

REPUBLIQUE DU SENEGAL

Un Peuple -Un But -Une Foi

**Loi n ° du modifiant et complétant de la loi 2004-
13 du 1^{er} mars 2004 relative aux contrats de construction- exploitation -
transfert d'infrastructures**

EXPOSE DES MOTIFS

Dans le cadre des grands travaux de l'Etat, le gouvernement du Sénégal avait saisi, en 2004, l'Assemblée nationale d'un projet de loi visant à définir un cadre juridique dans lequel devrait s'inscrire les contrats de partenariat public-privé. Ainsi, la loi 2004-13 du 1^{er} mars 2004 portant contrats Construction - Exploitation -Transfert est votée et dont l'objectif est de permettre aux collectivités publiques de disposer d'un cadre juridique moderne et sécurisé permettant la conclusion de contrat de partenariat public-privé pour la réalisation, la gestion et l'exploitation des projets d'infrastructures dans le respect des conditions de transparence et d'efficacité économique.

Cinq ans après son adoption, cette loi a été modifiée par la loi 2009-21 du 04 mai 2009 pour pallier certains manquements notés dans son application. Aussi, malgré cette première modification, il a été constaté que la loi CET reste muette par rapport à la prise en compte des marchés complémentaires et des avenants à conclure, éventuellement.

Le présent projet de loi portant modification a pour objet de prendre en charge ces dits manquements tout en définissant le cadre juridique dans lequel ils s'appliquent. En effet, dans le respect des dispositions de la loi CET qui font du recours aux procédures dérogatoires une exception, il apparaît que, dans certains cas, des aménagements apportés par l'autorité concédante à un projet d'infrastructures peuvent, techniquement et économiquement, rendre plus opportune la conclusion avec l'opérateur du projet initialement sélectionné sur appel d'offres, d'un contrat complémentaire ou d'un avenant.

Au regard de ce qui précède, il a paru nécessaire de prévoir des dispositions additionnelles à la loi CET. Ceci permettra, dans l'avenir, de passer des marchés complémentaires, par entente directe et après avis du Conseil des Infrastructures et du Ministère de l'Economie et des Finances et sur autorisation du Président de la République. En outre, le projet de loi prévoit de passer, après avis du conseil des Infrastructures, un avenant.

Toutefois, les travaux ou prestations considérés doivent rester intimement liés au projet initial avec lequel ils forment un ensemble homogène justifiant la conclusion de l'avenant ou de marché complémentaire avec l'opérateur déjà retenu pour la poursuite de la réalisation ou de l'exploitation du projet.

Tel est l'objet du présent projet de loi.

REPUBLIQUE DU SENEGAL

ASSEMBLÉE NATIONALE

XI^{ÈME} LEGISLATURE

SESSION ORDINAIRE UNIQUE 2010-2011

R A P P O R T

FAIT AU NOM DE

**L'INTERCOMMISSION CONSTITUÉE PAR LA COMMISSION
DE L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE, DES FINANCES, DU PLAN
ET DE LA COOPÉRATION ÉCONOMIQUE ET LA
COMMISSION DE L'URBANISME, DE L'HABITAT, DE
L'ÉQUIPEMENT ET DES TRANSPORTS**

SUR

**LE PROJET DE LOI N° 02/2011 MODIFIANT ET COMPLETANT
LA LOI 2004-13 DU 1^{ER} MARS 2004 RELATIVE AUX
CONTRATS DE CONSTRUCTION-EXPLOITATION-TRANSFERT
D'INFRASTRUCTURES**

PAR

**M.MADIOP BITEYÉ
RAPPORTEUR**

**Monsieur le Président,
Monsieur le Ministre d'Etat,
Mesdames, Monsieur les Ministres,
Chers collègues,**

L'Intercommission constituée par la Commission de l'Economie générale, des Finances, du Plan et de la Coopération économique et la Commission de l'Urbanisme, de l'Habitat, de l'Equipement et des Transports s'est réunie le lundi 7 mars 2011, sous la présidence de Maître El Hadj Diouf, Président de la Commission de l'Urbanisme, de l'Habitat, de l'Equipement et des Transports, à l'effet d'examiner le projet de loi n°02/2011 modifiant et complétant la loi 2004-13 du 1^{er} mars 2004 relative aux contrats de construction – exploitation - transfert d'infrastructures.

