

Sous la direction du  
Professeur MUKADI BONYI Jr.

# **DROITURE ET RIGUEUR**

Mélanges en mémoire du Professeur  
MUKADI BONYI



Préface du  
Professeur NDOMBA KABEYA Elie-Léon  
Premier Président de la Cour de Cassation

**CRDS 2024**

# LA QUESTION DE LA COMPETENCE JURIDICTIONNELLE DANS LE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE ET LES MARCHES-PUBLICS

**KABANGE NKONGOLO Christian-Junior**

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa

## I. Introduction

Résolument engagé tout autant dans l'enseignement et la pratique du droit, le feu Professeur MUKADI BONYI était de ces enseignants que tout étudiant appliqué voudrait rencontrer dans son parcours académique. Ses enseignements magistraux en Procédure civile, Droit du travail et Droit de la sécurité sociale restent encore gravés dans la mémoire du plus grand nombre de juristes congolais. Pour avoir compté parmi les dernières générations à en bénéficier, l'on ne peut que s'estimer heureux. Prendre la plume dans ces mélanges n'est alors rien d'autre que l'expression d'un agréable devoir de gratitude à l'endroit du maître.

Ces contrats qui mettent en relation l'Etat ou ses démembrements avec des opérateurs économiques privés soulèvent très souvent la problématique de la compétence juridictionnelle quand survient un contentieux. Dépendamment de la nature de celui-ci<sup>649</sup> et des circonstances qui l'entourent, il se pose souvent la question de la juridiction compétente, soit qu'elle relève de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire.<sup>650</sup> Cette difficulté est apparue récemment en droit congolais dans le procès dit « des 100 jours » qui impliquait l'ancien directeur de cabinet du Chef de l'Etat, le responsable du service import et export à la Présidence de la République et monsieur Samih Jammal dont la société commerciale Samibo avait reçu un paiement de l'ordre de 48.831.148 \$US (dollars américains quarante-huit millions huit cent trente et un mille cent quarante-huit) de la part de l'Etat congolais pour l'érection de 1500 maisons préfabriquées dans le cadre du programme de logements sociaux. Non satisfaits de la décision du Tribunal

---

<sup>649</sup> La nature du contentieux dépend de l'objet de la demande en justice, c'est à dire le résultat auquel un plaideur veut aboutir. Voir Mukadi B. et Katwala K.K., *Procédure civile* (1999), p.38.

<sup>650</sup> Même lorsque l'ordre judiciaire apparaît comme le forum idéal, il faut ensuite déterminer laquelle de ses juridictions devrait trancher le litige (tribunal civil, de commerce ou pénal ?).

de grande instance de la Gombe, les avocats de la défense vont réitérer leur argument en appel, en ces termes :

*«Pour refus d'appliquer le droit administratif par le premier Juge, le juge d'appel doit annuler le jugement rendu en première instance. L'infraction telle qu'énoncée relève du droit administratif et non du droit pénal ».*<sup>651</sup>

Le postulat ici semble reposer sur une présomption qui met la compétence du juge administratif en ligne de mire, sans que celle-ci ne puisse souffrir aucune exception dès lors qu'il s'agit d'un marché public, opération qui sous-entend un contrat administratif à la base. Pareille vue de l'esprit en appelle naturellement au doute méthodique dont la formule interrogatoire peut s'exprimer en ces termes : peut-on vraiment entrevoir un procès pénal sans l'office du juge pénal quand bien même l'infraction serait commise dans la sphère du droit administratif ? Pour d'autres, la tentation était encore plus irrésistible à vouloir pousser le questionnement plus loin et s'interroger sur l'incidence que le statut de commerçant de la partie Sammyh Jammal (DG de SAMIBO) aurait « dû » avoir sur l'orientation des poursuites. Devait-on vraiment en appeler au Tribunal de commerce ?

Sans avoir la prétention d'épuiser la complexité de cette problématique, la présente réflexion entend exposer quelques grands repères qui permettent de tracer la ligne de démarcation entre les différentes juridictions administratives, pénales, civiles ou commerciales dans les contentieux qui peuvent naître d'un partenariat public-privé (PPP) ou d'un marché public. Pour ce faire, il convient avant tout, de circonscrire les différentes conceptions de la notion de PPP et ensuite, rappeler ici les différents types de compétences juridictionnelles que connaît le droit congolais.

## **II. Notion de partenariat public-privé (PPP)**

La notion de PPP peut revêtir une acception large ou restreinte dépendamment du régime juridique adopté dans tel ou tel autre Etat. Dans une approche généralisante, on peut y jeter comme dans un panier à crabes, à des degrés divers, toutes les formes d'associations du secteur public et du secteur privé destinées à mettre en œuvre l'intérêt général. Cette approche a malheureusement l'inconvénient de ne pas laisser apparaître les confins de cette notion. C'est ainsi que dans une tentative de

---

<sup>651</sup> RDC : Procès en appel de 100 jours, les conseils de Vital Kamerhe dénoncent la mauvaise qualification des faits

RDC : Procès en appel de 100 jours, le conseil de Vital Kamerhe dénoncent la mauvaise qualification des faits - i243 News (Dernière visite le 21 septembre 2021).

