THE INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC CONTRACTS
LA REVUE INTERNATIONALE DES CONTRATS PUBLICS
REVISTA INTERNACIONAL DE CONTRATOS PÚBLICOS

Nº 02 – Dezembro de 2013

LA LOI FIXANT LE REGIME DE SCONCESSIONS ET LE DEVENIR DU SERVICE PUBLIC EN TUNISIE

Ridha Jenayah
Professeur à la Faculté de droit
et des sciences politiques de Sousse

La concession de service public en Tunisie connait, depuis la fin des années quatre vingt, une véritable renaissance que consacre la loi n° 23 du 01 avril 2008 fixant le régime des concessions[1].

Née avec le Protectorat dans un contexte d'économie libérale justifiant le recours aux capitaux privés pour la construction et l'exploitation des réseaux publics de transport, d'électricité et de gaz[2], elle a été, pendant longtemps, confondue avec le capitalisme colonial.

C'est ce qui explique, aux lendemains de l'Indépendance, son rejet brutal et l'option résolue pour les modes de gestion publics des services publics[3].
A l'heure actuelle, le procédé, qui se diversifie et « *s'internationalise* »[4], connait un renouveau spectaculaire qui touche la plupart des services publics et particulièrement ceux relatifs aux grands projets « d'intérêt national »[5] pour la

[1] Sur le droit des concessions en général, cf. L. Richer- *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 4ème édit. 2006, n° 660 et s; J. Dufau- *Les concessions de service public*, Moniteur, 1979 ; G. Dupuis- *« Sur la concession de service public* » D. 1978, chron. 222 ; J.C. Douence-« *La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* », RFDA 1993, Chronique, p. 944 ; v. aussi : G. Marcou- « *La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993* », RFDA 1994, p. 692 et s.
Sur le droit des concessions en droit tunisien, v. A. Mestre- *Les services publics de l'administration tunisienne*, ENA, 1977, p. 139 et s. :R. Jaidane- « *Lagestion des contrats internationaux de concession* », RDAI, n° 3, 2005, p.1 et s. ; ; M.S. Ben Aissa- « *Le Partenariat Public Privé (PPP) en Tunisie : l'exemple de la concession* » (version non définitive), egpa2007.inap.map.es/egpa2007/workshops/WSI/WSI/_BenAISSA.pdf

[2]La première concession adoptée en Tunisie sous le Protectorat est celle conclue avecla Compagnie du gaz et régie des eaux de Tunis le 30 octobre 1886 portant attribution d'une concession d'éclairage dans la ville de La Goulette. Sur ce point, v. : A. Ayadi-« *Le régime juridique du service public de l'électricité et du gaz », RTD,* 1968, p. 53 et s.

[3] Cf. A. Mestre- *Les services publics de l'administration tunisienne*, op.cit., p. 139 et s.

[4] Cf. J.B. Auby- « *L'internationalisation du droit des contrats publics* » in « *Droit administratif* », Edit. duJuris-classeur, Août-Septembre 2003.

[5] Le caractère « d'intérêt national » d'une concession prévu par l'article 13 de la loi, dépend de la réunion d'un ensemble de critères prévus par l'article 2 du décret n° 3437 du 28 décembre 2010, relatifs àla taille de l'investissement, à l'employabilité du projet, à son taux d'intégration, à la plus-value technique et technologique qu'il apporte, au développement des infrastructures qu'il permet de réaliser et à son impact sur l'environnement

satisfaction desquels les personnes publiques ne paraissent pas suffisamment qualifiées : construction de grands projets d'infrastructure (routes[6], ports[7], aéroports[8]), réalisation d'équipements en réseaux[9] et exploitation des services publics y afférents[10].

Avant l'adoption de cette loi, il n'existait pas un cadre général régissant les concessions. La démarche du législateur ayant été, jusque là, empirique, consistant à réagir au cas par cas, en élaborant des textes particuliers au fur et à mesure des besoins. Il en est résulté une législation extrêmement disparate, presqu'un régime spécifique pour chaque type de concession. C'est à ce droit éclaté qu'est venue se greffer le régime général organisant le régime des concessions institué par la loi du 1er avril 2008[11].
Cet élargissement des champs a pour effet un renouvellement de la notion. Le procédé devient, désormais, un instrument privilégié de renforcement « *de la*

---

et sur les ressources naturelles. En vertu de l'article 3 du décret, les concessions sont reconnues d'intérêt national par le premier ministre sur avis de l'Unité de suivi des concessions (JORT 2010, n° 105, p.3892).

[6]En matière de construction et d'exploitation d'autoroutes, c'est le procédé de la concession qui est privilégié. Ainsi, l'autoroute Tunis-Bizerte a été réalisée par voie de convention conclueentre l'Etat et la société Tunisie autoroutes, approuvée par le décret n° 1073 du 13 mai 2004,sur la base de l'article 34 de la loi n° 86 du 17 mars 1986 relative au domaine public routier et du décret n° 654 du20 avril 1987 relatif aux conditions d'octroi des concessions d'occupation de ce domaine.

[7] Ainsi, la concession de réalisation et d'exploitation d'un terminal croisiériste sur le domaine public maritime du port de Tunis, La Goulette, Radés a été confiée par l'Office de la marine marchande et des ports à la société privée « *Goulette Shipping Cruise* » parvoie de convention conclue sur la basede l'article 2, alinéa 3 de la loi n° 109 du 28 décembre 1998 ; elle a été approuvée par le décret n° 366 du 19 février 2007.

[8] La construction de l'aéroport du Centre Est dit aéroport d'Enfidha a été réalisée par voie de convention signée le 18 mai 2007entre l'Etat et la société TAVcomportant octroid'une concession relative à la conception et la construction de l'aéroport d'Enfidha, ainsi que l'exploitation des aéroports d'Enfidha et de Monastir, approuvée par le décret n° 1316 du 28 mai 2007,précisé par le décret n° 1216 du 14 mai 2007, pris sur la base del'article 2 nouveau de la loi n° 110 du 28 décembre 1998, modifié et complété par la loi n° 41 du 3 mai 2004 relative à l'office des ports aériens et de l'aviation civile et des articles 91 et 93 du code de l'aviation civile.

[9] Ainsi, la convention d'attribution d'une concession d'établissement et d'exploitation d'un troisième réseau public de téléphonie fixe et de téléphonie mobile de 2ème et de 3ème génération de type « GSM » signée entre l'Etat tunisien et la société Divona/Orange France Télécom le 13 juillet 2009, a été approuvée par le décret n° 2270 du 31juillet2009 pris sur la base de l'article 18 de la loi n° 1 du 15 janvier 2001 portant promulgation du Code des télécommunications (JORT n°62 du 04 août 2009, p. 2714). Il faut noter, toutefois, que le terme de concessionen matière de gestion des réseaux publics et des réseaux d'accès aux télécommunications, a été supprimé et remplacé par le terme de « *licence* » en vertu de l'article 31 bis nouveau du Code des télécommunications, tel que modifié et complété par la loi n° 1 du 8 janvier 2008,. Sur ce point, cf. infra, p. 12 et 13.

