

**Projet de loi modifiant la loi n° 65-61 du 19 juillet 1965
portant Code des Obligations de l'Administration**

EXPOSE DES MOTIFS

C'est en application des dispositions du Code des Obligations de l'Administration (COA) relatives aux modes de conclusion de contrats administratifs (articles 23 à 37) que les décrets portant Code des Marchés Publics (CMP) sont pris. En effet, selon l'article 23 du COA:

"Les personnes administratives choisissent librement les modes de conclusion de leurs contrats sauf dans les cas où des dispositions législatives ou réglementaires imposent des procédures particulières".

Au contraire du CMP qui a été plusieurs fois modifié pour tenir compte de l'évolution moderne du système des marchés publics, le COA est resté une loi inchangée depuis 1965 se caractérisant ainsi par une certaine obsolescence. Conséquence, bien que le CMP reste subordonné au COA, certaines de ses dispositions n'ont pas manqué d'être en contradiction avec celui-ci, notamment dans le domaine des procédures de passation des marchés et d'application du CMP.

Il est donc apparu nécessaire de modifier les dispositions du Code des Obligations de l'Administration (COA) concernant la passation des marchés publics et des contrats portant participation du cocontractant d'une personne publique à l'exécution d'un service public, en vue de mettre ces dispositions en harmonie avec le CMP en tenant compte des meilleures pratiques actuellement reconnues ainsi que de celles préconisées par l'UEMOA à travers ses directives relatives à l'harmonisation des marchés publics, à savoir :

- la directive N° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine ; et,
- la directive N° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine.

En effet, les dispositions du CMP tiennent compte des pratiques de passation des marchés publics reconnues internationalement, contredisant celles du COA qui décrivent ces procédures. Il en est ainsi du principe d'utilisation de l'adjudication en priorité (article 24), ou de la définition de l'appel d'offres (article 35).

Par ailleurs, le COA ne s'oppose pas actuellement à la définition de régimes dérogatoires ou parallèles de passation des marchés par d'autres décrets. Cette possibilité qui a permis l'institution de 1992 à 1997 de régimes dérogatoires pour la conclusion de marchés relatifs à certains projets nuit à l'instauration de procédures fiables et transparentes. Si le CMP abroge ces procédures, une interdiction par la loi (donc le COA) s'impose pour donner base légale aux nouvelles dispositions du CMP interdisant le recours à de tels procédés.

Globalement, les modifications du COA proposées visent à :

- remplacer les références à des procédures et méthodes qui ne répondent plus aux objectifs actuels par la mention des nouvelles procédures ;
- compléter les principes essentiels auxquels il convient de donner force de loi : définition préalable des besoins, transparence, respect des règles d'éthique, interdiction d'instauration de procédures dérogatoires ; et,
- transposer les directives de l'UEMOA relatives à l'harmonisation des marchés publics.

Il faut noter que les dispositions du COA relatives aux marchés publics ne concernent que les marchés ayant le caractère de contrats administratifs. Les marchés passés par les Sociétés Nationales et les sociétés à participation publique majoritaire demeurent des contrats de droit privé, même s'ils sont passés selon les règles prévues par le Code des Marchés Publics.

Il convient également de distinguer les principes et procédures applicables aux marchés publics des règles générales concernant les contrats administratifs. En effet, la notion de contrat administratif est plus large que celle de marché relative aux achats de biens, travaux et services par les personnes de droit public ("marchés publics" proprement dits). Les contrats administratifs comprennent non seulement ces marchés mais également d'autres contrats tels que des contrats de vente, des baux et convention d'occupation des sols, etc. .

1. Dispositions applicables aux achats publics

La rédaction du projet de modifications du COA tient compte du caractère général de ce texte et de la cohérence avec les principes qui y sont prévus.

Il convient en effet de ne pas inclure dans le COA de dispositions trop détaillées qui soit, risqueraient de créer des difficultés d'interprétation avec celles du Code des marchés publics ou d'autres lois ou décrets, soit nécessiteraient des modifications trop fréquentes de ce texte fondamental.