restriction, les premiers réflexes conduisent bien souvent à distinguer le marché public de deux autres notions que sont le contrat de partenariat et la délégation de service public. Quoique tous les trois modes constituent des contrats à titre onéreux, le marché public par exemple se distingue des deux autres en ce que l'autorité contractante doit payer l'intégralité de la prestation au moment de la livraison de l'infrastructure.<sup>652</sup> Il n'y a donc pas de paiement différé, alors que dans une délégation de service public ou un contrat de Partenariat, l'opérateur investit toujours son capital au départ pour ensuite être rémunéré progressivement au fil du temps. Il convient ensuite de noter que la loi congolaise sur le PPP inclut la délégation de service public comme l'une des formes des contrats de PPP qu'elle régit. Cependant, elle la distingue d'une autre forme singulière qui se trouve être, comme mentionné ci-dessus, le contrat de partenariat dont la mission est globale et porte sur le financement d'une infrastructure, sa conception, sa construction, son exploitation, son entretien à charge du partenaire privé. La différence tient au fait que l'objet de ce dernier contrat, contrairement à la délégation de service public, ne porte pas sur l'exercice d'une mission de service public en tant que telle même si les missions peuvent être très larges (financement des investissements, construction d'ouvrages ou d'équipements, maintenance...). Aussi, les modalités de rémunération varient entre les deux. Dans la délégation de service public, la rémunération du délégataire provient directement du résultat de l'exploitation du service, alors que dans le contrat de partenariat, le cocontractant reçoit des loyers versés par la personne publique. Le risque lié à l'exploitation apparaît alors comme un critère essentiel dans la mesure où il doit être substantiel et non pas dérisoire dans le chef du concessionnaire. Ce qu'il convient de retenir est que, dans le contexte actuel du droit positif congolais, seuls la délégation de service public et le contrat de partenariat font partie du PPP<sup>653</sup> alors que les marchés publics *stricto sensu* en sont exclus. Ces derniers relèvent d'une législation spéciale.<sup>654</sup> Le fondement rationnel de cette distinction tient surtout au fait que le PPP fonctionne avec une logique de coopération et de partage des risques à la suite de laquelle la personne publique et la personne privée travaillent ensemble en assurant respectivement, pour l'une, le risque de recettes et, pour l'autre, le risque lié à la construction et l'exploitation. Dans le marché public en revanche, le cocontractant se contente de répondre à un besoin de la collectivité publique immédiatement

---

<sup>652</sup> Voir dans ce sens, l'article 35 du décret n°10/22 du 2 Juin 2010 portant Manuel de Procédure de la loi relative aux marchés publics.

<sup>653</sup> Voir les articles 2 et 3 de la loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé.

<sup>654</sup> Voir la Loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics.

rémunéré par un prix. Il n'y a donc aucun partenariat qui se crée, mais plutôt une simple relation pécuniaire avec la personne publique. Toutefois, certaines législations n'excluent pas qu'une catégorie spéciale de marchés publics soit incluse dans les PPP. C'est le cas en France avec « le marché de partenariat » qui a remplacé le contrat de partenariat et se définit comme :

*« un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.*

*Cette mission globale peut en outre comprendre :*  
1° *Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;*  
2° *L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;*  
3° *La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée ».*<sup>655</sup>

---

<sup>655</sup> Article 112 du Code de la Commande Publique. Il s'est posé alors la question de savoir ce qui différencie le contrat de partenariat du marché de partenariat, car dans l'un ou l'autre cas, la personne privée se voit confier une mission globale. L'une des distinctions conceptuelles repose sur le fait que le contrat de partenariat en principe, ne porte pas sur une mission de service public, un des éléments qui le distinguent d'ailleurs de la délégation de service public. En revanche, le marché de partenariat prévoit la possibilité de confier la gestion d'une mission de service public au partenaire privé. De ce point de vue, il y a un risque d'assimilation avec la concession. Il faut alors analyser la part du risque économique supporté par le partenaire privé. Au cas où sa rémunération dépend essentiellement du résultat de l'exploitation, le régime est celui de la concession car le concessionnaire exploite, gère et assume véritablement le risque lié à l'exploitation. Si cependant, le partenaire privé est rémunéré par des loyers fixes lui versés par la personne publique, il faut plutôt considérer le régime du marché de partenariat car dans ce cas, il preste un service contre une rémunération fixe, un prix. Cubaynes C. « Du 'contrat' au 'marché' de partenariat : une réforme pertinente ? » in « La réforme de la commande publique, un an

Quoi que l'on puisse dire pour distinguer ces trois types de contrats, il reste qu'ils partagent en commun la possibilité de soulever deux types de contentieux administratifs : celui de l'attribution et celui de l'exécution. Voilà qui justifie leur prise en compte dans le cadre de la présente réflexion.

### III. Types de compétences juridictionnelles

Orienter sa saisine vers la juridiction compétente est crucial. Il s'agit d'un préalable non négociable pour la réussite d'une action intentée en justice. La Constitution du 18 Février 2006 a entériné le principe de la séparation de l'administratif et du judiciaire. Exceptée pour les juridictions qui se trouvent au sommet de ces deux ordres, une lecture combinée des articles 153 et 154 de la Constitution renvoie au domaine de la loi pour l'organisation, la compétence et le fonctionnement des juridictions appartenant à chacun des ordres. Ainsi, de manière générale, les règles de compétences juridictionnelles sont fixées selon le cas, par le Code de l'Organisation et de Compétence Judiciaire (OCOJ), le Code de Procédure Civile (CPC), le Code de Procédure Pénale ainsi que les textes qui organisent la justice administrative.

On évoque souvent les concepts de compétence matérielle et compétence territoriale qui servent à déterminer la juridiction compétente.

a) La compétence matérielle : Elle est déterminée par la nature du litige ou du contentieux et souvent aussi, par le montant de la demande ou le taux de la peine.

b) La compétence territoriale : Elle implique que la juridiction territorialement compétente est celle du lieu du domicile du défendeur. Toutefois, en matière immobilière, on s'en tient à la juridiction du lieu de la situation de l'immeuble (article 44 CPC).

A cote de ces deux types de compétences, on ajoute aussi la notion de compétence temporelle qui s'identifie à la période pendant laquelle une juridiction doit être saisie, au risque de tomber dans la forclusion,<sup>656</sup> puis celle de compétence "*ratione personae*" qui se définit en fonction de la

---

après : un bilan positif ? » (dir. Hoepffner, Sourzat & Friedrich) ; Art. 215 *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2017, Dossier 05.

