

REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

R.I.T.E 006

CONSEIL D'ETAT

SECTION CONSULTATIVE

CHAMBRE D'INTERPRETATION DES TEXTES JURIDIQUES

En Cause : Interprétation de la loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au Partenariat Public- Privé en rapport avec les organes compétents pour exercer les fonctions de régulation et de contrôle a priori.

AVIS

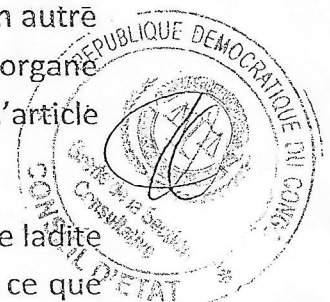
Par sa requête déposée au greffe du Conseil d'Etat le 29 Avril 2019 et enrôlée sous RITE 006, le ministre d'Etat, ministre du Budget sollicite l'interprétation de la loi n°18/016 du 18 juillet 2018 relative au partenariat public-privé, à propos des organes compétents devant exercer les fonctions de régulation et de contrôle a priori, suite aux contradictions relevées dans ladite loi.

A l'appui de sa requête, il déclare qu'aux termes de la Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, les fonctions de régulation et de contrôle a priori des procédures de passation des marchés publics et des délégations de service public sont exercées respectivement par l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, ARMP en sigle, établissement public placé sous la tutelle du Premier ministre, et la Direction Générale du Contrôle des Marchés Publics, DGCMP en sigle, établissement public placé sous sa tutelle.

Il allègue que d'après ce dernier établissement public, la Loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé, tout en s'inscrivant dans la continuité de la Loi précitée selon l'alinéa 10 de son exposé des motifs, renferme des contradictions en ce qui concerne l'exercice de ces deux fonctions, d'une part, entre les articles 21 et 114 à propos de l'organe compétent de régulation et d'autre part, entre les articles 21 et 23 en ce qui concerne l'exercice de la fonction de contrôle a priori par l'ARMP.

S'agissant de la contradiction entre les articles 21 et 114 sur le partenariat public-privé, cet établissement public qui estime superfétatoire la création d'un autre organe de régulation, soutient que l'article 21 reconnaît l'ARMP comme l'organe compétent de régulation des contrats du partenariat public-privé alors que l'article 114 préconise la création d'un autre organe de régulation.

Il soutient également qu'il y a contradiction entre les articles 21 et 23 de ladite loi à propos du cumul des fonctions de régulation et de contrôle a priori, en ce que l'article 21 confie les deux fonctions à l'ARMP alors que l'article 23 qui consacre le



principe de séparation des fonctions dans le système de la commande publique, interdit le cumul.

Le requérant fait observer que l'ARMP ne partage pas ce point de vue. Dans son avis technique émis en date du 22 janvier 2019, cet établissement public objecte qu'elle ne tombe pas sous le coup de cumul de ces deux fonctions mais plutôt de leur fusion, étant donné que le législateur, dans une approche évolutive, a retiré à la DGCMP, qui est de surcroît l'organe de contrôle a priori attribué sous l'empire de la Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, la gestion des procédures de conclusion des contrats de partenariat public-privé et le lui a confié.

Le Conseil d'Etat, en sa section consultative, est compétent pour connaître de la requête sous examen en vertu des articles 82, alinéa 2 et 84, alinéa 1 de la loi n°16/027 précitée.

Statuant sur sa recevabilité, il ressort de l'économie des articles 130, 84 alinéa 1^{er} et 82 alinéa 1^{er} de la Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, que la section consultative du Conseil d'Etat peut être saisie par une autorité administrative centrale ou celle placée sous son autorité ainsi que par une juridiction.

La présente requête est recevable car introduite par une autorité administrative centrale, le ministre d'Etat, ministre du Budget.

De prime abord, le Conseil d'Etat constate que, hormis l'alinéa 10 de l'exposé des motifs de la Loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé qui confirme les organes institués par la Loi relative aux marchés publics dans leurs fonctions de régulation et de contrôle a priori de délégation de service et de contrat de partenariat public-privé, aucune disposition de cette nouvelle Loi ne fait état de la DGCMP en tant que cadre institutionnel du partenariat public-privé (Article 17).

La compétence étant d'attribution en matière administrative, il s'ensuit que le législateur a retiré implicitement à cet établissement public de contrôle a priori des marchés publics et à l'ARMP, chargée notamment de contrôle à posteriori, la compétence du contrôle à priori des procédures des conventions du partenariat public-privé, en ce qu'il institue, à l'article 114 de la loi précitée, un établissement public compétent en la matière, en l'occurrence une autorité de régulation dans le secteur de partenariat public-privé.

