

Guide législatif de la CNUDCI sur les partenariats public-privé



Pour plus d'informations, s'adresser au :

Secrétariat de la CNUDCI, Centre international de Vienne
B.P. 500, 1400 Vienne, Autriche

Téléphone : (+43-1) 26060-4060
Internet : uncitral.un.org

Télécopie : (+43-1) 26060-5813
Courrier électronique : uncitral@un.org

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR
LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Guide législatif de la CNUDCI sur les partenariats public-privé



NATIONS UNIES
Vienne, 2021

Note

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
e-ISBN 978-92-1-005753-0

© Nations Unies, mai 2021. Tous droits réservés.

Les appellations employées dans cette publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Production éditoriale : Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne.

Préface

Les *Dispositions législatives types* et le *Guide législatif sur les partenariats public-privé* ont été établis par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et adoptés à sa cinquante-deuxième session (Vienne, 8-19 juillet 2019)¹. Outre les représentants des États membres de la Commission, des représentants de nombreux autres États et de plusieurs organisations internationales, tant intergouvernementales que non gouvernementales, ont participé activement aux travaux préparatoires. Les *Dispositions législatives types* traduisent en termes législatifs les conseils apportés dans les recommandations qui figurent dans le *Guide législatif*.

Les *Dispositions législatives types* ont pour objet d'aider à la mise en place d'un cadre législatif favorable aux partenariats public-privé (PPP). Elles suivent les notes correspondantes du *Guide législatif*, qui offrent une introduction analytique où sont abordées des questions financières, réglementaires, politiques et juridiques ainsi que d'autres aspects liés au sujet examiné. Il est conseillé de lire les *Dispositions législatives types* et le *Guide législatif* conjointement, ce dernier donnant des informations générales qui permettent de mieux comprendre les recommandations législatives.

Les *Dispositions législatives types* traitent de sujets que devrait aborder toute législation portant spécifiquement sur les PPP. Elles ne traitent pas d'autres domaines du droit qui, comme il est indiqué dans le *Guide législatif*, ont également des incidences sur les PPP. Par ailleurs, la mise en place d'un PPP suppose, au-delà de l'établissement d'un cadre législatif approprié, l'existence de divers paramètres, tels que des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, des ressources humaines et financières suffisantes ainsi qu'une économie stable.

Les *Dispositions législatives types* et le *Guide législatif* actualisent, développent et remplacent deux textes antérieurs élaborés par la CNUDCI, à savoir le *Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé*, qui avait été adopté par la Commission à sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000)², et les *Dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé*, adoptées par la Commission à sa trente-sixième session (Vienne, 30 juin-11 juillet 2003)³.

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 17 (A/74/17), chap. III et annexe I.

² Ibid., cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17), par. 372.

³ Ibid., cinquante-huitième session, Supplément n° 17 (A/58/17), par. 171.

Table des matières

Préface	iii
Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 18 décembre 2019	xi
Introduction et informations générales sur les PPP.....	1
A. Introduction	1
1 Structure et contenu du <i>Guide</i>	3
2 Terminologie employée dans le <i>Guide</i>	4
B. Informations générales sur les PPP	9
1 Investissement privé et politique en matière d'infrastructure.....	9
2 Restructuration des secteurs d'infrastructure	11
3 Formes de participation du secteur privé aux projets de PPP.....	16
4 Structures et sources de financement des PPP	18
5 Principales parties associées à la réalisation de projets de PPP.....	22
I. Cadre juridique et institutionnel général	27
A. Remarques générales	27
B. Principes directeurs et options pour l'instauration d'un cadre juridique applicable aux PPP	27
1 Principes directeurs généraux relatifs au cadre juridique applicable aux PPP	28
2 Le droit constitutionnel et les PPP	36
3 Législation générale et sectorielle.....	37
C. Étendue du pouvoir de conclure des PPP.....	38
1 Organismes autorisés et domaines d'activité pertinents	39
2 Objectif et portée des PPP	40
D. Pouvoir de régler les services d'infrastructure	41
1 Compétence sectorielle et attributions des organismes de réglementation.....	42
2 Mécanismes institutionnels	43