[10] L'article 2, paragraphe 4 et l'article 4 de la loi n° 41-93 précitée, habilite l'ONAS, en tant qu'opérateur public exclusif, à concéder l'exploitation des installations d'assainissement et autres services relevant de ses attributions. Il ne s'agit pas cependant de « *concessions* » à proprement parler, car les redevances d'assainissement ne peuvent être collectées directement par le « *concessionnaire* » sur les usagers, dans la mesure où elles font l'objet d'une facturation distincte par la société nationale de distribution de l'eau(SONEDE), établissement public à caractère industriel et commercial chargée du monopole de l'exploitation et de la distribution de l'eau potable.

[11] Cette démarche singulière, consacrée par l'article 43 de la loi qui dispose que la nouvelle loi s'applique à toutes les concessions sous réserve des textes sectoriels particuliers, pose le problème du texte applicable en cas de contrariété entre les dispositions du régime général et celles des lois sectorielles. Pour une illustration de ces difficultés d'application, v. l'avis du Conseil de la concurrence n° 82217 du 11 juillet 2008 sur le projet de décret relatif aux conditions et aux procédures d'octroi des concessions.

politique de participation entre les secteurs public et privé » considérée désormais par l'Etat *« comme l'une de (ses) prioritésdans la gestion des services publics* »[12].

Mais la concession reste avant tout un mode de gestion des services publics[13]. C'est fondamentalement un système contractuel dans lequel une collectivité publique charge une entreprise de l'exploitation d'un service public en contrepartie d'une rémunération constituée essentiellement par les redevances que cette dernière sera autorisée à percevoir sur les usagers[14]. Aussi, la logique libérale qui la sous-tend est sans influence sur ses principes de base. Tout simplement, parce qu'un service public n'est pas une activité comme les autres ; qu'il a ses règles et même ses lois, les fameuses lois du service public. Plus encore, son organisation implique nécessairement la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique et d'un pouvoir de réglementation et de contrôle difficilement compatibles avec la logique du marché.

Pour autant, ces principes qui gouvernent le droit traditionnel des concessions de service public, fortement teintés de droit public, ne sont pas figés ; ils évoluent et subissent de plein fouet l'influence des transformations de l'action publique. Ainsi, l'option pour le libéralisme économique à la fin des années quatre vingt[15] va sonner le glas du « *tout public* ». D'autre part, l'adhésion de la Tunisie à l'OMC et la logique de l'accord d'association signé avec l'Union européenne le 17 juillet 1995[16] conduisent à une pénétration progressive du droit national par les exigences du droit communautaire, peu réceptif par nature aux privilèges de la puissance publique.

L'effort d'adaptation qui en découle affecte directement les notions essentiellesdu droit administratif tunisien, et particulièrement celle de la concession de service public.

Avec la nouvelle loi sur les concessions, ce n'est pas seulement le régime de la concession qui est ébranlé (I), mais le cœur même de la notion qui est affecté (II).

---

[12] Selon les termes même de l'exposé des motifs de la nouvelle loi V. R. Jaidane- « *La gestion des contrats internationaux de concession* », RDAI, n° 3, 2005, p.1 et s.

[13] Même s'il existe des concessions d'occupation privative de dépendances domaniales sans service public, comme par exemple les concessions d'aménagement et d'exploitation de stations-service sur le domaine public routier.

[14] P. Delvolvé-« *la concession de service public et le droit communautaire*. Rapport de synthèse » in « *La concession de service public face au droit communautaire* », Sirey, Collect. Droit public, 1992, p.103.

[15] Consacrée, d'abord, par la mise en place d'un Plan dit d'ajustement structurel (PAS) à la fin de l'année 1986 à l'instigation du FMI, ensuite, par l'adhésion de la Tunisie à l'OMC ratifiée par la loi n° 6 du 23 janvier 1995. Sur ce plan et, plus généralement, sur l'intervention des institutions financières internationales en Tunisie, v. : S. Bessis : « *Banque mondiale et FMI en Tunisie, une évolution sur trente ans* », in « *Etat et développement dans le monde arabe, crise et mutation au Maghreb* », Paris, CNRS 1990, p. 135.

[16] Accord Euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part, signé le 17 juillet 1995 et visant à instituer progressivement une zone de libre échange entre la Tunisie et l'Union européenne en conformité avec les accords du GATT et de l'OMC (ratifié par la Tunisie par la loi n° 49 du 20 juin 1996 et par les Communautés européennes le 26janvier 1998, et entré en vigueur le 1er mars 1998, deux mois après l'échange des instruments de ratification (Décret de publication n° 1273 du 18 mai 1998).Sur cet accord, *v*. J. P. Geuthner-*« Commentaire de l'Accord d'association conclu entre l'Union européenne et la Tunisie du 17 juillet 1995*, Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, n°6/1995.

I-L'ébranlement du régime des concessions de service public

La notion de service public est indissociable de la notion de concession. A la base de la plupart des schémas concessifs, il y a, le plus souvent,[17] un contrat ayant pour objet une activité de service public[18]. Mais, d'un autre côté, le mouvement du droit qui appelle au renouvellement du procédé de la concession ignore la notion de service public. C'est ce paradoxe qui explique les transformations du régime de la concession de service public.
Ces transformations sont perceptibles dans trois directions essentielles: la liberté de choix du concessionnaire (A) la gestion du service aux frais et risques du concessionnaire (B) et le renforcement des droits du concessionnaire occupant du domaine public (C)

A-Concession de service public et liberté de choix du concessionnaire

1/ L'attribution de la concession a longtemps été considérée comme relevant de la liberté de choix du concédant compte tenu de l'impératif de confiance devant régir les rapports entre la collectivité locale et son cocontractant. Le rôle déterminant que celui-ci est appelé à jouer dans l'exécution du service paraissait devoir justifier le pouvoir reconnu à l'administration de le choisir librement, sur la base de ses qualités intrinsèques. C'est ainsi que dans la présentation traditionnelle des contrats administratifs, il était traditionnel d'opposer les marchés publics, dont la conclusion est subordonnée au respect d'une procédure de mise en concurrence préalable des candidats, aux contrats de concession de service public, dont la passation était soumise à la libre appréciation de l'administration sur la base de *l'intuitu personae*. Cette opposition n'a pas totalement disparu de notre droit puisque l'article 1er du Code des marchés publics dispose que « *ne constituent pas des marchés publics (…) les contrats de concession de services publics* ». Mais elle semble aujourd'hui dépassée car la nouvelle loi, s'inspirant à la fois du mouvement général du droit et des lois sectorielles antérieures, pose, désormais, le principe de « *la mise en concurrence pour garantir lanon discrimination entre les candidats, la transparence des procédures, et l'égalité des chances* » (Art. 9 de la loi). Dans cette perspective, c'est le procédé de l'appel d'offres qui est privilégié.Ses modalités de mise en œuvre ont été précisées par lechapitre premier du titre deuxième du décret du 19 juillet 2010 fixant les conditions d'octroi des concessions[19] qui prévoit que « *les concessions sont octroyées après miseen concurrence par voie d'appel d'offres* » (article 4), dans les conditions prévues par lerèglement d'appel d'offres et des documents relatifs à l'objet de la concession et leurs annexes (article 9). L'appel d'offres pouvant être ouvert ou restreint, précédé d'une pré-qualification ou d'un