Le Gouvernement était représenté par Monsieur Abdoulaye DIOP, Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie et des Finances, Madame Aminata NIANE, Ministre conseiller, Directrice générale de l'APIX et Monsieur Abdoulaye DIOP, Ministre délégué chargé du Budget, entourés de leurs principaux collaborateurs.

Ouvrant la séance, le Président a souhaité la bienvenue à Monsieur le Ministre d'Etat et à l'ensemble des Ministres ainsi qu'à leurs collaborateurs présents. Après avoir rappelé l'ordre du jour, il a invité Monsieur le Ministre d'Etat à en présenter l'exposé des motifs.

En substance, il ressort de la présentation que la loi n°2004-13 du 1^{er} mars 2004 relative aux contrats de Construction – Exploitation – Transfert d'infrastructures a permis à l'Etat de disposer d'un cadre juridique moderne et sécurisé permettant la conclusion de contrat de type public-privé pour la réalisation, la gestion et l'exploitation des projets d'infrastructures dans le respect des conditions de transparence et d'efficacité économique.

A la lumière des insuffisances relevées dans la réalisation de l'autoroute à péage, premier projet d'infrastructures initié sous l'empire de ladite loi, il est apparu nécessaire, à la suite des modifications portées par la loi n° 2009-21 du 04 mai 2009, d'apporter d'autres modifications pour rendre la loi CET plus adaptée et plus performante.

Sous ce rapport, il s'agit de préciser, dans la loi CET elle-même, la procédure de passation des avenants y afférents. En effet, il est prévu l'insertion d'un article 22 bis. Par ailleurs, il est question de compléter les dispositions de l'article 20 fixant

les cas dans lesquels un contrat CET peut être passé selon une procédure de gré à gré.

Tout en restant dans le cadre des principes définis par la loi CET - qui rendent exceptionnel le recours à la procédure de gré à gré - il est apparu que, dans certains cas, des aménagements apportés par l'autorité concédante à un projet d'infrastructures, peuvent rendre techniquement et économiquement plus opportune la conclusion, avec l'opérateur du projet initialement sélectionné sur appel d'offres, d'un contrat complémentaire.

En effet, le lancement d'un appel d'offres pour la modification ou l'extension d'un projet en cours peut induire des délais préjudiciables, ainsi qu'un renchérissement du coût global du projet sous l'effet de la longueur des délais d'appel d'offres, d'installation d'un nouveau chantier et de la complexité pouvant résulter de la pluralité d'opérateurs intervenant dans un même projet.

Pour ces raisons, il est préconisé l'instauration d'un marché complémentaire de gré à gré pour l'extension d'un projet d'infrastructures qui a déjà fait l'objet d'un contrat CET, à la condition que ces travaux d'extension soient intimement liés au projet initial avec lequel ils forment ensemble une seule infrastructure, dont il est plus opportun de confier la réalisation et l'exploitation à l'opérateur déjà retenu sur appel d'offres.

Comme indiqué dans le dispositif du présent projet de loi, la passation d'un contrat complémentaire doit cependant se justifier techniquement et économiquement et être autorisé par décret présidentiel, après avis du Conseil des Infrastructures.

A la suite de Monsieur le Ministre d'Etat, vos Commissaires ont abordé certaines préoccupations articulées autour des dispositions du texte.

Dès l'entame de leurs propos, ils ont salué le présent projet modificatif nourri par des enseignements tirés de l'expérience de terrain, en vue de répondre au principe de nécessaire mutabilité de la loi. En outre, ils ont magnifié les efforts impulsés par le Gouvernement pour la réalisation des Grands Travaux de l'Etat.

Ils ont interpellé ensuite Monsieur le Ministre d'Etat sur certaines considérations d'ordre terminologique. Ce faisant, ils ont suggéré le terme « gré à gré » à la place d'« entente directe ». Comme aussi, ils ont proposé de substituer le terme « avenant » par « marché complémentaire », en considération de l'éventualité où le montant d'un avenant serait égal ou supérieur à celui du marché initial.

Relativement à l'avenant, il a été largement évoqué le problème de l'évaluation du pourcentage de l'avenant par rapport au montant du contrat de base. Ainsi, il est posé l'indispensable question de garde-fous contre les pratiques déguisées, visant à

recourir à l'avenant pour acquérir un marché complémentaire égal ou supérieur à celui contracté à titre principal.