<sup>656</sup> Dans la procédure de règlements des différends relatifs à l'attribution des marchés publics, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics est dotée d'un organe technique le « Comité de Règlement des Différends » qui prend selon le cas, la forme d'une commission des litiges. La saisine de celle-ci suspend les délais contentieux devant la juridiction compétente. Voir article 55 du Décret n°10/22 du 2 Juin 2010 portant Manuel de Procédure de la Loi relative aux Marchés publics.

qualité du défendeur. C'est notamment, le cas des commerçants ou celui des personnes jouissant d'un privilège de juridiction.

#### IV. Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction

##### A. Le juge administratif<sup>657</sup>

La compétence du juge administratif dépend avant tout de la nature juridique du contrat, selon qu'il est administratif ou non. Cette détermination peut découler d'une qualification législative d'office. Ainsi par exemple, l'article 5 de la loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public - privé dispose que « le contrat de partenariat public-privé dont l'objet porte sur un service public est un contrat administratif ».

En l'absence d'une qualification légale, trois éléments permettent de déterminer la nature administrative du contrat. Il doit s'y trouver une personne publique parmi les parties au contrat (critère organique),<sup>658</sup> ensuite doit ressortir une clause exorbitante du droit commun (critère matériel) et/ou le contrat doit avoir pour objet l'exécution d'une mission de service public ou la réalisation des travaux publics<sup>659</sup> (critère matériel). Dès lors que la nature administrative du contrat est établie, elle suppose alors la compétence du juge administratif à titre principal, celui-ci étant le juge du contrat.

---

<sup>657</sup> Aux termes de l'exposé des motifs de la loi – Loi organique n° 16-027 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, « les juridictions de l'ordre administratif sont constituées, d'une part, des juridictions administratives de droit commun, régies par la présente loi organique, à savoir le Conseil d'État, les Cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs et, d'autre part, des juridictions administratives spécialisées, dont la Cour des comptes, les juridictions disciplinaires des administrations publiques ou des ordres professionnels, régies par des lois particulières visées à l'article 149 alinéa 6 de la Constitution. ».

<sup>658</sup> Toutefois, il peut arriver que la partie qui représente l'Etat se trouve être une personne morale de droit privé (cas d'une entreprise publique ayant le statut de société commerciale). Dans ce cas, il peut s'agir d'un mandat express (voir l'hypothèse du maître d'ouvrage délégué) ou si les termes du mandat ne sont pas expressément exprimés, on cherchera à savoir si la personne privée a alors agi pour le compte de la personne publique, au cas contraire, le contrat reste dans la sphère du droit privé.

<sup>659</sup> Dans une instance, le Tribunal de conflits français a affirmé que « *Le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative, sauf si les parties sont unies par un contrat de droit privé* ». Dans ce dernier cas, cette solution est envisageable lorsque les deux parties au contrat sont des personnes (morales ou physiques) de droit privé et qu'aucune d'elles n'a agi à la suite d'un mandat administratif express ou pour le compte d'une personne morale de droit public. Arrêt « de Castro » de 1997 (Tribunal de conflit, 24 novembre 1997, n° 03060, publié au recueil Lebon).

Ainsi, l'une des parties va assigner l'autre (le cocontractant ou l'administration selon le cas) devant le juge administratif dans le cadre d'un recours de plein contentieux, qui implique que le juge du contrat a le pouvoir d'annuler le contrat, d'ordonner sa reformation et/ou même d'octroyer des dommages et intérêts consécutifs au non-respect des engagements contractuels par la partie assignée.<sup>660</sup> Le juge administratif est aussi compétent dans le cadre d'un recours qui vise l'interprétation du contrat administratif.<sup>661</sup>

Il existe cependant certaines nuances qui peuvent faire basculer la compétence de part et d'autre de ces ordres juridictionnels. En premier lieu, il convient de souligner que l'exigence du critère organique peut connaître des exceptions, même si elles sont rares. Ainsi, bien qu'il soit admis qu'un contrat conclu entre personnes privées constitue un contrat de droit privé et donc relève de la compétence du juge judiciaire, celui-ci revient exceptionnellement dans le giron de la juridiction administrative au cas où l'une de ces parties privées représente une personne publique à la suite d'un mandat express, soit qu'elle a agi pour le compte d'une personne publique ou si le contrat entre parties privées constitue l'accessoire d'un contrat administratif assorti d'une mission de service ou de travaux publics.<sup>662</sup> En cas de mandat express, il n'y pas de la difficulté à l'identifier car la mission de représentation confiée au mandataire doit être explicitement acceptée par celui-ci comme en droit civil. En revanche, lorsque le mandat n'est pas explicitement libellé, le juge administratif est tenu de s'appuyer sur un faisceau d'indices au cas par cas pour arriver à déterminer si la personne privée a agi « pour le compte » d'une personne publique, ou pour apprécier le degré d'influence que la personne publique exerce sur la partie privée. Le Tribunal des conflits en droit comparé français a longtemps considéré que des activités telles que la construction et l'entretien des routes faisaient partie des travaux « traditionnellement » réalisés en régie directe et que de ce fait, un tel contrat devait nécessairement relever du régime de droit public quand bien même il était exécuté par un concessionnaire privé, car celui-ci devait en fin de compte

---

<sup>660</sup> A côté du recours de plein contentieux, le juge administratif exerce en outre sa compétence dans le recours pour excès de pouvoir. Dans ce cas, il n'est pas le juge du contrat et n'intervient que pour les décisions unilatérales et non pas contractuelles (Voir la notion d'actes détachables).

<sup>661</sup> Kabange N., *Droit administratif* (2005), pp150-152.