[17] V. supra p. 3.
[18] Définie dans le cadre de l'article 3 de la nouvelle loi sur les concessions comme étant « *l'activité consistant à procurer des prestations destinées à satisfaire l'intérêt général sous le contrôle direct de la personne publique concédante ou de toute autre personne publique exerçant des tâches de contrôle selon la législation en vigueur* » On notera au passage que, pour qu'il y ait concession de service public, il n'est pas nécessaire que la gestion du service public soit l'objet exclusif du contrat : il arrive fréquemment, en effet, que cet objet se double d'un contrat de réalisation de travaux publics et/ou d'occupation du domaine public. Cf. sur ce point : F. LLorens- « *La définition actuelle de la concession de service public en droit interne* » in « *La concession de service public face au droit communautaire* », Sirey, collection de droit public, 1992, p. 30-31.
[19] Décret n° 1753 du 19 juillet 2010 (JORT n° 59 du 23 juillet 2010, p. 2006).

appel à manifestation d'intérêt (article 5) ; il doit porter à la connaissance des candidats les critères de choix (article 6). L'ouverture des plis comportant les offres des candidats, leur dépouillement et leur classement, est confiée à une commission spéciale instituée par le concédant et chargée à la fois de définir les étapes préalables à l'octroi de la concession et d'émettre un avis sur le candidat retenu (article 8).Cette procédure s'apparente à celle suivie en matière de marchés publics, même si elle n'en a pasla même portée, car l'autorité adjudicatrice en matière de concession reste libre de négocier les offres présentées et de choisir le délégataire. L'article 29 de la loi le confirme qui dispose que « *le contrat de concession est conclu sur la base des qualités personnelles du concessionnaire* »[20].

Le Conseil de la concurrence, dans son avis du 25 avril 2002, a, du reste, souligné ces différences en considérant qu'il est nécessaire de distinguer entre les notions de marché public et de concession « *en raison des effets de cette distinction sur le degré et l'intensité de la soumission de l'administration aux règles de la concurrence dans les deux contrats* »[21].

Par ailleurs, le principe de mise en concurrence n'est pas absolu ; l'administration pouvant y déroger par le recours à des procédures moins transparentes (consultation ou négociation directe), mais alors dans les cas limitativement prévus par l'article 10 de la loi et le chapitre 2 du titre II du décret n° 1753-2010 (appel d'offre infructueux, motifs de défense nationale ou de sécurité publique, urgence, monopole d'exploitation de fait ou de droit de l'objet de la concession).

On doit souligner sur ce plan que la violation de ces principes, lorsqu'elles sont commises à des fins personnelles, peuvent constituer le délit de favoritisme prévu par l'article 96 du Code pénal. La chute du régime autoritaire et corrompu de Ben Ali a révélé l'ampleur du phénomène que le Rapport public de la Commission nationale d'investigation sur les pratiques de corruption et de malversation sous l'Ancien régime n'a fait que confirmer[22]. Ce rapport a notamment révélé que la plupart des grandes concessions conclues sous l'ancien régime avaient été attribuées à des proches du président déchu en violation des règles d'égalité des candidats devant la commande publique et de mise en concurrence applicables à ce type de contrat[23] Il n'est pas certain cependant que la corruption dans les marchés publics ait reculé depuis la Révolution du 14 janvier 2011[24].

---

[20] V. l'avis du Conseil n° 82217 du 11 juillet 2008 sur leprojet de décret relatif aux conditions et aux procédures d'octroi des concessions.

[21] Cons. conc, avis du 25 avril 2002, n° 2262 relatif à un projet d'appel d'offres relatif à l'attribution d'une concession d'exploitation et de gestion de stations de transport terrestre.

[22] Rapport public de la Commission nationale d'investigation sur les pratiques de corruption et de malversation sous l'Ancien régime, Tunis, novembre 2011.

[23] V. notamment les conditions d'attribution de la concession d'exploitation d'un deuxième réseau public de télécommunications conclue le 13 mars 2002 avec la société Orascom Tunisia Holding (p. 120 et s. du Rapport de la Commission nationale d'investigation sur les pratiques de corruption et de malversation sous l'Ancien régime), de la concession de dessalement des eaux de mer attribuée à la société Ma Princesse Holding dirigée par le gendre de l'ancien président (p. 87 et s. du Rapport) et la licence d'exploitation d'un troisième réseau public de télécommunications de 3ème génération octroyée au consortium Divona Telecom SA dirigée par un gendre de l'ancien président (p. 128 et s. du Rapport)

[24]Cf. notamment OCDE (2013), « *Examen de l'OCDE du cadre d'intégrité dans le secteur public en Tunisie* », Ed. OCDE.

2/ C'est du même souci que procèdent certaines règles de fond posées par la loi. Ces règles ont pour but de limiter les effets pervers de la liberté contractuelle sur les règles de la concurrence, car il est clair que l'impératif de mise en concurrence pourrait être facilement mis en échec si les parties pouvaient déciderlibrement de proroger indéfiniment la durée des concessions par de simples avenants aux contrats en cours[25]. Aussi, en dehors des hypothèses exceptionnelles du bouleversement de l'équilibre financier du contrat, du fait notamment de l'exécution par le concessionnaire à la demande de l'autorité concédante de travaux non prévus par le contrat initial, la faculté de prolonger la durée de vie des concessions, qui avait donné lieu auparavant à des solutions disparates et discutables[26], a été strictement encadrée par l'article 18 de la nouvelle loi : la prorogation de la durée de la convention ne peut être décidée qu'une seule fois pour une période n'excédant pas deux ans, et ce pour des motifs d'intérêt général et sur rapport motivé de l'autorité concédante[27].

B-Concession de service public et gestion du service aux frais et risques du concessionnaire

La gestion du service aux frais et risques du concessionnaire est au cœur du régime de la concession de service public. On peut observer, d'ailleurs, que dans les premières concessions apparues à la fin des années quatre vingt, cet élément ressort au premier plan, dansla dénominationmême du contrat[28]. Du reste,à l'origine, la raison essentielle du recours à ce type de gestion des services publicsétait de permettre aux collectivités publiques de se décharger sur le concessionnaire des frais nécessaires à la mise en place du service et des aléas de son exploitation.