En revanche, d'autres Commissaires n'ont pas manqué, à des fins de clarification, d'indiquer que l'avenant, ayant toujours été prévu dans le régime des contrats, peut pourtant trouver sa justification aussi bien dans des nécessités de travaux complémentaires que dans des exigences de moins-value.

Par ailleurs, tout en réaffirmant leur position de principe quant à la pertinence du financement des projets structurants par le biais du partenariat public-privé, certains Commissaires ont marqué leur désaccord en ce qui concerne les dispositions du présent projet de loi.

De leur avis, il ne saurait être question, à travers les modifications, insertions ou nouvelles dispositions, de soustraire les CET aux règles générales de bonne gouvernance instituées par le Code des marchés publics. De plus, l'attention de Monsieur le Ministre d'Etat a été attirée sur les éventuels risques consistant à appliquer les dispositions relatives au contrat complémentaire à des réalisations dont la connexité avec le projet de base n'est pas établie de manière pertinente.

C'est la raison pour laquelle, ces Commissaires ont insisté sur l'exigence fondamentale d'asseoir un contrôle par un organe tiers, totalement extérieur aux intérêts des parties. Aussi, ont-ils pensé que, quel que soit l'enjeu fondé sur l'urgence, le domaine ou le montant, un décret d'autorisation du Président de la République, même accompagné de l'avis du Conseil des Infrastructures, ne pourrait en aucun se révéler suffisant pour passer un contrat complémentaire. A ce titre, le présent projet de loi n'offre aucunement, à leurs yeux, des garanties suffisantes pour le respect des principes de transparence.

Sous ce rapport, il se pose la question de la détermination de l'organe habilité à contrôler les conditions substantielles tenant à des raisons de nécessité économique, sociale ou culturelle ou à des exigences de cohérence dans la gestion technique et financière de l'infrastructure.

En outre, il a été estimé qu'une étude satisfaisante pour la réalisation de l'AIBD aurait pu éviter d'ignorer les interconnexions indispensables à la desserte des principaux centres urbains.

De surcroît, les dispositions du premier alinéa de l'article 2 relatives à l'accord préalable des parties pour les modifications des travaux, fourniture, prestations ou délais sont assimilées à une sorte de lapalissade, si l'on sait qu'elles reprennent visiblement un principe du droit des contrats.

Néanmoins, vos Commissaires ont bien apprécié les mesures de précaution inscrites dans les dispositions de l'article 2 du projet de loi, aux termes desquelles il est précisé qu'un avenant ne peut avoir pour effet ou pour objet de substituer un autre contrat au contrat initial ; sans compter que l'exposé des motifs affirme que « les travaux ou prestations considérés doivent rester intimement liés au projet initial ».

Tout comme, ils se sont satisfaits des motifs de célérité dans le travail à l'origine du texte. En effet, cela est d'autant plus valable qu'en l'occurrence, il s'agit, d'une part, de réaliser des infrastructures destinées à la satisfaction de l'intérêt des populations et, d'autre part, de réduire les coûts occasionnés par l'allongement des délais de route du simple fait des embouteillages.

Mais encore, Monsieur le Ministre d'Etat a été interpellé sur le nombre de CET en cours de réalisation au Sénégal.

D'autre part, vos Commissaires ont soulevé des inquiétudes sur l'articulation du texte, notamment sur la manière dont les deux articles y sont insérés.

Sur l'article premier, siège des dispositions applicables au marché de gré à gré, il est noté le rajout d'un alinéa relatif à la procédure de passation de contrat.

En même temps, il est constaté l'introduction d'une disposition supplémentaire consistant à requérir, par voie de décret, l'autorisation de Monsieur le Président de la République, alors qu'en l'espèce, la loi ne prévoit que l'avis du Conseil des Infrastructures. Il en résulterait un alourdissement de la procédure peu favorable à la célérité des opérations visées par l'avenant.

Ainsi, à défaut de pouvoir procéder à la suppression d'une telle disposition, il est préféré que cette disposition fasse partie des modalités d'exécution du contrat complémentaire plutôt qu'elle ne détermine une condition relative à la réalisation du contrat de gré à gré.