<sup>662</sup> Voir *Société d'Exploitation des Energies Photovoltaïques c/ Société Electricité Réseau Distribution de France*, Tribunal des conflits (France), civile, 8 juillet 2013, 13-03.906, Publié au bulletin 2013, Tribunal des Conflits, n°14.

les remettre à la collectivité publique.<sup>663</sup> Cette solution n'est plus stéréotypée dans la mesure où on estime qu'en l'absence de conditions particulières, le contrat reste dans le ressort des juridictions de l'ordre judiciaire.<sup>664</sup> Néanmoins, cette dernière suggestion paraît mieux indiquée pour les Etats qui pratiquent la privatisation du réseau routier. Ainsi par exemple, dans un même registre, bien que l'électricité demeure un service public dont l'Etat assure la régulation, le concessionnaire privé qui conclut des contrats avec des tiers<sup>665</sup> n'a pas agi pour le compte de l'Etat nonobstant le fait que ces contrats participent à la réalisation du service public de l'électricité.<sup>666</sup> Dans ce cas aussi, on peut penser que la justification provient du fait qu'à la base, la production, le transport et la distribution de l'électricité ne relèvent plus d'un monopole de l'Etat ou d'une autre personne publique (monopole passé de la SNEL), mais constitue désormais une activité économique ouverte à la concurrence. Les indices sont très souvent composites et il faut un effort intellectuel soutenu pour arriver à les déceler au cas par cas. Ainsi, le versement des subventions à l'entreprise contractante ou la substitution de plein droit de la personne publique au maître de l'ouvrage dans la mise en œuvre de la garantie du constructeur sont des indices valables qui permettent d'affirmer que la personne privée a agi pour le compte de la personne publique.<sup>667</sup>

Il faut observer que, contrairement au cocontractant, les tiers au contrat n'ont pas une très grande marge de manœuvre pour saisir le juge administratif. Néanmoins, quoiqu'étrangers au contrat à divers degrés, ils vont recourir au juge administratif dans l'hypothèse d'une responsabilité

<sup>663</sup> Voir Conseil d'Etat Section 30 mai 1975. *Société d'équipement de la société montpelliéraine* ; Tribunal de Conflit (France) Arrêt Société entreprise Peyrot du 8 juillet 1963 (Rec. p. 787 ; AJDA 1963, p. 463, chron. Gentot et Fourré ; D. 1963, jurispr. p. 543, concl. Lasry, note Josse ; JCP G 1963, II, 13375, note Auby ; RDP 1963, p. 766, concl. Lasry ; RDP 1964, p. 767, note Fabre et Morin). Cependant, en droit positif congolais, l'Office des Routes est un établissement public depuis la réforme de 2009, le critère organique ne devrait donc pas poser un problème à son égard.

<sup>664</sup> Voir *Rispal c/ Société Autoroutes du Sud de la France*, Tribunal des Conflits, 09/03/2015, C3984, Publié au recueil Lebon.

<sup>665</sup> Le juge judiciaire serait compétent, sauf si le tiers invoquait la violation des cahiers des charges ou d'un acte administratif. Il s'agira dans ce cas d'une question préjudicielle. Voir Kabange N., *op. cit.*, p149.

<sup>666</sup> Voir dans ce sens, Arrêt de Section du Conseil d'Etat de Section, du 1<sup>er</sup> juillet 2010, *Société Bioenerg* (**requête numéro 333275** : Rec. p. 687 ; BJCL 2011, p. 86, concl. Colin ; JCPA 2010, 2359, note Pacteau ; RJEP 2011, 17, concl. Colin). Néanmoins, l'approche peut varier en cas d'occupation du domaine public.

<sup>667</sup> Voir Conseil d'Etat Section 30 mai 1975. *Société d'équipement de la société montpelliéraine*, *op cit* ; Voir aussi Lombard M, *Droit administratif*, Paris (2017), p 283.

délictuelle ou quasi-délictuelle. Dans ce cas, le tiers va invoquer un préjudice subi à la suite d'une mauvaise exécution du contrat.<sup>668</sup>

Le principe est que les parties au contrat ne peuvent invoquer que la responsabilité contractuelle alors que le tiers qui a subi le préjudice lui ne peut se placer que sur le terrain d'une responsabilité extracontractuelle.<sup>669</sup> Par exemple, les rapports entre un concessionnaire et ses usagers sont considérés comme des rapports de droit privé qui rentrent dans la sphère de compétence du juge judiciaire, sauf notamment si ces usagers invoquaient la violation du cahier des charges (dans son ensemble ou simplement une clause règlementaire), ce qui aurait pour conséquence d'en appeler à l'office du juge administratif.<sup>670</sup> C'est aussi le cas lorsque les tiers saisissent le juge administratif en cas de référé précontractuel, c'est-à-dire pour dénoncer le non-respect des procédures dans l'attribution du contrat, notamment les règles de publicité et de mise en concurrence préalable.<sup>671</sup> Dans ce cas, la loi congolaise prévoit que le juge administratif statue par voie de référé pour lui permettre de prendre des décisions urgentes dont la finalité est de remédier à la violation des règles de transparence, de publicité ou de concurrence, selon le cas, avant la conclusion du contrat provisoire, la signature ou l'approbation du contrat définitif.<sup>672</sup> Cependant, l'Autorité de

<sup>668</sup> En cas d'annulation ou d'inexistence du contrat, c'est la responsabilité quasi-contractuelle qui va justifier l'action *de in rem verso* (enrichissement sans cause) ou celle de répétition de l'indu.

<sup>669</sup> Elle peut se déployer à trois niveaux : précontractuel, quasi-contractuel ou post-contractuel. Voir dans ce sens Folliot-Lalliot L. « La responsabilité et les tiers au contrat administratif » Actes du colloque : vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique. Palais du Luxembourg, 11 et 12 mai 2001.