En effet, l'exposé des motifs, bien que faisant partie intégrante de la loi, a pour fonction non pas de disposer de manière contraignante, mais de relater ou d'exposer son économie générale. Il indique de manière simple et concise, les raisons pour lesquelles le texte est adopté/proposé, l'esprit dont il procède, les objectifs qu'il se



fixe et les modifications qu'il apporte au droit existant. Il constitue l'un des éléments des travaux préparatoires auquel le juge peut se référer en cas de doute sur les intentions du législateur.

En cas de contradiction apparente ou réelle entre l'exposé des motifs et le dispositif dans l'interprétation des normes juridiques, c'est la teneur du dispositif (les dispositions d'une loi) qui l'emporte.

Tel est le cas en l'espèce.

1. S'AGISSANT DE LA CONTRADICTION ENTRE LES ARTICLES 21 ET 23 DE LA LOI SUR LE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE.

L'article 21 de cette loi dispose ce qui suit : « la régulation et le contrôle a priori et à posteriori de la procédure de conclusion du partenariat public-privé sont assurés par l'Autorité de Régulation des Marchés Publics. La gestion du contentieux d'attribution ou d'exécution des contrats de partenariat public-privé est assurée par le comité de règlement des différends de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ».

Ici, le législateur est loin d'avoir confié à l'ARMP à la fois la régulation et le contrôle a priori et a posteriori de la procédure de conclusion des contrats de partenariat public-privé car, en effet, à l'article 23 de cette même loi, il proscriit ou interdit le cumul par une même institution ou un même organisme les fonctions de gestion, de régulation et d'approbation, en disant : « L'exercice cumulé par une même institution ou un même organisme des fonctions de gestion, de régulation et d'approbation est strictement prohibé. Il emporte nullité des actes pris en violation de cette disposition sans préjudice des sanctions qui pourront être prononcées à l'encontre du contrevenant ».

En attendant la création des services publics pour le secteur de Partenariat public-privé prévus à l'article 114 de la loi de la loi n° 18/016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé, les deux services publics évoqués dans l'exposé des motifs, à savoir la DGCMP et l'ARMP, exercent, à titre transitoire, leurs compétences respectives dans le secteur de partenariat public-privé.

2. S'AGISSANT DE LA CONTRADICTION ENTRE LES ARTICLES 21 ET 114 DE LA LOI SUR LE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE.

Comme relevé dans les lignes qui précèdent, l'article 21 de cette loi confie les fonctions de régulation et de contrôle a priori et a posteriori de la procédure de conclusion de partenariat public-privé à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP).



L'article 114 dispose : « Le gouvernement crée, endéans six mois à dater de la promulgation de la présente loi, l'établissement public et l'autorité de régulation du secteur de partenariat public-privé ».

Il résulte de ces dispositions de la Loi sur le partenariat public-privé qu'il n'y a aucune contradiction entre elles. En effet, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics visée à l'article 21 de ladite loi n'est pas celle organisée sous la loi du 27 avril 2010 relative aux marchés publics. Il s'agit de celle du secteur de partenariat public-privé, qui sera organisée en vertu de l'article 114 de la loi du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé.

En conclusion, le Conseil d'Etat émet l'avis ci-après :

1. Les articles 21 et 114 de la loi sur le partenariat public-privé sont complémentaires, en ce que l'ARMP visée à l'article 21 de la loi précitée est celle qui sera créée pour le secteur de partenariat public-privé en vertu de l'article 114 de cette même loi ;
2. La contradiction entre les articles 21 et 23 de la susdite loi n'est qu'apparente car, les organes de contrôle prévus à l'article 114 de la même loi exercent chacune les fonctions visées à l'article 21 sans préjudice de l'article 23 de la même loi ;
3. Jusqu'à la création des organes compétents pour le secteur de Partenariat Public-Privé prévus dans la loi du 09 juillet 2018, les organes de contrôle institués par la loi relative aux marchés publics sont confirmés dans leurs fonctions de régulation et de contrôle a priori comme relevé dans l'exposé des motifs de ladite loi.

Fait à Kinshasa, le 18/10/2021.

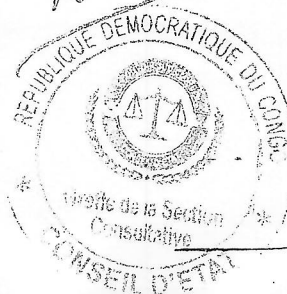
Le Premier président du Conseil d'Etat
Prof. Felix VUNDUWE te PEMAKO

Le Procureur général près le Conseil d'Etat
OCTAVE TELA -ZIELE

La Présidente de la section consultative du Conseil d'Etat
Marthe ODIONONDE

La greffière de la séance
MUNFWA NSANA

PHOTOCOPIE CERTIFIEE CONFORME
KINSHASA, LE 29 OCT 2021



Le Greffier Principal
Honorable Yvonne Ntande