

DECISION DCC 17-039 DU 23 FEVRIER 2017

La Cour constitutionnelle,

Saisie d'une requête du 21 novembre 2016 enregistrée à son secrétariat le 22 novembre 2016 sous le numéro 1905/159/REC, par laquelle Monsieur Nestor NOUDOHO forme un recours en inconstitutionnalité de la loi n°2016-24 portant cadre juridique du Partenariat public-privé (PPP) votée par l'Assemblée nationale le 11 octobre 2016 et promulguée par le Président de la République le 24 octobre 2016 ;

VU la Constitution du 11 décembre 1990 ;

VU la loi n° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 ;

VU le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle ;

Ensemble les pièces du dossier ;

Ouï Madame Lamatou NASSIROU en son rapport ;

Après en avoir délibéré,

CONTENU DU RECOURS

Considérant que le requérant expose : « ... La loi n°2016-24 définit un nouveau cadre juridique et institutionnel des PPP. L'analyse du texte révèle de nombreuses et graves insuffisances.

Pour le secteur public, les failles de la loi pourraient nuire à la recherche d'efficacité de l'investissement public et d'optimisation de la dépense publique.

Pour le secteur privé, les investisseurs risqueraient d'être freinés...par la faiblesse du processus de préparation des projets avant le lancement de la procédure de passation et...par l'insécurité juridique liée à certaines incohérences et imprécisions du texte.

1 – La loi crée une confusion dans l'esprit de ses lecteurs en retenant simultanément les conceptions francophones et anglo-saxonnes des PPP : il est difficile de comprendre précisément ce qu'est un PPP.

...En théorie, il n'existe pas de définition universellement reconnue du concept de PPP. En pratique, deux conceptions peuvent être distinguées :

- d'une part, la conception francophone qui distingue deux familles de PPP, dont le critère de différenciation principal est le mode de rémunération du partenaire privé : les PPP à paiement par les usagers (traditionnellement appelés "concession " et les PPP à paiement public (souvent appelés "contrats de partenariat") ;
- d'autre part, la conception anglo-saxonne qui distingue les formes contractuelles de PPP par référence aux missions confiées au partenaire privé. Par exemple, le contrat de construction – exploitation – transfert.

Les conceptions francophones et anglo-saxonnes des PPP recouvrent, en réalité, les mêmes contrats.

Les conceptions francophones et anglo-saxonnes coexistent dans la loi, ce qui nuit à la cohérence et à la compréhension de la définition des PPP.

En effet, à l'article 1^{er} relatif aux définitions, les formes contractuelles francophones sont définies, sans toutefois mentionner explicitement qu'elles constituent des PPP (voir, par exemple, la définition de la concession, de l'affermage, des délégations de service public). Cette imprécision nuit à la lisibilité de la loi et constitue une source d'insécurité juridique.

De même, l'article 4 relatif aux formes contractuelles des PPP prévoit explicitement que les PPP peuvent revêtir les formes

contractuelles anglo-saxonnes (par exemple, le contrat de conception, exploitation, transfert).

Il sera donc difficile de choisir la dénomination du contrat : par exemple, concession ou construction, exploitation, transfert, contrat de PPP à paiement public ou conception, construction, financement, exploitation ?

En résumé, les deux conceptions ne devraient pas coexister dans la loi, car elles rendent illisible et incompréhensible la définition du concept de PPP : un arbitrage aurait dû être opéré. » ;

Considérant qu'il poursuit : « 2 – La définition du concept de PPP n'est pas conforme aux standards internationaux.

En limitant la conclusion des PPP aux ouvrages, équipements et biens immatériels "nécessaires" ou "concourant" au service public, la loi ne couvrira pas l'ensemble des activités d'intérêt général des personnes publiques. Cette restriction ne reflète pas la conception moderne et internationalement admise du PPP selon laquelle il peut porter sur un service d'intérêt général autre que celui de service public.

3- Les modalités de rémunération du partenaire privé semblent viser uniquement les PPP à paiement public.

L'article 51 portant sur la rémunération du partenaire privé ne semble envisager que l'hypothèse d'une rémunération par l'Etat. D'une part, cet article ne fait pas référence à la rémunération du partenaire privé par les usagers qui caractérise la concession et les délégations de service public visées à l'article 1^{er}, d'autre part, en ne visant que l'Etat, il n'évoque pas l'hypothèse des PPP à paiement public conclus par les collectivités territoriales, les sociétés d'Etat et les établissements publics.