3.	Pouvoirs des organismes de réglementation	44
4.	Composition, personnel et budget des organismes de réglementation	45
5.	Processus et procédures réglementaires	46
6.	Recours contre les décisions de l'organisme de réglementation. ...	47
7.	Règlement des différends entre prestataires de services publics. ...	48
II.	Planification et préparation du projet	49
A.	Remarques générales	49
B.	Évaluation des projets et options	50
1.	Rapport qualité-prix (économie et efficacité)	50
2.	Évaluation des incidences budgétaires	54
3.	Évaluation de l'impact sur la prospérité économique et la société	55
4.	Étude d'impact sur l'environnement	56
5.	Impact sur la concurrence	58
C.	Risques de projet et leur répartition	59
1.	Aperçu des principales catégories de risques de projet.	60
2.	Arrangements contractuels pour la répartition et l'atténuation des risques	63
D.	Coordination administrative	67
1.	Coordination des mesures préparatoires	67
2.	Préparatifs en vue de la sélection du partenaire privé	68
3.	Mesures visant à faciliter la délivrance de licences et de permis ...	69
E.	Soutien des pouvoirs publics	70
1.	Considérations stratégiques concernant le soutien gouvernemental	71
2.	Formes de soutien gouvernemental	72
F.	Garanties accordées par des institutions financières internationales. ...	82
1.	Garanties accordées par des institutions de prêt multilatérales ...	82
2.	Garanties accordées par l'Agence multilatérale de garantie des investissements	83
G.	Garanties accordées par les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements	86

III. Attribution du contrat	89
A. Remarques générales	89
1. Procédures d'attribution visées par le <i>Guide</i>	90
2. Objectifs généraux des procédures d'attribution	91
3. Caractéristiques particulières des procédures d'attribution pour les PPP.....	94
4. Préparatifs de la procédure d'attribution	98
B. Présélection des soumissionnaires.....	100
1. Invitation à participer à la procédure de présélection	102
2. Critères de présélection	102
3. Questions relatives à la participation de consortiums soumissionnaires.....	104
4. Présélection et préférences nationales.....	105
5. Contribution aux frais de participation à la procédure d'attribution	106
6. Procédure de présélection	107
C. Procédures de demande de propositions	108
1. Structure et étapes de la procédure	108
2. Teneur de la demande de propositions.....	112
3. Éclaircissements et modifications.....	120
4. Critères d'évaluation	121
5. Soumission et ouverture des propositions.....	124
6. Dialogue avec les soumissionnaires	125
7. Négociations finales et attribution du contrat.....	126
D. Attribution d'un contrat par voie de négociations directes	128
1. Circonstances autorisant le recours aux négociations directes ...	129
2. Mesures visant à améliorer la transparence dans l'attribution de contrats par voie de négociations directes.....	129
E. Propositions spontanées	132
1. Considérations de politique générale	133
2. Procédures de traitement des propositions spontanées	136
F. Confidentialité	140
G. Avis d'attribution du projet	141

H.	Archivage des documents liés aux procédures d'attribution	141
I.	Procédures de contestation.....	145
IV.	Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP.....	147
A.	Dispositions générales du contrat de PPP	147
1.	Approches législatives	147
2.	Droit applicable au contrat de PPP	148
3.	Conclusion du contrat de PPP	149
B.	Structure sociale du partenaire privé	151
C.	Site, biens et servitudes du projet	154
1.	Propriété des biens du projet.....	155
2.	Acquisition des terrains nécessaires à l'exécution du projet	157
3.	Servitudes.....	159
D.	Arrangements financiers	160
1.	Obligations financières du partenaire privé.....	160
2.	Sources et modes de paiement	160
E.	Sûretés	170
1.	Sûretés sur des biens corporels	171
2.	Sûretés sur des biens incorporels	171
3.	Sûretés sur des créances commerciales.....	172
4.	Sûretés sur la société de projet.....	174
F.	Cession de droits par le partenaire privé	174
G.	Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet	175
H.	Travaux de construction	177
1.	Examen et approbation des plans de construction.....	178
2.	Modification de certains aspects de la construction	178
3.	Pouvoirs de surveillance de l'autorité contractante	180
4.	Période de garantie.....	181
I.	Exploitation de l'infrastructure	181
1.	Normes techniques et de service	182
2.	Extension des services.....	183
3.	Continuité du service	184