L'évocation de l'alinéa premier de l'article 2 procède également du même esprit. En l'occurrence, il est estimé qu'il aurait été plus approprié de l'insérer dans les dispositions d'un autre titre, dans un autre chapitre, concernant notamment la modification des contrats.

Par ailleurs, vos Commissaires ont partagé des éléments de réflexion sur quelques problèmes afférents au fonctionnement du Conseil des Infrastructures.

Il s'agit, en premier lieu, des dispositions consacrant la représentation de l'Assemblée nationale, dans le cadre des conseillers permanents, par trois députés représentatifs des trois principaux groupes parlementaires. Quand bien même il y a

un réel souci de traduire l'avancée démocratique vécue dans la sphère parlementaire, il convient de ne pas dénombrer les groupes parlementaires afin de pouvoir adapter la loi aux évolutions ultérieures.

En rapport avec les problèmes d'organisation du Conseil, vos Commissaires ont aussi porté à la connaissance de Monsieur le Ministre d'Etat le problème du Conseiller non permanent qui, en dépit du non renouvellement de sa représentation au terme du délai légal, maintient ses fonctions de Coordonnateur, au motif qu'il est un employé de la structure.

En réponse à vos Commissaires, Monsieur le Ministre d'Etat a tout d'abord fait remarquer qu'en ce qui concerne l'exposé des motifs, sa démarche consiste à proposer un projet de modification sur la base des observations et des suggestions recueillies.

En effet, dès la première lecture, il s'est avéré nécessaire de procéder à certains réajustements en vue de se conformer au format souhaité, en prenant en compte la référence à un contrat bien déterminé dans l'exposé des motifs, parce qu'étant tout simplement le premier ouvrage BOT réalisé selon les dispositions de la loi de 2004.

Etant entendu qu'il y en aura évidemment d'autres, il a été proposé, à juste raison, de supprimer la référence à l'Autoroute à péage, pour se situer dans le cadre général et impersonnel au regard des caractères de la loi.

Abordant la question relative au pourcentage de l'avenant, Monsieur le Ministre d'Etat a rappelé certaines considérations relatives aux procédures applicables à ce type de contrat et dont la toute première expérience déroulée par le Gouvernement a été l'Autoroute à péage. Ainsi, a-t-il fallu, en l'absence d'antécédents, faire preuve d'initiatives en s'entourant des meilleurs juristes pour faire un texte de loi, sans doute, pouvant être ultérieurement modifié.

C'est pourquoi, au vu de cette première expérience, il a été constaté l'absence de dispositions concernant l'avenant qu'il s'agit de combler à travers le présent projet de loi.

Sur le processus, Monsieur le Ministre d'Etat a fait noter que, comme l'ont bien pensé vos Commissaires, l'Etat a parfois besoin de financements du secteur privé pour la réalisation d'infrastructures. Pour ce faire, il est prévu dans la loi CET une procédure d'appel d'offres devant aboutir à la sélection d'un partenaire privé chargé de réaliser l'ouvrage, moyennant le paiement de redevances par les usagers.

Dans le cas d'espèce, il s'agit, pour Monsieur le Ministre d'Etat, d'obéir à une certaine logique justifiée par un souci de cohérence technique et de délais de réalisation raisonnables. Il s'y ajoute que le régime de la durée du CET (25 à 30

ans) milite favorablement pour l'institution de l'avenant dans le sens de prendre en charge les éventuels changements de circonstances.

Par conséquent, une quelconque réflexion sur l'avenant doit désormais s'orienter vers l'identification d'éléments de transparence suffisamment conformes aux indicateurs de bonne gouvernance. Pour cette raison, Monsieur le Ministre d'Etat a fait montre d'une grande ouverture d'esprit pour discuter les suggestions pertinentes allant dans la direction indiquée.

La même ouverture est également affichée pour ce qui concerne les propositions de rattachement des nouvelles dispositions à des niveaux jugés plus pertinents. Il en est de même pour toute proposition de modification de certaines dispositions relatives aux attributions du Conseil des Infrastructures.

Au demeurant, Monsieur le Ministre d'Etat a donné des assurances quant aux dispositions actuelles de transparence, comme en atteste aisément la confiance des partenaires (Banque Mondiale, Banque Africaine de Développement, l'AFD, etc.) qui, aux côtés de l'Etat, accompagnent le concessionnaire.