4 – La loi opère une confusion grossière entre la notion de personne publique et celle de personne morale de droit public.

L'article 1^{er} définit la notion de personne publique comme une "personne morale de droit public". L'article 10 liste, parmi les personnes publiques, les sociétés d'Etat et les sociétés d'économie mixte, alors que conformément au droit OHADA, elles sont des sociétés commerciales et donc des personnes morales de droit privé.

5 – Le processus PPP est insuffisamment développé et pourrait nuire à l’efficacité économique des projets pour les secteurs publics et privés.

La loi traduit une évidente absence de maîtrise du processus PPP par ses rédacteurs. Selon les standards internationaux, le processus PPP se décompose en plusieurs phases :

- la phase d’identification des besoins, par la réalisation d’une étude de définition des besoins ;
- la phase de priorisation/sélection des projets, par la réalisation d’une étude socio-économique ;
- la phase d’évaluation préalable des projets qui doit confirmer que le mode de réalisation du projet en PPP est le plus pertinent.

Or, dans la loi et plus précisément à l’article 12, les trois (03) phases du processus PPP n’apparaissent pas. De plus, la chronologie et l’articulation des études sont difficilement compréhensibles. Les rédacteurs ne semblent pas avoir saisi l’enjeu des phases préparatoires des projets. Ainsi, en prévoyant un processus incomplet et peu exigeant, l’impréparation des projets favorisera la conclusion de PPP voués à l’échec. Plus grave, les études préalables des projets issus d’une offre spontanée sont réalisées par l’opérateur économique sans qu’une contre-expertise indépendante soit *a minima* exigée. De plus, les personnes publiques ne sont pas contraintes à vérifier la pertinence des offres spontanées en réalisant les études socio-économiques et en s’assurant à travers une évaluation préalable et une étude de soutenabilité budgétaire que le mode de réalisation en PPP est le plus pertinent.

6 – Les modalités de résiliation du contrat méconnaissent les principes généraux du droit administratif.

L’article 72 relatif à la résiliation du contrat méconnaît certains principes généraux du droit administratif. Il prévoit par exemple que la résiliation pour motif d’intérêt général ou pour faute grave du partenaire privé doit être prononcée par un juge. Or, les personnes publiques disposent d’un pouvoir de résiliation unilatérale du contrat pour motif d’intérêt général et en cas de faute grave du partenaire sans qu’il soit nécessaire de recourir à un juge.

7 – Certaines modalités du contrôle de l’exécution du PPP sont dépourvues d’efficacité.

Par exemple, le contrôle des obligations, notamment de performance du partenaire à travers le rapport annuel a été vidé de sa portée dès lors que son contenu n'est ni précisé ni imposé (article 67). Selon les termes de la loi, ce rapport contient en phase de conception – construction "les points essentiels de la réalisation " et en phase d'exploitation "les éléments essentiels du service ". L'absence de précision rend le dispositif inopérant.

8 – Certaines règles de légistique ont été ignorées.

Par exemple, l'abrogation du Titre IV : "De la délégation de service public" du code des marchés publics et des délégations de service public n'a pas été prévue alors que les délégations de service public semblent relever du champ d'application de la loi.

9 – Absence de mise en conformité avec les dispositions constitutionnelles.

Sauf erreur de notre part, le Gouvernement de notre pays ne semble pas avoir soumis cette proposition de loi aux exigences des dispositions des articles 120 et 121 de notre Constitution avant sa promulgation si cette dernière est intervenue, alors que ladite...loi souffre des insuffisances sus-indiquées. Il est regrettable que, sans avoir pris les précautions d'un tel toilettage, le Gouvernement légifère déjà directement de gré à gré sur la base de la proposition de loi. Le cas par exemple du contrat sur la sécurisation de l'aéroport international Bernardin GANTIN (donc sécurité de tout un peuple) qui serait confié à une société dénommée MORPHO DYS est édifiant. Il s'agit de la sécurité nationale » ;