4.	Égalité de traitement des clients ou usagers.....	185
5.	Raccordement et accès aux réseaux d'infrastructure.....	185
6.	Obligations d'information et de transparence.....	186
7.	Pouvoirs conférés au partenaire privé pour faire respecter les obligations	187
J.	Arrangements contractuels généraux.....	188
1.	Sous-contrats.....	188
2.	Responsabilité à l'égard des usagers et des tiers	191
3.	Garanties de bonne exécution et assurance.....	192
4.	Changements de circonstances.....	198
5.	Empêchements exonératoires.....	203
6.	Manquements et recours	206
V.	Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP.....	211
A.	Remarques générales	211
B.	Durée du contrat de PPP.....	211
C.	Prorogation du contrat de PPP	213
D.	Résiliation.....	215
1.	Résiliation par l'autorité contractante.....	217
2.	Résiliation par le partenaire privé.....	223
3.	Résiliation par l'une ou l'autre partie.....	224
E.	Conséquences de l'expiration ou de la résiliation du contrat de PPP..	225
1.	Transfert de biens associés au projet	225
2.	Arrangements financiers au moment de la résiliation	228
3.	Mesures de liquidation et mesures de transition	234
VI.	Règlement des différends	241
A.	Remarques générales	241
B.	Différends entre l'autorité contractante et le partenaire privé	243
1.	Considérations générales sur les méthodes de prévention et de règlement des différends.....	243
2.	Méthodes couramment utilisées pour prévenir et régler les différends	245

C.	Différends entre les promoteurs du projet et entre le partenaire privé et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs.....	261
D.	Différends auxquels sont parties des clients ou des usagers de l'infrastructure	261
VII.	Autres domaines pertinents du droit	263
A.	Remarques générales	263
B.	Autres domaines pertinents du droit	264
1.	Promotion et protection des investissements	264
2.	Droit de la propriété	265
3.	Sûretés.....	266
4.	Droit de la propriété intellectuelle.....	269
5.	Règles et procédures relatives à l'expropriation de biens privés ...	271
6.	Marchés publics	272
7.	Contrats privés	273
8.	Droit des sociétés	274
9.	Droit fiscal et questions fiscales à l'échelle internationale	276
10.	Dédouanement et droits de douane	278
11.	Règles et pratiques comptables.....	278
12.	Affectation de crédits et règles comptables	279
13.	Protection de l'environnement et PPP	280
14.	Législation relative à la protection des consommateurs.....	282
15.	Droit de l'insolvabilité	283
16.	Mesures anticorruption	285
17.	Législation et normes du travail.....	286
18.	Participation des parties prenantes aux PPP	286
C.	Accords internationaux	287
1.	Appartenance aux institutions financières internationales.....	287
2.	Accords généraux sur la facilitation et la promotion des échanges.....	288
3.	Accords internationaux sur des secteurs particuliers.....	288
Index	291

Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 18 décembre 2019

[sur la base du rapport de la Sixième Commission (A/74/423)]

74/183. Dispositions législatives types sur les partenariats public-privé de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, portant création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et donnant à celle-ci pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération les intérêts de tous les peuples, en particulier ceux des pays en développement, en favorisant un large développement du commerce international,

Rappelant également sa résolution 58/4 du 31 octobre 2003, portant adoption de la Convention des Nations Unies contre la corruption¹,

Rappelant en outre sa résolution 70/1 du 25 septembre 2015, portant adoption du Programme de développement durable à l'horizon 2030, et sa résolution 69/313 du 27 juillet 2015, portant approbation du Programme d'action d'Addis-Abeba issu de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement,

Convaincue que les partenariats public-privé peuvent jouer un rôle important pour améliorer la mise en place et la gestion rationnelle des infrastructures et des services publics et pour soutenir les efforts déployés par les gouvernements pour atteindre les objectifs de développement durable,

¹ Voir également Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, n° 42146.

Craignant que la faiblesse du cadre juridique et le manque de transparence ne découragent les investissements dans les infrastructures et les services publics et n'augmentent les risques de corruption et de mauvaise gestion des fonds publics,

Soulignant qu'il importe de prévoir des procédures efficaces et transparentes pour l'attribution de contrats de partenariat public-privé et de faciliter l'exécution des projets au moyen de règles qui accroissent la transparence, l'équité et la viabilité à long terme et qui éliminent les restrictions indésirables à la participation du secteur privé à la mise en place et à l'exploitation des infrastructures et des services publics,

Rappelant les précieuses orientations que la Commission a données aux États Membres pour les aider à se doter d'un cadre législatif favorable à cet égard grâce au *Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé*² et aux *Dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé* qui l'accompagnent³, ainsi que la recommandation qu'elle a formulée dans sa résolution 58/76 du 9 décembre 2003, tendant à ce que les États prennent dûment en considération ces textes lorsqu'ils modifient leur législation ou adoptent des lois sur la participation du secteur privé à la mise en place et à l'exploitation d'infrastructures publiques,

Convaincue que les conseils fournis par la Commission aideront davantage les États, en particulier les pays en développement, à promouvoir la bonne gouvernance et à établir un cadre législatif adapté pour les projets de partenariat public-privé,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir achevé et adopté⁴ les *Dispositions législatives types sur les partenariats public-privé*⁵ et le *Guide législatif sur les partenariats public-privé* ;

2. *Prie* le Secrétaire général de publier, y compris sous forme électronique, les *Dispositions législatives types* et le *Guide législatif* dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies et de les diffuser largement auprès des gouvernements et des organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales, entités du secteur privé et établissements universitaires intéressés ;

² Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.01.V.4.