Mais l'idée d'une participation de la collectivité publique aux frais et risques du contrat n'a jamais été absente du régime de la concession ; elle a, d'ailleurs, été consacrée dés le début par le Conseil d'Etat sous la forme des théories de l'imprévision[29] et du fait du prince[30] quipermettent au concessionnaire, sous

[25] V. J.C. Douence-« *La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* », RFDA 1993, Chronique, p. 944 ; v. aussi : G. Marcou- « *La notion de délégation de service public après la la loi du 29 janvier 1993* », RFDA 1994, p. 692 et s.

[26] Prorogation par tacite reconduction dans la convention signée au mois de mai 1989 pour une période de 5 ans entre le Ministre du transport et un particulier relative à l'exploitation de lignes de minibus urbains entre El Menzah V et VI et le Centre ville de Tunis, prorogation pour une période de vingt ans an matière portuaires en vertu de l'article 53 du Code des ports de commerce maritimes, prorogation par périodes supplémentaires de 5 ans dans la concessionsignée au mois de mai 2002 et relative à l'installation et à l'exploitation d'un deuxième réseau mobile de téléphonie cellulaire de norme GSM conclue pour une période de 15 ans.

[27]On notera, cependant, que certaines lois sectorielles contredisent ouvertement ce principe. Ainsi en est-il de l'article 53 du Code des ports commerciaux qui prévoit que la concession est accordée pour une période maximale de 30 ans pouvant être prorogée, une seule fois, pour une période maritime de 20 ans. Quel est alors le texte applicable dans ce cas ? L'article 18 du régime général ou l'article 53 du régime sectoriel particulier ?On a là une illustrationaigue des difficultés d'application posées par l'article 43 de la nouvelle loici-dessus évoquées.

[28] La convention, signée en 1988 et relative à l'attribution de lignes de minibus suburbains dans la ville de Tunis précitée, a été qualifiée de « *convention pour l'exploitation aux risques et périls…* ».

[29] CE, 30 mars 1916, S. 1916,3, 17, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux,* concl. Chardenet, note Hauriou.

[30] CE, 20 mai 1904, *Compagnie marseillaise de navigation maritime,* Rec. 425.

certaines conditions, d'obtenir une compensation sur les pertes subies du fait de la survenance d'évènements de nature à bouleverser l'équilibre financier du contrat.

Toutefois, sous la pression de la logique marchande, on constate aujourd'hui que l'idée d'un partage des risques entre le public et le privé gagne du terrain et se renforce sous la forme notamment de subventions, d'avances sans intérêts, de garanties d'emprunt, et autres formes d'avantages financiers. Cette évolution est consacrée par la nouvelle loi dont l'article 5 permet au concessionnaire de bénéficier « *d'incitations et d'avantages*» dans le cadre de la législation en vigueur.

On peut se demander cependant s'il n'existe pas un seuil au de-delà duquel la remise en cause du principe de la gestion aux frais et risques du concessionnaire ferait perdre au régime de la concession de service public son unité profonde. Cette interrogation est d'autant plus légitime que, en l'absence de cet élément relatif à l'aléa économique, la distinction entre la concession de service public et le contrat de Partenariat Public Privé (PPP), qui repose essentiellementsur l'idée d'un partage équitable des risques entre les parties, devient beaucoup plus problématique.

Il semble, cependant, que le législateur, en dépit de l'amalgame entre les deux concepts, véhiculé par l'exposé des motifs de la loi, n'ait pas voulu aller jusque là. Le paragraphe 2 de l'article 4 est explicite sur ce point : c'est le concessionnaire qui supporte la part « *substantielle* » des risques qui découlent de l'exécution de l'objet de la concession. En la matière, la volonté de rassurer les investisseurs, si elle a entrainé un réaménagement profond du régime, n'a pas conduit à sa remise en cause totale.

C'est la même tendance qu'on observe en matière de concession comportant autorisation d'occupation temporaire du domaine public

C- Concession de service public et renforcement des droits du concessionnaire occupant du domaine public.

Le domaine public est gouverné par le principe fondamental de l'inaliénabilité. Dans la conception traditionnelle qui prévaut en droit administratif, on considère que ce domaine ne peut être régi par les règles qui régissent la propriété privée, qu'il ne peut notamment souffrir la constitution de droits réels contraires, par nature, à la précarité des occupations domaniales, fussent-elles privatives.

Mais les temps ne sont plus aujourd'hui à l'idéologie de l'intérêt général s'opposant aux intérêts privés. On se rend compte, en effet, que la protection du domaine public n'est pas incompatible avec la sécurité de ses utilisateurs. Car la rigidité du régime de protection du domaine public, source de précarité et d'insécurité pour les occupants privés, a pour effet de freiner toute tentative de valorisation économique de ce domaine. « *Comment, en effet, attirer les investisseurs (…) sans leur garantir*

la stabilité du titre d'occupation délivré ? Comment financer les ouvrages sans prêts hypothécaires, ni crédit bail ? » a pu s'interroger à juste titre un auteur[31].

C'est de ce souci que procèdent les innovations introduites par la loi du 18 mars 1999 en matière de concession d'occupation et d'exploitation du domaine public portuaire. L'article 61 de cette loi reconnaît au concessionnaire un droit réel sur les constructions, ouvrages et équipements fixes qu'il réalise en exécution du contrat de concession. Ce droit lui confère, pendant toute la durée du contrat, les droits et obligations du propriétaire dans les limites des dispositions prévues par la loi. C'est ainsi que les constructions, ouvrages et équipements réalisés peuvent être cédés à des tiers sous réserve de l'accord de l'autorité concédante (Article 62 de la loi), ce qui constitue une atteinte directe au principe du caractère personnel de l'autorisation d'occupation. Ces biens peuvent même faire l'objet d'hypothèques, ce qui constitue une atteinte au principe d'inaliénabilité. Cette atteinte reste, cependant,relative, car ces hypothèques ne peuvent être consenties que dans le but de garantir les emprunts contractés par le concessionnaire pour financer les ouvrages édifiés sur la dépendance domaniale objet de la concession (Article 63 de la loi).

Ces principes sont intégralement repris par la Section II du chapitre V de la loi fixant le régime des concessions intitulée « *Des droits réels* » (Articles 39 à 42 de la loi), qui élargit ainsi leur application à toutes les formes de gestion privative du domaine public par voie contractuelle.

Mais le mouvement du droit que consacre cette loi n'a pas seulement pour effet d'entrainer une adaptation du régime de la concession de service public ; il touche directement le cœur même de la notion, qui parait ainsi de plus en plus inadapté à régir les nouveaux rapports nés du renforcement de l'association Public Privé dans la prise en charge des missions d'intérêt général.

II-La remise en cause de la notion de concession deservice public

Cettetendance est perceptible dans trois directions: concession de service public et PPP (A), concession de service public et service universel (B), concession de service public et arbitrage (C).

