5
- [86] CE, 17 janvier 1923, Ministre des travaux publics et gouverneur général de l'Algérie c/ sieurs Piccioli, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 2013, p. 4
- [87] H. Barckhausen, « Etude sur la théorie générale du domaine public », RDP, 1902, p. 401 et 1903, p. 31
- [88] CE, SSR, 6 mai 1985, Association Eurolat, requêtes n° 41589, 41699, rec. 141.
- [89] M. Diangar, *Le régime juridique du domaine public de l'Etat au Sénégal*, thèse pour le doctorat en droit public, op. cit.
- [90] Voir article 39 du Code du domaine de l'Etat, op. cit.
- [91] L. Rapp, « Partenariats public-privé » op. cit.
- [92] D. Ndoye, *Code des Obligations de l'Administration annoté et la réglementation des marchés publics*, Dakar, EDJA, 1991, p. 20
- [93] L. Siorat, « La notion d'affectation en matière domaniale », RDP, 1992, p. 749
- [94] Ph. Yolka, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997, 634 p.
- [95] F. Melleray, « La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique : remarques sur la modernisation annoncée de la notion de domaine public », AJDA, 2004, p. 490
- [96] E. Fatôme, « A propos de l'incorporation au domaine public », AJDA, 2006, p. 292