³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17 (A/58/17)*, annexe I.

⁴ *Ibid.*, soixante-quatorzième session, Supplément n° 17 (A/74/17), chap. III.

⁵ *Ibid.*, annexe I.

3. *Recommande* que tous les États prennent dûment en considération les *Dispositions législatives types* et le *Guide législatif* lorsqu'ils modifieront leur législation en matière de partenariats public-privé ou en adopteront une, et invite les États qui auront utilisé les *Dispositions législatives types* à en informer la Commission.

*51^e séance plénière,
18 décembre 2019*

Introduction et informations générales sur les PPP¹

A. Introduction

1. Les rôles des secteurs public et privé dans le développement des infrastructures ont considérablement évolué avec le temps. Des services publics tels que l'éclairage au gaz des voies publiques, la distribution d'électricité, la télégraphie et la téléphonie, les transports en train à vapeur et en tramway électrique remontent au XIX^e siècle. Le secteur privé a financé bon nombre des premiers projets de construction de routes ou de creusement de canaux et le financement international de projets s'est rapidement développé, avec notamment l'émission d'obligations internationales pour fournir les fonds nécessaires à la mise en place des chemins de fer et d'autres infrastructures essentielles.

2. Toutefois, pendant la plus grande partie du XX^e siècle, on a constaté dans le monde entier une tendance à la prise en charge par l'État du développement des infrastructures et d'autres services. Les exploitants de ces infrastructures ont souvent été nationalisés, ou ont fait l'objet de fusions et d'acquisitions afin de diminuer la concurrence. Dans de nombreux pays, les entreprises privées souhaitant fournir des services publics devaient obtenir une licence ou une concession de l'État. Pendant toute cette période, le degré d'ouverture de l'économie mondiale a également diminué. Le secteur des infrastructures ne relevait plus de l'exploitation privée que dans un nombre relativement restreint de pays, avec une concurrence souvent limitée voire inexistante. De nombreux pays inscrivaient par ailleurs dans leur constitution la prédominance du secteur public dans la fourniture de services d'infrastructure.

¹ La section B donne des informations générales sur des questions que le *Guide* examine d'un point de vue législatif. Pour de plus amples informations politiques et techniques, il est vivement recommandé au lecteur de consulter les publications d'autres organisations internationales telles que le *Guide sur le développement des infrastructures selon la formule construction-exploitation-transfert (CET)* établi par l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) (publication de l'ONUDI destinée à la vente, numéro de vente : ONUDI.95.6.F, ci-après « Guide de l'ONUDI sur les projets CET »), le *Guide de référence sur les partenariats public-privé – version 3*, établi par la Banque mondiale et ses partenaires (Banque internationale pour la reconstruction et le développement/Banque mondiale, 2017), et la *Recommandation du Conseil sur les principes applicables à la gouvernance publique des partenariats public-privé*, OCDE, mai 2012.

3. L'inversion de la tendance (participation d'entreprises privées et concurrence dans le secteur des infrastructures) s'est amorcée au début des années 1980. Parmi les facteurs qui ont contribué à cette inversion, on mentionnera des innovations technologiques importantes ; un fort endettement et d'impérieuses contraintes budgétaires limitant la capacité du secteur public à faire face aux besoins croissants en matière d'infrastructures ; l'expansion des marchés des capitaux internationaux et locaux, qui a amélioré l'accès aux financements privés ; et l'augmentation du nombre d'expériences internationales réussies en matière de participation du secteur privé et de concurrence dans le secteur des infrastructures. De nombreux pays ont adopté de nouvelles lois, non seulement pour réglementer ces opérations, mais aussi pour modifier la structure du marché et les politiques de concurrence dans les secteurs concernés.