A-Concession de service public et PPP

1/L'origine du concept de PPP est controversée : certains le rattachent au « *Project finance* » américain qui désigne les opérations de financement de projets d'infrastructure, publics ou privés, dans lesquelles la compagnie chargée de la réalisation du projet et ses « *sponsors* » sont rémunérés substantiellement sur les résultats de l'exploitation. Ce schéma comporte deux volets : le 1er concerne le montage financier et met en présence la partie privée en charge du projet et ses partenaires privés (avocats, experts et financiers) ; le 2ème concerne les rapports entre

[31] M. Ben Letaief- « *Les tendances générales de l'évolution de la propriété publique aujourd'hui* » in « *La propriété publique* », Actes du colloque organisé par l'ATDA les 12 et 13 avril 2001, publications de l'ATDA, p.32.

ce partenaire privé et l'autorité publique sollicitant ses services. C'est ce volet qui renferme les règles du PPP. Il peut revêtir des formes diverses dont les principales sont constituées par les contrats type *« BOT: Build-Operate-Transfer »* (construire, exploiter, transférer) ou « *BOO: Build-Own-Operate* » (construire, posséder, exploiter)[32].

D'autres ont plutôt tendance à le rattacher à la « *Private Finance Initiative* » lancée en Grande Bretagne depuis 1992, sorte d'accord entre partenaires publics et privés dont l'objet est de fixer les résultats à atteindre pour améliorer la prestation des services publics, en prévoyant un partage des responsabilités, des investissements et des bénéfices de nature à procurer des avantages décisifs au partenaire privé, afin de l'inciter à atteindre les objectifs préalablement définis. Cette politique a constitué dans ce pays un puissant instrument de rénovation des infrastructures et des services d'intérêt général[33].

Toutefois, et du point de vue qui nous concerne, il est certain qu'Il s'agit de deux conceptions distinctes du PPP procédant de logiques juridiques différentes. Le législateur français l'a bien compris qui, conscient de la difficulté d'intégrer le PPP type « PFI » dans le schéma classique des concessions de service public, a fini par créer une catégorie nouvelle de contrats publics en vertu de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur le PPP, modifiée par les lois du 28 juillet 2008 et du 17 février 2009[34]. La mise en œuvre de cette loi permet désormais aux personnes publiques de faire réaliser de coûteux projets d'infrastructure, pouvant ou non constituer le support de services publics, par des partenaires privés ; elle impose ainsi aux pouvoirs adjudicataires de procéder à une évaluation préalable afin de déterminer en matière de commande publique l'alternative présentant le meilleur rapport coût/risque.

Il semble, d'ailleurs, que le législateur tunisien ait décidé d'introduire cette nouvelle catégorie de contrats publics[35]. La loi sur l'économie numérique permet en effet aux personnes publiques de concluredes « *conventions de partenariat* »[36] dans ce domaine. De telles conventions doivent, en vertu de son article 7, préciser « *les modalités de partage des risques entre les deux parties* » publique et privée. Ce

[32] Cf. R. Appelbaum- « *Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger* », AJDA 2004, p. 1759 et s. pour une présentation générale de ces montages, v. : CNUDCI, Guide législatif pour les financements privés des projets d'infrastructure, 2001.

[33] A. Bréville- « *Avantages comparatifs du contrat de Partenariat par rapport aux contrats complexes* », AJDA 2004, chr. p. 1754.

[34] Sur les caractéristiques et le contenu de cette loi, cf. B. Du Marais- « *La genèse des contrats de partenariat du point de vue des innovations apportées par l'ordonnance du 17 juin 2004* », la Revue du Trésor, mars-avril 2007, n° 3-4, p. 201 et s.

[35] Loi n° 13 du 19 février 2007 relative à l'établissement de l'économie numérique ; la liste des activités liées à ce type d'économie a été fixée par le décret n° 1289 du 28 mai 2007.

[36]Le décret n° 1290 du 28 mai 2007 relatif aux règles et procédures de l'économie numérique distingue ainsi trois catégories de conventions : 1/la convention d'externationalisation par laquelle une personne publique confie à une entreprise privée l'accomplissement de l'ensemble ou d'une partie d'une activité qu'elle exerçait auparavant dans le domaine des technologies de l'information et des télécommunications ; 2/ la convention de partenariat stratégique par laquelle une personne publique appelle une entreprise privée à lui fournir des biens et des services avec transfert de technologie relatifs à la mise en place, soit d'applications ou de contenus numériques, soit de systèmes ou de solutions techniques dans le domaine des télécommunications et de l'information ; 3/ la convention de projet mobilisateur dont l'objet est la réalisation de projets à haute valeur ajoutée dans le domaine des télécommunications et de l'information nécessitant la mobilisation de ressources humaines et financières faisant appel à des apports publics et privés.

texte institue un véritable contrat de PPP dont l'objet est de confier à une entreprise privée une mission globale relative au financement d'investissements immatériels ou d'équipements dans le domaine de l'économie numérique; il peut donc être difficilement rangé dans les catégories contractuelles connues du droit administratif tunisien, dans la mesure où il déroge, à la fois, aux règlesdes marchés publics et à ceux de la concession, le partenaire privé, bénéficiant, ici, d'un paiement différé pendant toute la duré du contrat, et assurant la maîtrise d'ouvrage des travaux et des équipements à réaliser avec partage des risques avec le cocontractant public[37].Plus récemment, un projet de loi sur le PPP a été déposé le 23 octobre 2012 par le gouvernement provisoire. Ce texte, qui reprend les principes contenus dans la loi du 19 février 2007 sur l'économie numérique mais qui a une portée plus générale, est en attente d'être discutée et adoptée par l'Assemblée nationale constituante issue des élections du 23 octobre 2011[38].

D'autres auteurs considèrent que l'origine du concept est beaucoup plus ancienne, devant être recherchée plutôt dans les schémas concessifs à la française, et plus particulièrement dans les contrats de concession de travaux publics et/ou de services publics qui ont permis notamment la mise en place, à partir du XIXème siècle, des grands réseaux d'équipements publics[39].

2/Il semble, cependant, que la notion de PPP appliquée aux concessions soit plutôt le produit d'une synthèse opérée par les institutions financières internationales, par la Banque mondiale notamment[40], entre la conception américaine du « *Project finance* », privilégiant les intérêts privés, et la conception française, mettant en avant les intérêts publics.

Ce sont les contrats type« *BOO* » où la propriété des ouvrages réalisés par le concessionnaire lui est transférée dés la signature de la concession, qui posent problème du point de vue de leur adéquation avec les notions de concession de service public et de domanialité publique en vigueur en droit tunisien.