Considérant qu'il fait observer : « Au total :

a) La loi PPP porte atteinte aux principes communautaires de la commande publique, notamment celui de l'économie et de l'efficacité du processus d'acquisition (cf. article 2 de la Directive 04/2005/UEMOA relative aux marchés publics et délégation de service public) et au principe généralement admis de bon usage des deniers publics ;

b) La loi PPP est susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles suivantes :

i) la non aggravation de la charge publique (cf. article 107 de la Constitution) ;

ii) les principes d'efficacité de la commande publique et du bon usage des deniers publics qui découlent de l'obligation

constitutionnelle de non aggravation de la charge publique » ; qu'il conclut : « La proposition de loi se caractérise principalement par :

- une insécurité juridique ;
- une faiblesse du processus des projets ;
- **une absence de mise en conformité constitutionnelle.**

Par conséquent, en vertu des dispositions de l'article 122 de notre Constitution, qu'il plaise aux ... sages de ... déclarer inconstitutionnelle la proposition de loi n°2016-24 portant cadre juridique du PPP en République du Bénin » ;

INSTRUCTION DU RECOURS

Considérant qu'en réponse à la mesure d'instruction diligentée par la Cour, le Président de la République, Monsieur Patrice TALON, écrit : « ... Les faits méritent d'être précisés (A) afin d'en relever la question soumise à votre juridiction (B) et proposer les réponses appelées (C).

A- Sur les faits.

Suite à l'adoption par l'Assemblée nationale en sa séance du 11 octobre 2016, le Président de la République a promulgué la loi n°2016-24 du 24 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin. Ce fut, à l'origine, une proposition de loi qui, dans cet état de proposition fut l'objet du présent recours qui fait état de prétendues insécurité juridique, aggravation de la charge publique et atteinte à des principes du droit communautaire.

Le requérant a saisi la Cour en vue de voir déclarer contraire à la Constitution la proposition de loi n°2016-24 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin.

B- La question soumise à la Cour.

Il est posé à la haute juridiction la question de savoir si la proposition de loi fait partie du champ d'application de l'article 122 qui ouvre à tout citoyen le droit de recours sur la constitutionnalité des lois. En d'autres termes, une proposition de loi peut-elle faire l'objet de recours devant la Cour constitutionnelle ?

Aussi, la Cour est-elle appelée à répondre à la question de savoir si les dispositions des articles 120 et 121 de la Constitution font de la demande de mise en conformité des lois à la Constitution une obligation à la charge du Président de la République ?

Les questions soulevées tendent finalement à faire vérifier par la haute juridiction la recevabilité d'un tel recours alors même que les allégations qu'il contient ne sont pas fondées.

C- Les réponses.

L'inconstitutionnalité prétendue serait fondée sur les dispositions des articles 120 et 121 de la Constitution. Mais, il y a lieu d'examiner la recevabilité de ce recours (1) avant même de relever son caractère mal fondé (2).

1. Sur l'irrecevabilité du recours.

L'irrecevabilité du recours s'observe tant dans son objet (a) que dans la qualité de son auteur (b).

a- Une irrecevabilité fondée sur l'objet du recours.

Il est vrai que l'article 122 ouvre le recours en inconstitutionnalité à tout citoyen lorsqu'il dispose : "Tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction". Mais, il y a lieu de relever que cette ouverture, apparemment générale, est tout aussi limitée dans l'objet même du recours.

Le recours en inconstitutionnalité n'est en réalité ouvert à tout citoyen que pour les lois une fois promulguées ou déjà en vigueur. C'est en cela que la disposition précitée précise bien "... sur la constitutionnalité des lois...", exclusion faite donc de tout projet et de toute proposition de loi.

En l'espèce, Monsieur Nestor NOUDOHO vise en objet de son recours "la proposition de loi portant cadre juridique du PPP en République du Bénin". Par conséquent, le recours est irrecevable.

b- Une irrecevabilité fondée sur l'absence de qualité du requérant.

D'après les dispositions de l'article 121 de la Constitution, "La Cour constitutionnelle, à la demande du Président de la République ou de tout membre de l'Assemblée nationale, se

prononce sur la constitutionnalité des lois avant leur promulgation. Elle se prononce sur la constitutionnalité des lois et de tout texte réglementaire censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques...". Les présentes dispositions ouvrent les propositions et projets de lois au recours en inconstitutionnalité, mais en faisant de tels recours des actions attirées par limitation des seules personnes et institutions pouvant les porter devant la haute juridiction. Il s'agit précisément du Président de la République, des Députés et de la Cour constitutionnelle elle-même. Et pour cette dernière, la loi en état de proposition ne peut faire l'objet d'examen d'office de sa constitutionnalité par la haute juridiction que lorsqu'elle est censée "porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques".