Principes généraux

Une distinction est faite entre le principe général de liberté des procédures de passation concernant tous les contrats administratifs édicté à l'article 23 et les principes applicables aux achats publics mentionnés à l'article 24.

L'article 24 nouveau mentionne l'obligation des acheteurs de définir préalablement leurs besoins ainsi que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, actuellement non explicités. Ces principes s'ajoutent à l'obligation d'existence de crédits budgétaires prévue à l'article 17 du COA, rappelée ici.

L'article 25 a pour objet de faire du Code des Marchés Publics le cadre exclusif de la réglementation de la passation des marchés et d'éviter ainsi la pratique de multiples décrets dérogoires.

L'article 24.3 reprend le principe de nullité absolue en cas de non respect des formalités de publicité prescrites ou de violation du principe d'égalité de traitement des candidats aux commandes publiques par les acheteurs publics, actuellement prévu par les articles 28 et 31.

Modes de passation

Afin de préserver, dans le CMP, les possibilités d'adaptation des procédures de passation aux évolutions ou aux difficultés constatées, il est proposé de ne pas détailler dans le COA les dispositions concernant des modes de passation mais de n'en énoncer que les caractéristiques générales. Ceci induit, en même temps, une certaine souplesse du COA qui préviendrait son obsolescence rapide face à un domaine en pleine mutation.

L'article 26 nouveau remplace les articles 24 à 28 et 32 à 37.

Cet article pose comme règle l'utilisation de l'appel d'offre ouvert en définissant ses principales caractéristiques ainsi que les principales autres formes d'appel d'offres. Il est fait référence aux autres procédures d'une manière générale en indiquant la nécessité de prévoir limitativement les conditions de leur utilisation dans le code des marchés publics.

L'article 27 complète et précise la possibilité de demander des justifications concernant la qualification des candidats actuellement mentionnée à l'article 29 du COA.

La possibilité d'accorder une préférence nationale par dérogation au principe de non-discrimination est indiquée à l'article 28.

Régulation et contrôle

L'article 30.II fait expressément référence à la création d'un organe de régulation des marchés publics dénommé Autorité de Régulation des Marchés publics sous forme d'autorité administrative indépendante. Cet organe est distinct de la structure administrative chargée du contrôle a priori de la passation des marchés. Ses composition, compétence et mode de fonctionnement sont précisés par décret.

Sont de plus précisées afin de leur donner une base légale stable :

- l'adoption d'une charte de transparence et d'éthique des marchés publics par décret (article 29);
- la possibilité d'un recours préalable à la conclusion du marché (article 31) ;
- la possibilité par l'organe de contrôle des marchés publics de prendre des sanctions administratives vis-à-vis des entreprises candidates (article 32).

Les articles 39 et 43 sont modifiés aux fins d'harmonisation avec les changements apportés.

2. Dispositions applicables aux contrats comportant la participation du cocontractant à l'administration et à l'exécution du service public

Les articles 10 et 11 du COA traitent brièvement de ce type de contrat en indiquant qu'il s'agit de contrats administratifs .

Dans la pratique, les contrats par lesquels une personne publique confie à un cocontractant l'exploitation d'un service public pour une durée déterminée existent au Sénégal sur la base des principes jurisprudentiels et modèles existant en France et dans les autres pays de droit civil et administratif : affermage, concessions.

Selon l'article 3 du CMP de 2002 "*les contrats de concession et d'affermage sont soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence dans les conditions précisées par décret, sauf dispositions contraires prévues par la loi*".

Cette disposition renvoie à un décret inexistant pour ce qui concerne les conditions d'application des modalités de mise en concurrence et mentionne les concessions et affermage, sans définir ces expressions.

Les projets de Directives de l'UEMOA relatifs au contrôle, à la régulation et à la passation des marchés publics portent également sur les conventions de délégations de services publics, selon une approche similaire à celle adoptée dans l'Union Européenne.