C'est pourtant cette solution qui a été retenue dans le contrat conclu avec un consortium international de sociétés privées pour la construction de l'unité de production d'énergie électrique de Radés. Pour ce faire, il a fallu d'abord modifier le vieux décret-loi du 3 avril 1962 portant octroi d'un monopole de production d'énergie électrique à l'opérateur public[41] afin d'ouvrir la possibilité de concéder ce type d'activités à une entreprise privée, ce qui fut réalisé par la loi n° 27 du 1er avril 1996 qui a ajouté à l'article 3 de ce texte un paragraphe nouveau autorisant l'Etat « *à octroyer des concessions de production d'électricité à des entreprises privées* ». Par la suite, et en application de ces nouvelles dispositions, le décret du 20 juin 1996

[37] Cf. sur ce point : J. B. Auby- « *Les contrats de partenariat. Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires* ? » RFDA 2004, chr. P. 1095 et s.
[38] V. site officiel de l'ANC (www. ANC.tn).
[39] V. R. Jaidane- « *Lagestion des contrats internationaux de concession* », art. précité, p.1 et s. ; v. aussi :M.S. Ben Aissa- « *LePartenariat Public Privé (PPP) en Tunisie : l'exemple de la concession* , art. précité, p. 1.
[40]Cescontrats sont considérés par les experts de la Banque mondiale comme *une « variante de la concession » ; v. sur ce point : L. Richer- Droit des contrats, op. cit., p. 632.*
[41] L'article 4 de ce décret confie à la STEG, à titre exclusif, « *la production, le transport et la distribution (…) de l'ensemble énergétique de la Tunisie* ».

allait préciser les conditions et les modalités d'octroi de la concession[42]. Finalement, le contrat conclu le 24 mars 1999 avec un consortium de sociétés internationales[43] va confier le soin au concessionnaire de « *construire, posséder et exploiter une centrale électrique à cycle combiné… et ses installations annexes à Radés, Banlieue de Tunis* ».

Comment qualifier ce type de contrat? Il ne fait aucun doute d'abord que l'on est ici en présence d'un montage juridique spécifique pouvant être difficilement rangé dans les catégories familières de notre système juridique, car contrairement à la concession classique de service public comportant autorisation d'occupation du domaine public où l'ouvrage réalisé sur une dépendance du domaine est soumis au régime des « *biens de retour* » considérés comme nécessaires au fonctionnement du service et relevant, « *ab initio* », du domaine public, dans un contrat type « *BOO* », le concessionnaire accède, dés la signature de la concession, à la propriété de l'ouvrage public, ce qui n'est pas sans poser un réel problème d'adéquation de cette formule avec les principes essentiels de la domanialité publique, le domaine public étant, par définition, inaliénable.

Dans le cas présent, cependant, les pouvoirs publics ont cru pouvoir contourner cette difficulté en déclassant la dépendance domaniale nécessaire à la réalisation de l'ouvrage public pour l'incorporer dans le domaine privé de l'Etat dans le but évident de faire échapper les ouvrages fixes réalisés par le concessionnaire sur la parcelle déclassée au régime de la domanialité publique[44].

Que penser de cette solution ? Théoriquement, la sortie d'une dépendance du domaine public est toujours possible.Mais, en raison de l'importance de ces biens pour la Nation, elle reste subordonnée à des conditions très strictes: l'intervention d'un acte exprès de déclassement, d'une part, et le constat, qu'en fait, le bien n'est plus affecté à l'usage du public ou d'un service public, d'autre part[45]. Ce régime, éminemment protecteur, trouve son fondement dans la définition même du domaine public, considéré toujours comme étant un bien affecté à l'usage public ou spécialement aménagé pour l'exploitation d'un service public[46]. Il en résulte que l'acte formel de déclassement d'une dépendance domaniale n'a d'autre caractère que recognitif, car ce qui importe c'est la désaffectation matérielle justifiant que ce bien n'est plus utilisé en vue de l'exploitation du service public.

Comment interpréter dés lors la clause selon laquelle la propriété des ouvrages et des installations réalisés dans le cadre de la concession, resteront acquises au concessionnaire? Peut- elle signifier que ce dernier peut en jouir, en toute propriété,

[42] Décret n° 112 du 20 juin 1996.
[43] Approuvée par le décret n° 940 du 30 avril 1999.
[44] Décret n° 2567 du 28 décembre 1998 relatif au déclassement d'une parcelle de terrain sise à Radés du domaine public maritime et son incorporation au domaine privé de l'Etat, pris sur la basede l'article 16 de la loi du 24 juillet 1995 relative au domaine public maritime et de l'article 1er du décret du 18 juin 1918 relatif à la gestion et à l'aliénation du domaine privé de l'Etat.
[45] Sur le régime de sortie d'un bien du domaine public, cf. : J. Morand-Deviller- *Droit administratif des biens*, 5ème édit., Montchrestien, 2007, p. 119 et s.
[46] CE, *Société Le Béton*, 19 octobre 1956, GAJA, n° 75. Sur la notion d'affectation en droit tunisien, v. : M. Sayari-« *Libertés, propriété et affectations publiques* », RTD 2006, p. 326 et s.

en les aliénant au besoin sans se préoccuper du fait qu'ils soient désormais matériellement affectés à l'objet même du service public concédé[47]?

Il ne fait aucun doute qu'une telle solution, qui heurte les principes les plus communément admis du service public et de la domanialité publique, est manifestement contraire aux principes généraux de notre droit, car « *la légalité d'un acte de déclassement qui ne reposerait pas sur une réelle désaffectation semble, à tout le moins, douteuse* »[48].

L'embarras qu'elle suscite est cependant révélateur des difficultés pour notre système juridique d'intégrer des montages juridiques spécifiques conçues pour un autre contexte.

B- Concession de service public et service universel

Les nouvelles formes de concession et de PPP ne sont que le reflet de la transformation des systèmes juridiques et de leur rapprochement. Sous l'effet de la vague de fond néolibérale, on assiste, à l'heure actuelle, à une sorte de globalisation et de standardisation des systèmes juridiques[49] qui affecte le rôle de l'Etat et le contenu même de la notion de service public dans notre pays.

Il n'est pas étonnant, dés lors, que, dans certains secteurs, le législateur légifère, désormais, « *sous influence* ». Il en est ainsi, en matière de services publics des télécommunications où l'ouverture du secteur à l'initiative privée et la fin du monopole public sur les réseaux filaires[50] ont conduit à la mise en place progressive de nouveaux instruments juridiques d'organisation du marché, directement inspirée du droit communautaire, peu réceptif au concept de service public[51].

Comment garantir, dans ces conditions, les obligations de service public ?

La loi du 8 janvier 2008 portant révision du Code des télécommunications consacre l'éclatement de cette notion[52]; elle conduit, en même temps, à une redéfinition de la notion de service public des télécommunications composée, désormais, de trois éléments distincts :

---

[47] La présente concession qui porte sur la production d'électricité constitue, sans nul doute, une concession de service public, l'activité de production d'électricité ayant été érigée en activité de service public par l'article 4 du décret-loi n° 8 du 3 avril 1962.

