

Les exclusions du champ d'application de la loi PPP

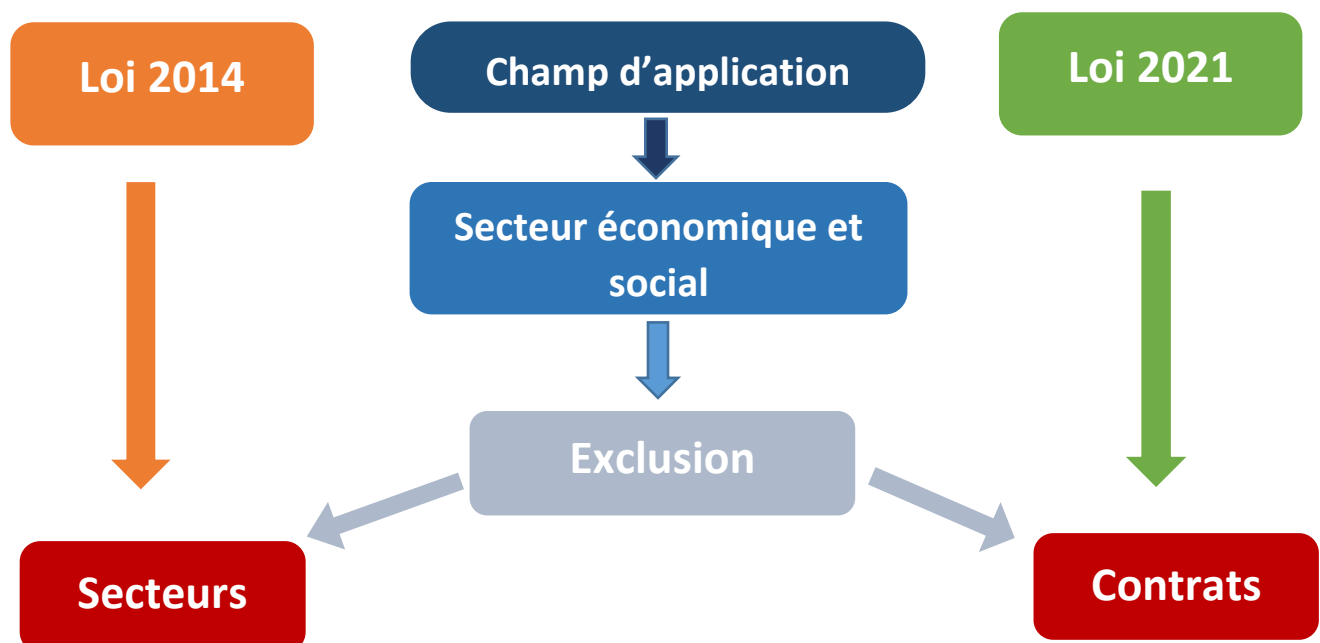
Les partenariats public-privé constituent un moyen important de développer les **infrastructures économiques** (les routes, ponts, aéroports, transport commun, mines, télécommunications, distribution d'eau et d'énergie etc.) et **sociales** (écoles et universités, hôpitaux et centres de recherche, prisons, stades, etc.).

Sauf qu'au Sénégal l'exclusion a connu un infléchissement dans les secteurs mines, télécommunications et énergie grâce à la nouvelle loi PPP 2021. Cette dernière exclut de son champ d'application **les contrats** intervenant dans le secteur des mines, de l'énergie et des télécommunications car bénéficiant d'une réglementation spécifique aux montages de type « partenariat public-privé ».

Certes, la loi n° 2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat avait exclu **ces secteurs** de son domaine d'application conformément à la disposition de l'art 2 alinéa 3 « *Les dispositions de la présente loi s'appliquent à tous les secteurs de la vie économique et sociale, à l'exception des secteurs soumis à une réglementation particulière, notamment les secteurs de l'énergie, des mines et des télécommunications* ».

Aujourd'hui, avec la nouvelle loi PPP cette disposition a été modifiée dans le sens de n'exclure que **les contrats susceptibles d'être réalisés en application des textes spécifiques applicables dans ces domaines** et non pas l'ensemble des activités.

Ce choix permet la réalisation des projets PPP dans ces secteurs régis par des réglementations particulières.



b) les contrats passés entre autorités contractantes, à l'exception des contrats de partenariat public-privé passés entre une société anonyme à participation publique majoritaire dont le capital social n'est pas exclusivement détenu par des autorités contractantes et une autre autorité contractante qui restent régis par la présente loi ;

Pour réaliser des projets PPP, le risque constitue facteur majeur pour établir l'optimisation des ressources des projets. En outre, les PPP sont conçus de manière à ce que les risques soient attribués à la partie la plus à même de les gérer. De ce fait les contrats de partenariat entre autorités contractantes ne permettent d'avoir une meilleure répartition des risques. Il est beaucoup plus compliqué de répartir les risques entre ces autorités et l'analyse de leurs contenus peut faire apparaître des stratégies d'allocation des risques défavorables à tous les deux car se retrouvant à couvrir des risques dont elle ne peut en évaluer toutes les conséquences.