4. Le *Guide* a pour objet d'appuyer la création d'un cadre juridique, ou son adaptation, afin de faciliter la participation privée à la mise en place d'infrastructures, d'ouvrages ou de services publics par le biais de partenariats public-privé (PPP), en vue d'améliorer l'efficacité et la qualité des infrastructures et services publics. Les conseils qu'il donne visent à encourager les PPP tout en préservant l'intérêt général. Le *Guide* traite de considérations fondamentales d'intérêt général, qui sont reconnues par la plupart des systèmes juridiques, même si la manière dont elles sont prises en compte des points de vue politique et législatif diffère sensiblement.

5. Parmi les considérations d'intérêt général, on mentionnera : la continuité dans la fourniture des services publics ; le caractère viable et abordable à long terme des projets ; les normes en matière de protection de l'environnement, de santé, de sécurité et de qualité ; l'équité des tarifs appliqués au public ; le traitement non discriminatoire des clients ou usagers ; la communication de tous les renseignements relatifs à l'exploitation de l'ouvrage ; la souplesse nécessaire pour s'adapter aux changements, notamment l'expansion du service pour répondre à un accroissement de la demande et un examen périodique des conditions contractuelles ; la responsabilité des décideurs et le suivi de l'exécution des projets. Quant au secteur privé, ses principales préoccupations portent généralement sur des questions telles que la stabilité de l'environnement juridique et économique dans le pays hôte ; la transparence des lois et règlements ainsi que la prévisibilité et l'impartialité de leur application ; la possibilité d'opposer des droits de propriété à des tiers, et l'assurance que la propriété privée est respectée, et qu'il n'y est porté atteinte que pour des raisons d'intérêt général et si une indemnisation est versée ; et la liberté des parties de convenir de conditions commerciales qui assurent un rendement raisonnable des capitaux investis, à la mesure des risques pris par les investisseurs privés. Le *Guide* ne fournit pas un ensemble unique de solutions types pour répondre à ces préoccupations, mais aide le lecteur à évaluer les différentes options et à choisir celle qui convient le mieux dans le contexte national ou local.

1. Structure et contenu du Guide

6. Le *Guide* fournit des conseils législatifs et des recommandations sous la forme de notes présentant une analyse des principales questions financières, réglementaires, juridiques, de politique et autres qui se posent dans ce domaine. Selon que de besoin, les notes sont suivies par des dispositions législatives types, qui illustrent la manière dont le législateur pourrait traduire les conseils et recommandations du *Guide* en langage législatif. Il est conseillé de lire conjointement les dispositions législatives types et les notes, les secondes donnant des informations générales permettant de mieux comprendre les premières.

7. Les dispositions types traitent de sujets que devrait aborder toute législation portant spécifiquement sur les PPP. Elles ne traitent pas d'autres domaines du droit qui, comme il est indiqué dans le *Guide*, ont également des incidences sur les PPP. Par ailleurs, la mise en place d'un PPP suppose, au-delà de l'établissement d'un cadre législatif approprié, l'existence de divers paramètres, tels que des structures et des pratiques administratives adéquates, des moyens organisationnels, des compétences techniques, des ressources humaines et financières suffisantes ainsi qu'une économie stable. Si certains de ces paramètres sont mentionnés dans les notes, ils ne sont pas abordés dans les dispositions types.

8. Le *Guide* a vocation à servir de référence aux autorités nationales et aux organes législatifs qui élaborent de nouvelles lois ou examinent les textes existants pour déterminer s'il convient de les adapter. À cette fin, il aide à identifier les domaines du droit qui sont les plus pertinents pour les PPP et examine le contenu des lois qui contribueraient à attirer des capitaux privés, tant nationaux qu'étrangers. Le *Guide* mentionne brièvement d'autres domaines du droit, comme la promotion et la protection des investissements, le droit des biens, les sûretés, les règles et procédures d'expropriation, le droit général des contrats, les règles applicables aux marchés publics, le droit fiscal, la protection de l'environnement et les lois relatives à la protection des consommateurs (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit »), qui pourraient s'appliquer en particulier aux PPP ou qui devraient être gardés à l'esprit lors de la mise en place d'un cadre législatif ou réglementaire relatif aux PPP. Le *Guide* n'a pas vocation à fournir des conseils pour la rédaction d'accords relatifs à la mise en place de PPP. Il aborde toutefois certaines questions contractuelles (par exemple, aux chapitres IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP » et V, « Durée, prolongation et résiliation du contrat de PPP »), dans la mesure où elles concernent des sujets qu'il pourrait être utile d'aborder dans la législation.