[48] J.M. Auby, P. Bon et J.B Auby- *Droit administratif des biens*, Dalloz, 4ème édit. 2003, n° 19. Pour des applications jurisprudentielles de cette solution, v. TA Nice, 6 février 1997, *Association régionale des œuvres éducatives de l'Académie de Versailles*, RFDA 1997, p. 1182, Concl. A. Poujade et CE, 15 juin 1932, *Dame Lafitte*, Rec. 587. Plus généralement, cf. sur ce point, Y. Gaudemet- « *Contrat de partenariat et domaine public* », Mélanges Morand-Deviller, Montchrestien 2007, p. 539 et s.

[49] Sur ce mouvement du droit, cf. J.M. Auby- *La globalisation, le droit et l'Etat*, Montchrestien, 2003 ; v. aussi : B. Jobert (sous la direction de) – *Le Tournant néolibéral en Europe*, l'Harmattan, 1994 ; D. Truchet- *Etat et marché*, Archives de philosophie du droit, tome 40, Sirey, 1996.

[50] En vertu de l'article 18 du Code des télécommunications du 15 janvier 2001 qui a ouvert la voie à la concurrence en matière d'installation et d'exploitation des réseaux publics de télécommunications, mettant fin ainsi au monopole exercé par l'opérateur public jusque-là.

[51] Cf. sur ce point, J. Morand-Deviller - « *Cours de droit administratif* », 10ème édit. 2007, p. 490 et s.

[52] Modifiée récemment par la loi n° 10 du 12 avril 2013 (JORT n° 32 du 17/04/2013).

- Le service de base[53], rebaptisé service universel[54] par l'article 2 nouveau du Code[55], sorte de service minimal « *venu d'ailleurs* »[56], ouvert à tous les usagers, consacrant ainsi le droit d'accèspour tous, au téléphone fixe à un tarif abordable fixé par l'autorité publique, sous réserve de l'octroi d'une indemnité compensatrice aux opérateurs concernés.
- Les services obligatoires relatifs aux réseaux publics des télécommunications,ouverts à la concurrence, caractérisés par un régime mixte où se mêlent les éléments de droit privé entrainés par le caractère commercial de l'activité et des éléments de droit public fondés sur l'idée de service public[57].
- Les missions d'intérêt général où le service public déborde le service universel pour assurer des prestations qui vont au-delà des relations avec les usagers.

Dans un tel système on peut craindre que les obligations de service public ne soient sacrifiées sur l'autel de la rentabilité et que les usagers des services publics ne soient transformés en de « *simples clients* » consommateurs d'un service marchand[58]. Car le mécanisme des cahiers des charges qui accompagne ce système, comportant notamment la définition des normes de qualité et la détermination des obligations des opérateurs, ne parait pas constituer une garantie suffisante pour se prémunir contre toute dérive mercantile.

C- Concession de service public et justice privée

La concession de service public « *est un contrat administratif par nature*»[59] dont les litiges relèvent normalement de la compétence de la juridiction administrative. Il ne saurait y avoir d'exception à cette règle, sauf disposition expresse contenue dans une loi organique. Il en résulte l'interdiction de principe de l'arbitrage en la matière, car l'admission d'une justice privée, parallèle à celle du juge administratif, risquerait de soustraire ces litiges à leur juge naturel et de porter ainsi atteinte à l'unité du régime qui régit la concession[60]. Le principe en est posé par l'article 7 du Code de

[53] La notion de service de base a été introduite dans notre droit par l'article 2 du Code de la poste promulgué par la loi n° 38 du 2 juin 1998.
[54] Sur cette notion, cf. notamment : J. Chevallier- « *La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités* », RFDA 1996, p. 909 et s.
[55] Cette appellation a cependant curieusement ressurgi dans l'article7 de la loi n° 69 du 27 décembre 2007 relative à l'initiative économique dont l'article 7 dispose que « *les entreprises prestataires des services publics de base fixent des délais pour permettre à leurs clients de bénéficier desdits services* ». La liste de ces services publics de base, constitués essentiellement par les services en réseaux, a été fixée par le décret n° 345 du 11 février 2008.
[56] La notion est née aux Etats-Unis au début du siècle, cf. sur ce point :J. Chevallier- « *La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités* », art. précité, p.909 et s.
[57] D. Truchet -« *Unité et diversité des grands principes du service public* », AJDA, 1997, p. 43 et s.
[58] Ce glissement sémantique a été déjà amorcé par l'article 7 de la loi n° 69du 27 décembre 2007 sur l'initiative économique qui dispose que « *les organismes chargés de la gestion des services publics de base déterminent les délais nécessaires pour procurer ces services à leurs clients* ».
[59] *TA, 2 novembre 1994, req. n° 2672, « Sté H'mila du commerce et de l'industrie/OPAT », Rec. p. 156*
[60] Le Tribunal administratif en référé (TA, 27 février 1988, CCE / Bec-Gtaf, Rec. P. 30) aussi bien que la cour de cassation (Cassation civile, 24 mai 1988, n° 20212, Bec –Gtaf / Etat tunisien, inédit) ont eu, d'ailleurs, l'occasion de se prononcer sur la question en considérant que le recours à l'arbitrage est interdit en matière de contrats administratifs. Il est vrai, cependant, que ces décisions, intervenue savant l'adoption du code de l'arbitrage de 1993, ont été rendues en matière de contrat de travaux publics et non pas en matière de contrats de service public.

l'arbitrage qui dispose que : « *on ne peut compromettre 5) dans les contestations concernant l'Etat, les établissements publics à caractère administratif et les collectivités locales* ».

Ce principe est cependant assorti d'une dérogation, celle qui concerne les litiges relatifs aux « *rapports internationaux* » régis par le chapitre 3 de ce Code. Que faut-il entendre par l'expression « *rapports internationaux* » ? S'agit-il des rapports où l'une des parties à la convention est une personne privée de nationalité étrangère dans le sens de l'article 26 du Code de droit international privé qui parle, dans ce cas, de « *rapport juridique international* » ? Ou bien faut-il déduire ce caractère de l'article 48 du Code de l'arbitrage qui définit, d'une manière trop extensive, l'arbitrage international ?

La doctrine semble hésiter sur ce point. L'opinion la plus répandue tend à considérer qu'un « rapport » n'est international qu'à la condition de pouvoir être « *rattaché par au moins l'un de ses éléments déterminants à un ou plusieurs ordres juridiques autres que l'ordre juridique tunisien* »[61], ce qui devrait conduire à exclure les critères fictifs d'internationalité.

Quoi qu'il en soit, la validité d'une telledérogation ne pourrait être déduite que de la législation nationale, à l'exclusion du droit international public qui ne reconnait pas les personnes privées en tant que sujet de droit international[62].