<sup>670</sup> *Id.* p.149. Le Conseil d'Etat français a élargi les possibilités pour les tiers en leur permettant de contester devant le juge du contrat la validité des clauses d'un contrat administratif. D'ordinaire, seules les parties signataires du contrat pouvaient en contester directement la validité devant le juge du contrat. Les tiers eux ne pouvaient contester que les actes administratifs dits « détachables » du contrat (CE, 4 août 1905, Martin, Rec.). Pour pouvoir saisir le juge du contrat, les tiers doivent démontrer que leurs intérêts sont susceptibles d'être lésés à la suite des vices du contrat. Cette action peut être exercée notamment par les élus. Conseil d'Etat, (2014), Le juge administratif et la commande publique, Dossier thématique, Etudes et Publications, juin. Il ne faut toutefois pas confondre les tiers à proprement parler (*penitus extranei*) et les usagers qui ne sont pas toujours dans la même posture.

<sup>671</sup> Voir les articles 308 et 309 de la loi organique du 15 octobre 2016. – n° 16-027 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif.

<sup>672</sup> Voir les articles 310 et 311 de la loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif. L'article 312 dispose que le juge des référés statue en premier et dernier ressort dans ce cas.

Régulation des Marchés Publics est assortie d'un comité de règlement des différends qui fonctionne, selon le cas, sous forme de commission des litiges ou commission disciplinaire dans les contestations qui remettent en cause la procédure de passation du marché. Le décret qui organise cette institution interdit toute saisine parallèle du juge des référés tant que la commission des litiges n'a pas fini de statuer, sauf au cas où cette commission ne rendait pas de décision dans le délai de 15 jours à partir de la réception du recours.<sup>673</sup> Les décisions de cette commission quoique définitives, ne peuvent avoir pour effet que de suspendre la procédure de passation et non de l'annuler. Cette limitation ne rencontre pas toujours l'assentiment de la doctrine<sup>674</sup> et la même préoccupation se pose en rapport avec la nature des pouvoirs dévolus au juge du référé précontractuel. Si son pouvoir de suspension ne fait l'ombre d'aucun doute aux termes la loi,<sup>675</sup> on peut légitimement s'interroger sur le fait qu'il puisse aller jusqu'à prononcer l'annulation de la procédure. A ce sujet, toute tentative de réponse doit partir de l'observation selon laquelle en matière des marchés publics, le juge exerce son office non sous le régime des référés ordinaires, mais plutôt sous celui des référés spéciaux. Cette nuance n'est pas bénigne. Elle a, par exemple, été interprétée en droit comparé français sous le prisme d'un pouvoir qui se situerait entre ceux du juge des référés ordinaires et ceux du juge du fond. Ainsi dans une espèce, le Conseil d'Etat français insista sur la notion d' « intégralité des pouvoirs », affirmant par-là que le juge du référé précontractuel, en plus du pouvoir de suspension, jouie non seulement du pouvoir d'annuler la procédure de passation d'un contrat, mais aussi de celui de statuer *ultra petita* sur la demande du requérant pour une suspension, toutes les fois que les circonstances l'exigent.<sup>676</sup> Seulement, contrairement aux articles L. 551-1 et L.551-2 du code de justice administrative français qui organisent de manière croisée, l'hypothèse d'une annulation, les

<sup>673</sup> Voir l'article 158 du Décret n°10/22 du 2 Juin 2010 portant Manuel de Procédure de la Loi relative aux Marchés publics. Dans l'affaire CSJ, RDC, *Société Kivu Lac Energy corporation, Klec c/ Le Ministère des hydrocarbures*, 15 mars 2017, Ordonnance RA 1553, la défunte Cour Supreme de Justice, faisant office de juge des référés, avait estimé que le requérant était en droit de la saisir vu que le comité n'avait pas rendu sa décision dans les délais lui impartis.

<sup>674</sup> Dizakana M. J. Les contentieux des marchés publics à l'heure de l'installation des cours et tribunaux de l'ordre administratif, Communication à l'occasion des Journées de réflexion à l'occasion du onzième anniversaire de la loi 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, p.10.

<sup>675</sup> Article 310 de la Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif.

<sup>676</sup> CE 20 oct. 2006, *Cne d'Andeville*, AJDA 2006. 2340, concl. D. Casas.

dispositions correspondantes dans la loi congolaise (articles 308 à 312)<sup>677</sup> sont tacites à ce sujet. On serait alors tenté de penser qu'il n'y a absolument aucune fenêtre qui soit ouverte en droit congolais, à l'hypothèse d'un pouvoir d'annulation dans le chef du juge du référé précontractuel. Et pourtant, autant on se doit de reconnaître qu'une tentative de généralisation plongerait le débat dans un abîme d'obscurantisme, autant on ne peut feindre l'ignorance qu'en cas d'absence de publicité, l'article 34 alinéa 3 de la loi congolaise sur les marchés publics sanctionne la violation de cette obligation par la nullité de la procédure.<sup>678</sup> Dans ce cas spécifique, le juge du référé précontractuel peut, plutôt que de suspendre, aller jusqu'à prononcer la nullité de la procédure d'attribution.<sup>679</sup> Il s'agit là d'une exception à la règle.

Dans le cas de la sous-traitance, l'article 18 de la loi congolaise sur la sous-traitance dispose *expressis verbis* que le sous-traitant est tiers au contrat passé entre l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage.<sup>680</sup> Elle lui reconnaît toutefois, la possibilité d'intenter une action en responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle devant le juge administratif. Ensuite, l'article 17 de cette même loi oblige le cocontractant, c'est-à-dire l'entrepreneur, à faire préalablement accepter le sous-traitant auprès du maître de l'ouvrage. Dans ce contexte, l'obligation de payer les prestations réalisées par le sous-traitant accepté peut peser indirectement sur le maître de l'ouvrage et amener ainsi le sous-traitant à engager devant le juge administratif une action en paiement direct, dont l'objet n'est pas de poursuivre sa responsabilité quasi-délictuelle, mais d'obtenir le paiement des sommes qu'il estime lui être dues.