Le projet de nouveau Code des marchés publics suit cette évolution en prévoyant les principes et méthodes régissant la passation de ces conventions par référence à ceux qui s'appliquent aux marchés publics, sauf dispositions particulières contraires.

Il est donc nécessaire que les dispositions du COA soit également adaptés concernant la définition de ces contrats.

De plus, la loi n°2004-13 1^{er} mars 2004 relative aux contrats de construction - exploitation – transfert d'infrastructures (CET), prévoit les conditions d'attribution et d'exécution de contrats conclus exclusivement avec des personnes privées, ayant pour objet tout ou partie des opérations de financement, conception, construction, exploitation, entretien d'une infrastructure d'utilité publique. Cette loi vise à la fois des contrats comportant délégation de service public et des contrats portant essentiellement sur le financement, la construction et l'entretien d'infrastructures publiques, tels que les partenariats public - privé qui se développent en Europe.

Il apparaît nécessaire que les dispositions du COA prennent en compte et fassent entrer dans le cadre des principes de droit public sénégalais des contrats administratifs l'évolution de la Réglementation de l'UEMOA ainsi que les types de contrat auxquels fait référence la loi de 2004 sur les CET.

Ainsi la nouvelle rédaction de l'article 10 du COA donne une définition:

- des contrats de délégations de service public qui ont essentiellement pour objectif de confier au cocontractant de l'Administration la gestion d'un service public et, le cas échéant, d'ouvrages publics correspondants ; une définition des principales formes de délégation (concession, régie intéressée);
- des nouvelles formes de contrats de partenariat qui visent essentiellement à faire participer le co-contractant au financement à long terme, à la réalisation et à l'entretien (ainsi qu'à d'autres prestations en fonction de la nature de l'investissement) d'investissements publics matériels ou immatériels, sans dessaisir l'administration de la gestion du service public ;

Cette nouvelle rédaction permet de faire référence à ces contrats dans le nouveau CMP en les distinguant des marchés publics.

La définition de la concession englobe à la fois la notion de concession de travaux public portant sur la construction ou l'extension d'une infrastructure et sur sa gestion et celle de concession de service public portant uniquement sur la gestion. Il s'agit en effet de fixer les principes généraux de la délégation de services publics en les illustrant par des exemples les plus significatifs et non d'énumérer exhaustivement tous types de contrats possibles en en figeant la définition. Ainsi la notion d'affermage qui se distingue difficilement de celle de concession de service public et qui est mal comprise par les investisseurs venant de pays qui n'ont pas une tradition similaire au droit administratif français ou d'Europe continentale, n'est pas mentionnée.

Les principales caractéristiques comparées des marchés publics, des délégations de services publics et des contrats de partenariat sont résumées dans le tableau ci-après :

**Caractéristiques comparées des marchés publics, délégations de SP
et contrat de partenariat**

Types de contrat	Objet	Financement	Qui paye le cocontractant	Risques d'exploitation
Marché public	Fourniture de biens, services ou travaux	Fonds publics	Acheteur public	Acheteur public
Concession	Soit: Investissement + exploitation d'un SP au nom du concessionnaire Soit: Exploitation seule d'un SP au nom du concessionnaire	Concessionnaire Soit: investissements et exploitation Soit: frais d'exploitation seule	les usagers	Concessionnaire
Régie intéressée	Exploitation complète d'un SP pour le compte et au nom de l'administration	Personne publique	La personne publique sur la base des sommes payées par les usagers	Co-contractant pour l'essentiel
Contrat de partenariat	Réalisation d'ouvrages ou projets sans gestion complète du SP	Co-contractant	La personne publique	Répartis

Enfin, il convient de relever que l'élaboration de ce projet de texte, tout comme la conduite de la réforme globale du cadre juridique des marchés publics, procède d'un processus participatif réunissant autour de l'Etat, le secteur privé, la Société civile et les partenaires au développement.