Egalement, il a fait allusion à la structuration du Conseil des Infrastructures dont le statut des membres est un gage certain de transparence.

En outre, Monsieur le Ministre d'Etat a fait observer que, une fois le principe de l'avenant acquis, la question du seuil de pourcentage se poserait inopportunément, dès lors que les investissements complémentaires rentrent dans le cadre de la négociation d'un financement privé.

S'agissant de l'autorisation par décret présidentiel, il a considéré qu'il s'agit de consolider l'avis obligatoire du Conseil des Infrastructures par un engagement exprimé par la plus haute autorité, laquelle est ainsi appelée à marquer son accord.

Pour le rattachement des nouvelles dispositions, Monsieur le Ministre d'Etat a indiqué qu'il y est procédé en fonction de la nature des contrats et non sur une base chronologique des procédures.

Pour terminer, il a mis en évidence la différence entre un avenant au contrat de base et un marché complémentaire. Dans le premier cas, il s'agit d'intervenir dans le périmètre d'un même projet, alors que le deuxième cas implique une modification de la substance du périmètre initial.

A sa suite, vos Commissaires ont suivi les réflexions de Monsieur le Ministre du Budget, principalement axées sur les considérations économiques susceptibles de conforter à suffisance les arguments fournis par Monsieur le Ministre d'Etat.

Selon lui, outre les préoccupations de transparence fortement prises en charge par le projet de texte, l'enjeu s'illustre à travers d'autres paramètres technico-économiques non moins considérables, que sont, entre autres, les délais de procédure et le coût marginal.

En tout état de cause, il a réaffirmé que le contrat complémentaire demeure assujéti à la réalisation des conditions autorisant les marchés par entente directe, notamment, afin de préserver la continuité du service public, l'hypothèse d'extrême urgence motivée par des circonstances imprévisibles et indépendantes de l'autorité concédante.

Satisfaits des réponses apportées par Monsieur le Ministre d'Etat et par Monsieur le Ministre du Budget, vos Commissaires ont adopté, à la majorité, le projet de loi n°02/2011 et vous demandent d'en faire autant s'il ne soulève, de votre part, aucune objection majeure.



REPUBLIQUE DU SENEGAL
Un Peuple – Un But – Une Foi

XI^{ÈME} LÉGISLATURE

N°09/2011

**Loi modifiant et complétant la loi
2004-13 du 1^{er} mars 2004 relative
aux contrats de construction-
exploitation-transfert d'infrastructures**

== - - - - - == - - - - - ==

**L'Assemblée nationale, après en avoir délibéré, a
adopté, en sa séance du mercredi 09 mars
2011, la loi provisoire dont la teneur suit :**

Article premier :

Il est institué un alinéa 2 à l'article 20 dont la teneur suit :

« Un contrat complémentaire peut également être passé par entente directe par une autorité concédante, après avis du Conseil des Infrastructures et du Ministre de l'Economie et des Finances, et après autorisation par décret présidentiel, lorsqu'un projet d'infrastructure a déjà fait l'objet d'un contrat CET et que pour des raisons de nécessité économique, sociale ou culturelle ou pour des exigences de cohérence dans la gestion technique et financière de l'infrastructure, l'autorité concédante décide son extension en cours d'exécution.

Les avis et l'autorisation préalables doivent être sollicités sur présentation d'un rapport justifiant de l'opportunité des travaux, fournitures, ou prestations, objet de l'extension ainsi que de leur lien avec le projet initial.

Article 2 :

Il est institué un article 22-bis intitulé « Avenants » et dont la teneur suit :

« Sous réserve des dispositions de l'article 20 alinéa 2, toutes les modifications des travaux, fournitures, prestations ou délais, à l'initiative du titulaire ou de l'autorité concédante, doivent faire l'objet d'un accord préalable entre les parties.

Un avenant au contrat déterminera les modalités de mise en œuvre desdites modifications.

Un avenant ne peut avoir pour effet ou pour objet de substituer un autre contrat au contrat initial soit en bouleversant l'économie, soit en changeant fondamentalement l'objet.

Tout avenant doit être préalablement autorisé par le Conseil des infrastructures ».

Dakar, le 09 mars 2011

Le Président de séance



Mamour CISSE