---

<sup>677</sup> Loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics.

<sup>678</sup> L'article 34 de la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics dispose :  
Les marchés publics dont le montant est supérieur ou égal au seuil réglementaire font l'objet d'un avis d'appel à la concurrence porté à la connaissance du public.  
La publicité est faite par insertion, dans les mêmes termes, dans la presse nationale et/ou internationale et sous mode électronique, selon un document modèle qui en fixe les mentions obligatoires. Cette obligation concerne également les avis de pré qualification.  
L'absence de publicité entraîne la nullité de la procédure.

<sup>679</sup> S'il est donc difficile de s'accorder sur l'idée que le juge congolais du référé précontractuel puisse disposer d'un pouvoir général d'annulation, on ne peut, dans une approche holistique des textes, lui denier cette prérogative tout au moins et exceptionnellement en matière de publicité.

<sup>680</sup> Loi n° 17/001 du 08 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé.

Comme on peut le constater, le concept de tiers s'avère être une mosaïque polysémique dont la portée peut varier d'un contrat à une autre (usagers, concurrents malheureux, sous-traitants, *penitus extranei*<sup>681</sup>).<sup>682</sup>

## B. Le juge pénal

En matière pénale, c'est la nature infractionnelle des faits consacrés par la qualification de l'Officier du Ministère public, puis celle du juge ainsi que le taux de la peine qui déterminent la compétence du juge pénal. Ainsi si dans le processus de conclusion ou d'exécution d'un Contrat de PPP ou d'un marché public, une infraction est commise, c'est au juge pénal à titre principal, et non au juge administratif, que revient le pouvoir de répression. Les infractions, même lorsqu'elle découle d'un contrat de PPP ou d'un marché public, sont en définitive de la compétence du juge pénal et non pas du juge administratif.

Les rapports entre le droit pénal et le droit administratif sont conjoncturels. Dépendamment des circonstances de l'espèce, le droit pénal tient l'administratif en état. Le principe est que l'autorité de la chose jugée au pénal s'impose aux autorités et juridictions administratives mais seulement en ce qui concerne les constatations de fait que le juge répressif a retenues. Cependant, le dicta du juge pénal est sans incidence sur le débat de la légalité d'une mesure administrative, sauf si celle-ci est subordonnée à la condition que les faits qui servent de fondement à cette décision constituent une infraction pénale. Ainsi la règle du pénal qui tient l'administratif en Etat n'est pas absolue. L'inverse est même concevable. L'administratif peut tenir le pénal en état par exemple lorsque le juge administratif annule l'acte administratif qui forme la base légale des poursuites au pénal. Cette

---

<sup>681</sup> Il s'agit dans ce cas du tiers qui n'a « strictement » aucun lien ni avec les parties au contrat, ni même avec son objet.

<sup>682</sup> L'article 311 de la Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, prévoit aussi qu'avant la signature du contrat ou l'approbation du contrat définitif, les personnes ayant intérêt à signer le contrat ainsi que les autorités de tutelle sur les actes des autorités administratives décentralisées ainsi que ceux des organismes publics peuvent saisir le juge des référés en référé précontractuel pour faire sanctionner la violation d'une obligation de publicité et de mise en concurrence survenue entre la signature du contrat provisoire et le contrat définitif ou son approbation.

décision du juge administratif s'impose au juge répressif même si, au moment des faits, l'acte était encore en vigueur.<sup>683</sup>

En matière de responsabilité administrative, on fait généralement une distinction entre la faute de service et la faute personnelle de l'agent. Dès lors que la responsabilité pénale de ce dernier est établie, c'est au juge pénal que revient la responsabilité d'y statuer.<sup>684</sup>

### **C. La compétence du juge civil**

Le juge civil peut avoir compétence même dans le cadre d'un contrat de PPP ou d'un marché public dès lors que le contentieux soulève une question qui relève purement du droit civil. Systématiquement, il peut s'agir des matières réservées par nature aux juridictions de l'ordre judiciaire. Ce sera notamment le cas des questions qui portent sur la violation d'une liberté individuelle, la voie de fait, ou alors celles qui intéressent l'atteinte à la propriété privée (à ne pas confondre avec la situation des biens qui tombent dans le domaine public de l'Etat) ainsi que l'état et la capacité des personnes.<sup>685</sup> La compétence du juge civile peut aussi lui être attribuée expressément par une loi intervenue pour la bonne administration de la justice. C'est le cas de l'article 166 de la loi congolaise n° 82-001 du 7 janvier 1982 sur la propriété industrielle qui attribue expressément les matières se rapportant à la propriété industrielle à la compétence des Tribunaux de grande instance.<sup>686</sup>

### **D. Le juge commercial**

On pourrait légitimement s'interroger sur ce que pourrait être la compétence d'un tribunal de commerce dans un contentieux de PPP. On peut se poser la question de savoir si le statut de commerçant du défendeur pourrait dans ce cas fonder la compétence du Tribunal de commerce ? Surtout qu'au pénal, celui-ci a des compétences qui s'exercent essentiellement sur les infractions à la législation commerciale. L'article 17 de la loi n° 002/2001 du 03 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de

---

<sup>683</sup> Par exemple, l'annulation postérieure d'un permis de conduire.

<sup>684</sup> Cependant, dans l'hypothèse de la faute de service, si celle-ci a généré des dommages, c'est au juge administratif qu'il reviendra d'y statuer.

<sup>685</sup> Lombard M., p.410.