A ce sujet, on notera que l'article 67 du Code d'incitations aux investissements du 27 décembre 1993 avait déjà admis exceptionnellement la licéité du recours à l'arbitrage international pour tout différend entre l'investisseur étranger et l'Etat tunisien.

Mais le problème qui se pose ici est que, s'agissant d'une activité de service régie par le décret-loi du 30 août 1961, seule une société de droit tunisien peut bénéficier d'une concession de service public. C'est ce qui explique d'ailleurs que tous les investisseurs étrangers bénéficiaires d'une concession de service public aient été obligées de constituer une société de droit tunisien pour conclure la convention de concession. Il en résulte que le recours à l'arbitrage dans pareil cas reste tributaire des accords bilatéraux ou multilatéraux de protection des investissements, tel l'accord d'adhésion de la Tunisie à la convention portant sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats[63], ou la convention portant création d'un organisme arabe pour la garantie des investissements[64].

Dans la pratique, c'est souvent l'arbitrage institutionnel, dans lequel les parties se contentent de renvoyer à un règlement préalable le traitement de leurs différends, qui est privilégié. Ce règlement est publié et opposable aux parties. Il est généralement appliqué sous l'égide d'un Centre dont la fonction est de garantir la résolution

[61] A. Mezghani- *Commentaire du code de droit international privé*, CPU 1999, p.27 et suiv.
[62] Sur les problèmes posés par l'arbitrage en droit administratif, cf. : L. Richer- *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, p. 326 et suiv. ; v. également : Y. Gaudemet- *L'avenir de l'arbitrage en droit administratif français*, Mélanges Jacques Moreau, p. 174 et suiv.
[63] Convention de Washington du 18 mars 1965 dite convention de la BIRD ratifiée par la loi n° 33 du 3 mai 1966
[64] Ratifiée par la loi n° 71 du 11 novembre 1972.

impartiale et efficace des litiges. Le plus connu est celui de la Chambre de commerce international (CCI) auquel renvoie la plupart des contrats de concession d'intérêt national conclus par l'Etat tunisien[65]. Plus largement, la Convention de Washington pour le règlement des différents relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 mars 1965 précitée a institué un mécanisme original d'arbitrage institutionnel piloté par le CIRDI[66]. Le recours à ce type d'arbitrage est possible à la condition d'être prévue dans la convention d'investissement[67]. La sentence qui est rendue dans le cadre de cette institution a la particularité d'être insusceptible de recours devant les tribunaux internes contrairement aux autres procédures d'arbitrage[68], le seul recours autorisé ici étant celui ouvert devant un comité ad hoc.

Par ailleurs, les sentences rendues ont le caractère juridictionnel, mais leur exécution forcée implique l'*exéquatur* délivré par la Cour d'appel de Tunis (Art. 80 du Code).
Quels que soient les avantages qui découlent de l'arbitrage et la dynamique qu'il peut impulser pour le développement de la concession au niveau international, en ce qui concerne notamment les grands projets d'intérêt national, il reste que le développement de ce procédé a pour effet de soustraire la résolution de ce type de litiges au juge administratif, le mieux à même pourtant d'apprécier les exigences de l'intérêt général ; en cela, il porte atteinte à l'un des principes essentiels qui gouvernent le fonctionnement des concessions de service public, celui de la compétence de principe du juge administratif. C'est ce qui explique que les collectivités publiques qui acceptent de compromettre prennent le soin,malgré tout, d'insérer une clause qui renvoie à l'application du droit administratif tunisien pour la résolution de leurs litiges.

Les mutations profondes qu'on a pu observer en matière de gestion des services publics à la lumière de la loi fixant le régime des concessions doivent nous conduire à repenser la conception même de la notion de service public et les soubassements idéologiques sur lesquels elle repose[69]. L'influence grandissantedu phénomène de globalisation juridique peut nourrir des craintes légitimes sur son avenir immédiat[70].

---

[65]On peut ainsi douter de la licéité dela clause d'arbitrage contenue dans l'article 12.2 de la convention relative à la concession d'installation et d'exploitation d'un 2ème réseau de téléphonie cellulaire précitée instituant une procédure d'arbitrage sur la base de l'article 7, paragraphe 5 du Code de l'arbitrage. Cette clause, en dépit de la qualité de société de droit tunisien du concessionnaire, prévoit « *que les Parties conviennent entre elles que leurs obligations respectives (…)constituent des rapports internationaux d'ordre économique, commercial ou financier, notamment du fait de la détention majoritaire du capital de la société concessionnaire par des non résidents* ». Elle stipule *que « tous différents découlant de la Convention ou en relation avec celle-ci et non réglés à l'amiable seront soumis et tranchés suivant le règlement d'arbitrage de la CCI par un ou plusieurs arbitres » et que « le droit tunisien sera applicable au litige* ».

[66] Centre International de Règlement des différends relatifs aux Investissements.

[67] Dans la convention relative à la construction de la Centrale de production de l'énergie électrique de Radés, l'article 25, paragraphe (C) prévoit une procédure de référé soumise à un expert pouvant être désigné par le CIRDI en cas de désaccord entre les deux parties. Toutefois, cette procédure n'est pas considérée comme un cas d'arbitrage selon les termes mêmes de la convention. Elle reste une procédure amiable de règlement préalable à l'arbitrage interne et, éventuellement, à celui de la CCI prévus aux paragraphes (D) et s. de cet article.

[68]Qui demeurent susceptibles d'un recours en annulation devant la Cour d'appel de Tunis (Art. 78 du Code).

[69] Sur ce point, cf. : R. Drago-« *Réflexions sur l'état du droit administratif* », Mélanges 2000, p. 436 et s.; v. aussi : J. Caillosse-« *Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique* », AJDA 1996, Chron., p. 955 et s.»

[70] Cf. J.F. Lachaume-« *Réflexions naïves sur l'avenir du service public* », Mél. Labetoulle 2007, p. 519 et s.

Il reste, cependant, qu'il incombe à l'Etat, dans le nouveau contexte, de maintenir le fragile équilibre entre les nouveaux impératifs de modernisation et de rentabilité des services publics et ceux, plus traditionnels, de contrôle de la puissance publique sur leur organisation et leur fonctionnement, gage essentiel de leur pérennité.

Este texto está publicado na Revista Internacional de Contratos Públicos, disponível no endereço : HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Se deseja colaborar com a Revista, envie seu trabalho para o Comitê de Avaliação com resumo em inglês : ijpc@direitodoestado.com.br.

Cet article est publié par la Revue Internationale de Contrats Publics, disponible sur le site: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Si vous voudriez collaborer avec la Revue, veuillez envoyer votre travail au Comité de Rédaction avec un résumé en français: ijpc@direitodoestado.com.br

This article is published by the International Journal of Public Contracts, available at the website: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
If you would like to collaborate with the Journal, please send your work to the Editorial Board with an abstract in English: ijpc@direitodoestado.com.br