NB : Les sociétés anonymes à participation publique majoritaire sont des sociétés dans lesquelles une ou plusieurs personnes publiques possèdent directement ou indirectement au moins 50% du capital social.

c) les contrats ayant pour objet des besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État est incompatible avec des mesures de publicité ;

Le décret n°2018-233 du 13 juin 2018 fixe les procédures et modalités de passation marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret.

Selon l'article 3 du décret « *constituent des besoins exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts de l'État : les renseignements, procédés, objets, documents, données informatiques ou fichiers intéressant la défense, la sécurité publique et assimilées qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion ou qui sont tenus secrets dans l'intérêt de la défense nationale et dont la recherche, l'appropriation, le détournement, la reproduction, la divulgation ou la destruction constituent des infractions à la sûreté de l'État* ».

d) les contrats attribués aux opérateurs économiques en vertu de droits exclusifs octroyés par des dispositions législatives ou réglementaires nationales ;

Le droit d'exclusivité renvoie aux droits accordés par une autorité compétente au moyen de toute loi, de tout règlement ou de toute disposition administrative publiée, compatible avec le traité de l'Union Economique Monétaire Ouest Africain, ayant pour exercice de

réserver l'exercice d'une activité à un seul opérateur économique et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer cette activité.

Toutefois, l'autorité contractante doit en rapporter la preuve de cette droit d'exclusivité.

e) les contrats conclus avec un opérateur économique avec lequel l'autorité contractante entretient une relation de quasi-régie lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- l'autorité contractante exerce sur l'opérateur économique un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ;
 - *l'autorité contractante exerce un contrôle analogue sur un opérateur économique lorsqu'elle exerce notamment une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de l'opérateur économique contrôlé.*
- L'opérateur économique contrôlé réalise au moins 80% de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par l'autorité contractante qui le contrôle ou par d'autres personnes morales que cette autorité contractante contrôle ;
- l'opérateur économique contrôlé ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage ;
 - *cela permet, tout d'abord, d'éviter que l'opérateur économique privé détenant une participation dans le capital de la personne morale contrôlée ne bénéficie d'un avantage concurrentiel par rapport à ses concurrents ;*
 - *cela signifie, ensuite, que certaines participations directes sont autorisées si elles sont imposées par la réglementation et dans la mesure où elles ne confèrent aucune influence décisive sur les objectifs stratégiques de la personne morale contrôlée ou aucune capacité de contrôle ou de blocage.*

La quasi-régie désigne le type de contrat nommé « in house », concernant notamment le fait d'intégrer des prestations dans le contrat conclu entre une entité publique et son cocontractant.

f) les contrats portant sur la privatisation ou la cession des entreprises, biens et équipements en infrastructure des autorités contractantes

L'article premier de la loi 87-23 du 18 aout 1987 sur la privatisation « autorise la mise en vente de tout ou partie des participations financières détenues par l'Etat dans les entreprises figurant sur la liste annexée à la présente loi ».

La privation des entreprises consiste donc à un transfert des actions détenues par les autorités publiques au secteur privé.

LES TEXTES JURIDIQUES

1. L'ENERGIE

Le cadre réglementaire du secteur de l'énergie au Sénégal est défini par plusieurs lois d'orientation, décrets et divers autres textes d'application.

- **L'électricité**

- La loi n°2021-31 du 09 juillet 2021 portant Code de l'électricité (Journal Officiel n°7466 du 05 août 2021) ;
 - Loi n° 2006-18 du 30 juin 2006 portant création de la Redevance d'Electrification rurale
 - La loi n°2010-21 du 20 décembre 2010 portant loi d'orientation sur les énergies renouvelables ;

- **Hydrocarbures**

- Loi n°2019-03 du 1er février 2019 portant code pétrolier ;
- Loi n° 98-31 du 14 avril 1998 relative aux activités d'importation, de raffinage, de stockage, de transport et de distribution des hydrocarbures ;
- Loi n°2020-06 du 7 février 2020 portant Code gazier.

2. MINES

- La loi 2016-32 du 8 novembre 2016 portant code minier ;
- Décret n°2017-459 fixant les modalités d'application de la loi.
- Le code minier communautaire porté par le règlement n°18/2003/CM/UEMOA du 23 décembre 2003.

3. TELECOMMUNICATIONS

- La loi n°2018-28 du 12 décembre 2018 portant Code des Communications électroniques ;