

12 Contrats de partenariat public privé

Contrat global, ce partenariat s'inscrit en effet dans la durée et intègre par exemple la notion de « cycle de vie des infrastructures ». Inséparable de la préoccupation environnementale, il postule des modes de production et de consommation qui soient durables. Il met l'expertise privée au service des collectivités et permet un partage judicieux des financements, des risques et des responsabilités. Pour atteindre ses objectifs à moyen et à long terme, il bénéficiera d'un encadrement juridique exigeant. On le voit, ce type de contrat peut être une réponse adéquate aux défis à relever dans les pays émergents. Plus appropriée en tous cas que ne le seraient nationalisations ou privatisations.

On notera sans déplaisir que plusieurs des éléments qui participent à la définition même du partenariat public privé, prennent exactement le contrepied de certaines dérives contemporaines : dictature de la pensée et du calcul à court-terme liée elle-même à la financiarisation malsaine de l'économie, insouciance environnementale, gestion irréfléchie des ressources naturelles, dogmes de la dérégulation et de la croissance à tout prix. Dans ce sens, l'ouvrage du professeur Mukonde délivre message de raison et de sagesse. Au demeurant, l'auteur n'ignore pas que le partenariat proposé puisse comporter nombre de risques politiques, économiques, financiers, technologiques ou sociaux. Celui de mainmise sur le service public et ses agents et tous les dérèglements qui s'ensuivent, ne sont certes pas théoriques.

Richement documenté, le livre du Professeur Mukonde a le double mérite d'être engagé et en prise constante avec les réalités. Nul doute qu'il puisse être utile non seulement aux pays émergents d'Afrique, mais aussi à bien d'autres régions du monde.

Professeur Augustin Macheret

Recteur de l'Université de Fribourg (Suisse) et Conseiller d'Etat

AVANT-PROPOS

Le présent ouvrage fait suite aux deux précédents volumes de l'auteur : (2015) *Droit des affaires en Afrique subsaharienne et économie planétaire*, et (2016) : *Démocratie électorale en Afrique subsaharienne Entre droit, pouvoir et argent*, publiés par Globethics.net¹. Bien que Pascal Mukonde convoque le thème du contrat du point de vue strictement juridique et dans le contexte du droit africain en RD. Congo, sur une ligne de recherche systématique (p.75), nous souhaitons mentionner comme préliminaire, la place de l'éthique vis-à-vis des concepts juridiques, dans ce livre centré sur la notion de contrat. Le contrat est en effet un concept central dans l'histoire de la philosophie, partagé entre les normes du droit et un type de collaboration politique. Il est intéressant de comparer la valeur éthique du concept de partenariat, dans l'expression « contrat de partenariat », que nous mettons par hypothèse en rapport avec une finalité de développement, car parmi les risques d'un contrat de partenariat, en particulier entre le public et le privé, il n'est pas seulement question de risques économiques : il y a aussi celui éthique de réputation, par exemple lorsqu'il y a corruption des agents (cf. ci-dessous p. 130), c'est-à-dire des obstacles au développement liés au caractère non transparent des pratiques.

L'obligation du contrat diffère de celui qui dérive des devoirs relatifs au code civil, mais non exprimés sous forme contractuelle, en cela que le contrat ne se base pas *prima facie* sur l'idée d'un tort ou d'une négligence, mais il est plutôt directement rapporté à la capacité de

¹ Pour un accès gratuit à l'ensemble de la Série African Law, incluant ces deux ouvrages: www.globethics.net/african-law-series

14 Contrats de partenariat public privé

promettre et de responsabilité juridique et éthique². En clair, il n'est pas nécessaire d'attendre un risque ou un dommage pour définir sous forme de contrat des responsabilités respectives. Où placer alors la dimension éthique, notamment si le caractère de risque n'est pas toujours manifeste dans l'idée de contrat ? Une perspective est de revisiter le sens du mot contrat comme une promesse.

Si un contrat est décrit comme une promesse qui engage juridiquement, alors pour faire un contrat, il faut au moins faire une promesse et cet engagement devrait simultanément être soumis à deux séries de normes - juridiques et éthico-morales. Comme Pascal Mukonde le montre bien, les normes juridiques régissant ces promesses divergent non seulement dans la modalité des normes juridiques (droit privé, public, droit administratif), mais elles divergent également sous l'espèce des normes éthiques et morales. Variété de normes de droit et variété de normes éthiques soulèvent une série de questions, sur la façon dont la responsabilité éthique et morale parcourt à la fois la sphère juridique et les systèmes de valeurs éthiques morales. Par exemple, comparons les conséquences d'un manquement à une promesse liée à un contrat en comparaison au problème moral posé par manquer à une simple promesse sans cadre juridique, et les conséquences en termes de partage de responsabilité de droits et de risques (p.27).