En l'espèce, Monsieur Nestor NOUDOHO, expert juriste de la société n'est ni Président de la République ni Député, membre de l'Assemblée nationale ou encore la Cour constitutionnelle. Il n'a donc pas qualité à agir en inconstitutionnalité d'une proposition de loi devant la haute juridiction. Par conséquent, son recours en inconstitutionnalité de la proposition de loi n°2016-24 portant cadre juridique du PPP en République du Bénin est irrecevable. » ;

Considérant qu'il poursuit : « 2. Sur le fond du recours.

Le contenu du recours fonde l'incompétence de la haute juridiction à en connaître (a). Aussi, y-a-t-il lieu de relever son caractère mal fondé (b).

a- De l'incompétence de la Cour constitutionnelle.

Dans l'argumentaire développé au soutien de son recours, Monsieur NOUDOHO expose que la loi n°2016-24 est contraire à la Constitution en raison de prétendus "insuffisances et risques" que ferait "courir sa mise en œuvre sur le tissu budgétaire, économique, sécuritaire et social de notre pays". Ce recours a donc pour matière, des présumés insuffisances et risques purement économiques et budgétaires que peut éventuellement entraîner la mise en œuvre d'une loi non encore en application. Or, les matières économique et budgétaire ne relèvent pas du champ de compétence de la Cour constitutionnelle au vu des dispositions des articles 114 et 117 de la Constitution.

Il y a donc lieu pour la Cour de se déclarer incompétente.

b- Du mal fondé du recours.

Le recours est mal fondé parce que, d'une part, les articles 120 et 121 de la Constitution ne font pas obligation au Gouvernement d'introduire une demande de mise en conformité des lois à la Constitution, d'autre part, les prétentions qui y sont contenues ne sont pas fondées.

La demande de mise en conformité des lois à la Constitution par le Gouvernement est une faculté.

L'article 120 de la Constitution pose en effet que : "La Cour constitutionnelle doit statuer dans le délai de quinze (15) jours après qu'elle a été saisie d'un texte de loi ou d'une plainte en violation des droits de la personne humaine et des libertés publiques. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit (08) jours. Dans ce cas, la saisine de la Cour constitutionnelle suspend le délai de promulgation de la loi". Si cette disposition impose des délais de réponse à la haute juridiction, elle ne fait aucune obligation à la charge du Gouvernement pour la demande de mise en conformité à la Constitution.

Il en est de même à l'article 121 qui dispose que : "La Cour constitutionnelle, à la demande du Président de la République..., se prononce sur la constitutionnalité des lois... ". Ce n'est alors qu'au cas où le Président de la République en fait la demande que la Cour est appelée à examiner la conformité de la loi à la Constitution. En conséquence, les articles 120 et 121 évoqués au soutien des prétentions du requérant sont inopérants.

Les prétentions du requérant ne sont pas fondées.

Les prétendus risques que ferait courir la mise en œuvre de la loi n°2016-24 sur le tissu budgétaire, économique, sécuritaire et social restent des éventualités en raison de ce que tout texte de loi élaboré reste toujours à parfaire à la suite des difficultés que pourrait révéler sa future application.

De plus, une loi n'a pas à se référer à la doctrine ou aux conceptions de systèmes de droit étrangers tel que le prétend le requérant au premier point du recours. La loi se suffit à elle-même et ni les standards internationaux ou régionaux ni les principes généraux du droit administratif ne font partie du bloc de constitutionnalité au Bénin.

Les principes généraux du droit administratif évoqués dans le recours en son point 6 sont un ensemble de règles admises par la jurisprudence comme s'imposant à l'Administration et à ses rapports avec les particuliers, même sans texte et ayant une

valeur égale à celle de la loi de sorte que celle-ci peut y déroger et que, au contraire, l'Administration et le Pouvoir réglementaire doivent les respecter (V. G. CORNU, Vocabulaire juridique, Principes généraux du droit administratif).

La loi est claire sur le contenu fixé par le législateur et dans tous les cas, les juridictions pourront l'interpréter au cas échéant et elles en ont reçu mission constitutionnelle.