<sup>686</sup> La propriété intellectuelle revient aussi à la compétence de l'ordre judiciaire même lorsqu'elle découle d'un contrat de PPP ou d'un marché public. Voir aussi l'article 104 de l'ordonnance-loi 86-033 du 5 Avril 198 portant protection des droits d'auteurs et des droits voisins.

commerce dispose qu'ils connaissent, en matière de droit pénal, des infractions à la législation économique et commerciale, quel que soit le taux de la peine ou la hauteur de l'amende. Dans le procès dit « des 100jours », une infraction pour laquelle les défendeurs étaient poursuivis se trouvait être le blanchiment des capitaux réprimé par la loi N° 04/016 du 19 Juillet portant lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. La compétence du Tribunal de grande instance en lieu et place du Tribunal de commerce pourrait néanmoins s'expliquer dans ce cas par le fait qu'au registre des incriminations poursuivies, on en trouvait des plus générales telles que le détournement des deniers publics et la corruption, mais aussi par le fait qu'au nombre des accusés se trouvaient le directeur de cabinet du chef de l'Etat ainsi que le responsable du service import et export à la présidence qui eux certainement ne sont pas des justiciables du Tribunal de commerce.

A titre principal, on retiendra que le Tribunal de commerce n'a aucune compétence directe en matière des PPP. Dans une espèce intéressante, un Tribunal de commerce au Niger s'était déclaré incompétent alors que le demandeur tentait de faire annuler un avenant signé entre l'Etat et deux sociétés qui elles n'étaient pas partie au contrat initial, avenant qui avait pour effet d'écarter le demandeur partie au contrat initial.<sup>667</sup> De manière succincte, les faits se présentaient tels que :

*« Lors de la constitution de la société M SA signait avec l'Etat du Niger, un contrat de partenariat public privé d'un montant de 29.694.571.592 FCFA relatif à la conception, le financement, la réalisation, la mise en œuvre, l'exploitation l'entretien et la maintenance des équipements de contrôle de la qualité de service et de la facturation du trafic téléphonique des opérateurs des réseaux de télécommunications ; Pour l'exécution dudit contrat, M SA sollicitait et obtenait de la BANQUE SA un financement d'un montant de deux cent millions (200.000.000) FCFA ; En garantie de ce financement, la SONIBANK obtenait du Ministère des Finances le virement exclusif et irrévocable des rémunérations en raison d'un soit disant rachat de la société luxembourgeoise M SARL (partenaire technique au contrat initial) ; La surprise de la requérante fut grande lorsqu'elle constatait sur le même avenant*

<sup>667</sup> Société M Sa 2°) L'agence A c/ 1°) Etat Du Niger 2°) Société W (Tricom) Jugement Commercial N°67 du 08/09/2016.

*que Monsieur M M D, jusque-là Directeur Général de M SA, était le Directeur Général de W S.A »*

Statuant en premier ressort, le tribunal de commerce de Niamey va dire qu'il « se déclare incompétent pour connaître du présent litige en raison du caractère administratif de l'avenant en cause ». Curieusement, dans une autre espèce, le Tribunal de commerce d'Abidjan n'a pas lui hésité à statuer sur un contentieux qui rentrait dans le cadre d'un marché public. Dans l'espèce, l'un des soumissionnaires avait saisi en référé, le Tribunal de commerce d'Abidjan, à l'effet de faire injonction au Port Autonome d'Abidjan d'avoir à lui communiquer le rapport d'analyse de la Commission d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres (COJO) sous astreinte comminatoire d'un milliard (1.000.000.000) de F CFA par jour de retard, à compter du prononcé de la décision à intervenir. Le Juge des référés du Tribunal de Commerce d'Abidjan avait alors, par son ordonnance du 12 avril 2013, déclaré la requête du soumissionnaire recevable en la forme, mais non fondé au motif que l'article 75.3 du code des marchés publics ivoirien ne mettait pas à la charge de l'autorité contractante une obligation de communiquer le rapport d'analyse de la COJO, mais permettait simplement d'en prendre connaissance sur place.<sup>688</sup> Cette position du Tribunal de commerce d'Abidjan sur une question de droit administratif est apparue bien surprenante au point que l'on puisse s'interroger sur le fondement rationnel de cette démarche. Selon un observateur, le Tribunal de commerce d'Abidjan avait en l'espèce donné préséance au critère organique sur le critère matériel en considérant qu'il s'agissait d'une contestation entre commerçants, le Port Autonome d'Abidjan étant régi par les actes uniformes de l'OHADA sur les sociétés commerciales.<sup>689</sup> Cependant, quoiqu' une personne morale de droit privé puisse se voir confier le pouvoir de prester comme une autorité administrative contractante<sup>690</sup> dans le cadre d'un marché public, dès lors que la contestation porte sur la procédure de passation ou d'attribution (critère matériel), elle reste l'apanage du juge administratif, peu importe que les parties aient le statut de commerçant ou non.

---

<sup>688</sup> Bile V., Quelle compétence pour le Tribunal de Commerce dans le contentieux des marchés publics ? . Retrieved from <https://www.anmp.ci/images/PDF/article-contentieux-des%20marches-publics-quelle-competence-pour-le-tribunal-de-commerce.pdf>. (Visité le 21 septembre 2021).

<sup>689</sup> *Id.*

<sup>690</sup> C'est bien souvent le cas des entreprises publiques qui sont créées selon les règles du droit privé.