Le contrat, et à plus forte raison celui « de partenariat public privé », touche des dimensions sociales, économiques et politiques, par conséquent ce contrat est en relation, du point de vue du système axiologique des valeurs spirituelles ou matérielles, avec un ensemble de principes éthiques, eux-mêmes incluant le principe d'éthique rationnelle du droit, mais non limité à ce seul principe rationnel, car il peut exister une obligation morale d'équité, ou une raison rationnelle de baser un

² Markovits, Daniel, Contract's Doctrinal Distinctiveness, Theories of the Common Law of Contracts, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition), E. N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/contracts-theories/>>.

choix moral ou de justice, indépendantes de la forme de la promesse et du contrat³. Le principe d'éthique politique d'égalité de considération et de respect des droits humains, par exemple, permet de répondre au doute qu'il existe « un contrat originaire » entre tous les citoyens, qui fonde un système de coopération (avec David Hume, 1748), car nous ne voulons pas remettre en question l'importance de l'éthique, pour constituer la condition de possibilité des droits politiques, juridiques, économiques, religieux, culturels, etc.⁴

Une promesse contrairement à une prière implique deux personnes humaines (et non pas seulement une personne humaine et une personne divine), mais elle peut rester unilatérale à ce point, bien qu'on ne puisse la former seulement dans le secret de son cœur, contrairement à un vœu ou à une résolution, un engagement ; une promesse garde une valeur sociale et morale, sans qu'elle nous soit rendue, tandis que du point de vue des normes de droit une promesse est conçue sous le mode de l'échange : non tenue une promesse peut ne pas être sanctionnée, lorsque rien n'a été reçu en échange. La promesse touche le domaine de la justice par un versant sémantique précis, la promesse est affaire de la justice à condition qu'elle s'origine dans une dispute autour d'une propriété⁵. Mais la promesse est aussi liée au jugement moral et à la culpabilité, qui ainsi que nous le montre le roman de Dürrenmatt, peut venir nous hanter de manière redoutable⁶.

³ Shiffrin, Seana Valentine (2007): *The Divergence of Contract and Promise*, 120 *Harv. L. Rev.* 709, 712.

⁴ Hume, David (1748) : *Essai sur le contrat originel*, Quinze essais politiques, Trad. par P. Folliot, 2008.

⁵ La justice suppose que « je sache que mon intérêt est lié à celui des autres. » Frédéric Brahami, « Hume, contractualiste ? Famille, droit, pouvoir dans la philosophie de Hume », *Philosophique*, 12, 2009, mis en ligne le 01 septembre 2011, consulté le 15 juin 2018. URL : <http://journals.openedition.org/philosophique/146>

⁶ Dürrenmatt, Friedrich (1995): *La promesse* [Das Versprechen], Livre de Poche ; voir aussi le film : *The Pledge*, 2001.

16 Contrats de partenariat public privé

La promesse établit des règles pour former un cadre formel à la confiance qui précède à travers les interactions interpersonnelles, tandis que le contrat ne devrait pas seulement établir des règles qui aident à réaliser un système équilibré de coopérations économiques avantageuses (d'un point de vue utilitariste), mais le contrat devrait aussi inclure un degré de moralisme légal minimal, afin précisément de garantir une dimension des valeurs (une axiologie de principes éthiques interpersonnelles) qui devrait sous-tendre le contrat légal.

La notion de développement de soi est depuis Thomas d'Aquin, Kant, Hume et Hegel au centre de la question : est-ce que nos talents, compétences et nos propriétés matérielles dépendent de l'autonomie du sujet, et de sa capacité de faire des choix judicieux ? Ou s'il existe pas plutôt un plan métaphysique plus large, qui devrait dessiner de manière providentielle, l'espace d'une grâce divine de développement des talents, de gestion des biens matériels, de vision des projets de construction et d'infrastructures, comme impératifs de progresser au lieu de stagner ? Si c'est le cas, le jeu interactif des participants en présence serait analogue à une communauté rassemblée autour d'une notion de bien commun, ou d'histoire du droit naturel et aussi d'une intéressante notion de progrès des formes de droits politiques et juridiques.

La convention de partenariat est distincte de la promesse en ce que, nous suggérons, le partenariat est d'abord un moyen de développement de soi, individuel et collectif, qui pose un cadre à la notion de promesse. À la rigueur, comme l'exemple des rameurs de Hume, on peut concevoir de faire un chemin ensemble, synchroniser nos objectifs, sans forcément faire de promesse ou écrire de contrat explicite – mais même une convention des intérêts de cette sorte serait une coquille vide sans une dimension normative. On voit que quand il s'agit de combiner les notions de développement et de promesse, nos préconceptions du sens du développement, ou notre analyse des conditions sociales, économiques et idéologiques du développement pourraient permettre de

décrire et de pondérer quelles valeurs normatives et éthiques sont indispensables pour quel type de contrat.

Un cadre minimaliste au développement pourrait se limiter à établir un niveau eudémoniste et utilitariste de calcul d'amélioration et de conservation durable du bien-être, par le renforcement de certains droits humains de base, et de normes légales qui les sous-tendent. Cependant l'idée de développement peut aussi prendre racine dans des principes éthiques téléologiques (portant sur une diversité de finalités) à la fois comme forme de solidarité déjà présente à un niveau proto-éthique dans le goût, l'organisation de la famille, le développement de la culture, l'autorité de l'Église ; et de manière importante par des principes d'éthiques subjectifs comme les sentiments moraux, l'art, ou des principes objectifs et rationnels élevés comme celui du droit, dans l'éthique politique et l'éthique métaphysique et interreligieux.

Notre discussion normative précède logiquement le cadre du contrat et du partenariat dans l'interaction de services public et/ou privé dans le contexte africain, car celui-ci est juridique, bâti sur le principe rationnel objectif du droit, ainsi que se propose de le montrer Pascal Mukonde. L'auteur se fixe pour objectif de décrire l'appareil technique juridique particulièrement complexe qui contribue à garantir et à protéger ces valeurs, car les intentions éthique et la complaisance ne suffisent pas (p.55). Son livre devrait encourager à d'avantage d'études, combinant comme lui les défis à relever en Afrique subsaharienne, l'outil précieux du contrat administratif et l'engagement des marchés publics et des partenariats publics privés.

Dr I. Haaz

Responsable des Éditions Globethics.net,

Bibliothèque numérique d'éthique Globethics.net