Il y a ainsi lieu de relever que le requérant a essentiellement fondé son recours sur des éventualités décrivant d'une recherche, quelque peu forcée, de référents étrangers, régionaux, internationaux et en d'autres matières dont le droit administratif sans évoquer des dispositions constitutionnelles en soutien au fond de ses prétentions. L'éventualité et les systèmes de droit étrangers ne sauraient fonder le recours en inconstitutionnalité d'une loi interne. Le recours de Monsieur Nestor NOUDOHO est alors mal fondé... » ;

ANALYSE DU RECOURS

Considérant qu'il ressort des éléments du dossier que la loi n°2016-24 portant cadre juridique du Partenariat public-privé (PPP) a été votée par l'Assemblée nationale le 11 octobre 2016 et **promulguée par le Président de la République le 24 octobre 2016** ; que le requérant a saisi la Cour constitutionnelle le 22 novembre 2016, **donc après le vote et la promulgation de la loi** ; qu'en conséquence, il y a lieu de dire que le requérant sollicite de la Cour constitutionnelle non pas l'inconstitutionnalité de la proposition de loi, mais plutôt de la loi n°2016-24 portant cadre juridique du Partenariat public-privé (PPP) ;

Considérant que le requérant demande à la Cour de la déclarer contraire à la Constitution, en raison, d'une part, des nombreuses insuffisances qui portent atteinte aux principes communautaires de la commande publique et créent ainsi une insécurité publique, d'autre part, **du défaut de contrôle de constitutionnalité de ladite loi** avant sa promulgation ;

Considérant qu'aux termes des articles 117, 121 et 124 de la Constitution : « *La Cour Constitutionnelle*
- **Statue obligatoirement sur** :

*** la constitutionnalité des lois organiques et des lois en général avant leur promulgation...** » ; « La Cour Constitutionnelle, à la demande du Président de la République ou de tout membre de l'Assemblée Nationale, se prononce sur la constitutionnalité des lois avant leur promulgation » ; « Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée **ni mise en application.**

Les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours.

Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles » ; qu'il en résulte que **les lois en général** doivent être soumises au contrôle de leur conformité à la Constitution avant leur promulgation ; que cette formalité n'est donc **pas facultative** et doit être accomplie, **soit par le Président de la République, soit par un membre de l'Assemblée nationale** ; qu'en l'espèce, la loi n°2016-24 portant cadre juridique du Partenariat public-privé (PPP) votée le 11 octobre 2016 par l'Assemblée nationale a été promulguée le 24 octobre 2016 sans que le Président de la République l'ait soumise préalablement à la Cour constitutionnelle pour contrôle de sa conformité à la Constitution ; qu'en s'abstenant de saisir la Cour pour ledit contrôle, le Président de la République a méconnu les articles 117 et 121 précités de la Constitution ;

Considérant qu'en outre, la non transmission à la Cour constitutionnelle de ladite loi pour le contrôle de sa conformité à la Constitution constitue un vice de procédure substantiel qui affecte sa validité et sa mise en application ; qu'en conséquence, il y a lieu pour la Cour de dire et juger que la loi n°2016-24 portant cadre juridique du Partenariat public-privé (PPP) du 24 octobre 2016 ne peut être en l'état mise en application et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens ;

D E C I D E :

Article 1er.- Le Président de la République a méconnu les articles 121 et 124 de la Constitution.

Article 2.- La loi n°2016-24 portant cadre juridique du

Partenariat public-privé (PPP) votée le 11 octobre 2016 par l'Assemblée nationale et promulguée le 24 octobre 2016 ne peut être en l'état mise en application.

Article 3.- La présente décision sera notifiée à Monsieur Nestor NOUDOHO, à Monsieur le Président de la République et publiée au Journal officiel.

Ont siégé à Cotonou, le vingt-trois février deux mille dix-sept,

Messieurs	Théodore HOLO	Président
	Zimé Yérima KORA-YAROU	Vice-Président
	Simplice C. DATO	Membre
Madame	Marcelline-C GBEHA AFOUDA	Membre
Monsieur	Akibou IBRAHIM G.	Membre
Madame	Lamatou NASSIROU	Membre.

Le Rapporteur,

Le Président,

Lamatou NASSIROU.-

Professeur Théodore HOLO.-