Au demeurant, si à titre principal, le Tribunal de commerce n'a aucune compétence dans le contentieux d'un contrat de PPP ou un marché public, il n'est pas exclu que le co-contractant, dans le cadre de ses obligations, soit amené à conclure des contrats avec d'autres prestataires qui eux restent des tiers au contrat initial et ne participent pas à l'exécution d'un service ou des travaux publics. Dans ce cas, un contentieux entre ces derniers peut être de la compétence du Tribunal de commerce dépendamment de l'objet de la demande et du statut de commerçants du défendeur tout au moins.<sup>691</sup>

Aussi, dans le cadre du droit positif congolais, la loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au PPP distingue deux grands groupes de contrats : la délégation de service public et les contrats de partenariat. Dans ce dernier groupe, on retrouve la consécration légale d'un type de contrat particulier. Il s'agit des 'accords de longue durée, ayant pour objet l'exploitation des ressources naturelles, en contrepartie de la construction des infrastructures dans lesquels le partenaire privé a une mission globale notamment de financement et conception d'ouvrages ou d'acquisition d'équipements'.<sup>692</sup> Bien que le contrat à l'origine reste un contrat public, sa mise en application amène souvent l'Etat et le partenaire privé à mettre en place une nouvelle personne morale (joint-venture) qui elle va entrer en relation d'affaires avec les tiers dans le cadre des activités projetées dans le PPP. Dans ces conditions, il n'est pas exclu que les contentieux issus des interactions de cette dernière avec les tiers puissent tomber sous la compétence du tribunal de commerce.

#### **IV. Conclusion**

La question de la compétence juridictionnelle dans le PPP et les marchés publics doit s'apprécier au cas par cas, plus particulièrement en fonction de l'objet de la demande en justice. Ce qu'il convient de retenir à ce stade est que les contrats administratifs relèvent principalement de l'office du juge administratif. Les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent exceptionnellement connaître des litiges ou contentieux issus de ces contrats dépendamment du résultat auquel le demandeur veut aboutir. Le critère matériel prime alors sur

---

<sup>691</sup> Dès lors qu'un contrat de PPP peut faire intervenir indirectement des sociétés tierces. Par exemple lorsque le cocontractant est une société commerciale et que, dans le cadre de ses obligations, il signe des contrats avec des sociétés tiers qui elles aussi ont le statut de commerçant. Si un contentieux venait à éclater entre eux, la juridiction qui devra statuer c'est le tribunal de commerce en raison de leurs qualités.

<sup>692</sup> Voir son article 4. La première expérience de ce type de contrat de PPP a été faite avec le contrat SICOMINES signé entre l'Etat congolaise et un consortium d'entreprises chinoises en 2008.

le critère organique. Voilà qui expliquerait la compétence du juge pénal en cas d'infraction, ou même du juge civil sur des matières spécifiques, notamment l'atteinte à la propriété privée, la voie de fait, la propriété intellectuelle, l'état et la capacité des personnes. Quant au juge commercial, son intervention ne peut qu'être subséquente à des actes juridiques qui créent une relation commerciale avec des tiers au contrat principal (PPP ou marché public), pourvu que ces contrats subséquents ne tombent pas eux-mêmes dans la classification des contrats administratifs.

A l'occasion du dixième anniversaire de son décès, de nombreux Collègues, Confrères, connaissances, amis ainsi que sa famille ont tenu à rendre hommage au Professeur MUKADI BONYI en lui dédiant ce recueil d'études et de témoignages.



MUKADI BONYI Jr est docteur en droit de l'Université d'Artois (Lille Nord de France) où il a été Chargé d'enseignement vacataire puis Attaché temporaire d'enseignement et de recherche (ATER). Membre associé du Centre Droit, Ethique et Procédures (CDEP-EA2471-ED74), il a été Conseiller juridique au Cabinet du Premier Président du Conseil d'Etat et Directeur du Centre d'excellence de formation continue (BANQUE MONDIALE—SENAREC—PROVINCE DU KWILU—UNIBAND). Leader socio-culturel, il est Professeur à l'Université de Bandundu et auteur de plusieurs ouvrages en droit congolais.

Sous la coordination du Professeur MUKADI BONYI Jr l'ouvrage rassemble les contributions de :

ALONI MUKOKO Yves \* ANGELESI BAYENGA Fils \* ARNAUD de RAULIN \* BATEBUA ADIKEY Jean-Claude \* BIMBOU LOUAMBA Andréa Miguel \* BOKONA WIIPA BONDJALI François \* CHARLES UNIKOWSKI \* DUNIA MANGU MANGU \* ETSHINDO BEKOMA Bertrand \* ILUNGA WA UMBA NDOLO Jean-Claude \* ISUNGU MPETY Augustin \* KABANGE NKONGOLO Christian-Junior \* KABASELE KABASELE Nicolas \* KANGULUMBA MBAMBI Vincent \* KASHAMA MATOLU Grâce \* KUMERITA MUDIANGU Blaise \* LISIMO SAYA Alexis \* LUBULA MPIANA Honoré \* LUKUNDA VAKALA MFUMU Richard \* LUMU MBAYA Sylvain \* MANATSHITU BILE MPUTU Nelly \* MANZANZA LUMINGU Yves-Junior \* MATADIWAMBA KAMBA MUNTU \* MEPAY Mike \* MIKAMBU LUTONDO Bill-Augustin \* Monseigneur PLEVOETS \* MUANDA MUAKA Bonheur \* MUKADI BONYI Jr \* MUKENDI wa MULUMBA Jean-Joseph \* NDOMBA KABEYA Elie-Léon \* NGAMBELE NSASAY René \* N'GHOV Cibang Victor \* NSAKA KABUNDA Anne-Marie \* NSANIMA MOBEKI Branly \* NTUMBA KABEYA Sylvie Diamante Laura \* NTUMBA MANDE Enoch \* PINI-PINI NSASAY Kentey \* Dr TSHIPAMBA MPUILA François \* SHANGO OKOMA Jean-Marie \* UPIO KAKURA WAPOL \* VAN LANGENDONCK Jef \* WASENDA N'SONGO Cornelle.