9. Le *Guide* couvre de multiples types de PPP, en particulier ceux qui prévoient l'obligation, pour le partenaire privé, de concevoir, construire, entretenir et exploiter un nouvel ouvrage ou un nouveau système, ou de réhabiliter, moderniser,

développer, entretenir et exploiter un ouvrage ou un système existant. Ces ouvrages ou systèmes peuvent être exploités par le partenaire privé, qui fournit des biens et services au public, être ouverts au public afin qu'il les utilise sous le contrôle du partenaire privé, ou bien être utilisés par l'État pour satisfaire ses propres besoins ou appuyer la fourniture d'un service public. Le *Guide* couvre aussi bien les PPP dans le cadre desquels le secteur privé récupère son investissement à travers les redevances facturées au public ou à une autorité publique (ou aux deux) pour l'utilisation de l'ouvrage ou du système, ou pour les biens ou services qu'il génère, que les PPP dans lesquels seul l'autorité contractante ou autre organisme public paie pour les ouvrages, les biens ou les services visés dans le contrat. Bien que les PPP soient parfois associés à d'autres opérations ayant pour but de « privatiser » des fonctions ou des biens de l'État, le *Guide* ne vise pas les opérations de « privatisation » qui ne se rapportent pas à la construction et à l'exploitation d'infrastructures, d'ouvrages et de services publics. Il ne vise pas non plus les projets d'exploitation de ressources naturelles, tels que les projets d'extraction minière ou d'exploitation de pétrole ou de gaz dans le cadre d'une « concession », d'une « licence » ou d'un « permis » délivré par les autorités publiques du pays hôte.

2. Terminologie employée dans le Guide

10. On trouvera dans les paragraphes ci-après des explications sur le sens et l'emploi de certaines expressions qui apparaissent fréquemment dans le *Guide*. Pour les termes non mentionnés ci-dessous, tels que les termes techniques qui apparaissent dans des documents financiers et des documents de gestion, il est conseillé au lecteur de consulter d'autres sources d'information sur le sujet, notamment le *Guide sur le développement des infrastructures selon la formule construction-exploitation-transfert (CET)* établi par l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI)².

a) « Infrastructure publique » et « services publics »

11. Dans le *Guide*, le terme « infrastructure publique » désigne des installations matérielles qui fournissent ou hébergent, directement ou indirectement, des services essentiels à la population. On trouve des exemples d'infrastructures publiques correspondant à cette définition dans divers secteurs et elles comprennent divers types d'ouvrages, d'équipements ou de systèmes : centrales et réseaux de distribution (secteur de l'électricité) ; systèmes de communications téléphoniques urbains et interurbains et réseaux de transmission de données (secteur des télécommunications) ; installations de dessalement, stations d'épuration des eaux usées, équipements

² Publication de l'ONUDI, numéro de vente : ONUDI.95.6.F, ci-après dénommée *Guide de l'ONUDI sur les projets CET*.

de distribution d'eau (secteur de l'eau) ; installations et équipements de ramassage et d'élimination des déchets (secteur de l'assainissement) ; et installations et systèmes utilisés dans les transports publics, tels que réseaux ferrés urbains et interurbains, lignes de métro, lignes d'autobus, routes, ponts, tunnels, ports, lignes aériennes et aéroports (secteur des transports). Le terme « infrastructure » recouvre également les ouvrages ou services – qu'ils soient ou non ouverts ou accessibles au public – que l'État ou d'autres autorités publiques utilisent pour remplir leurs propres fonctions (palais de justice, bâtiments administratifs) ou les édifices qui accueillent des services publics comme les écoles, les établissements médicaux ou les établissements pénitentiaires.

12. C'est à chaque pays qu'il appartient, dans le cadre de sa politique générale, de déterminer celles de ses infrastructures qui sont publiques et celles qui sont privées. Dans certains pays, par exemple, les aéroports appartiennent à l'État ; dans d'autres, ils appartiennent au secteur privé mais sont soumis à une réglementation ou aux conditions d'un accord avec l'autorité publique compétente. Les hôpitaux et les établissements médicaux, ainsi que les prisons et les établissements correctionnels peuvent être publics ou privés, selon la préférence du pays. Souvent, mais pas toujours, les centrales électriques et les installations de télécommunications sont exploitées par des entités privées, mais la distribution relève du secteur public. Le *Guide* n'émet aucun avis sur le point de savoir où il convient de tracer la limite entre les deux catégories dans un pays donné.

13. Les notions « d'infrastructure publique » et de « services publics » sont bien établies dans la tradition juridique de certains pays, où elles sont parfois régies par un ensemble de règles de droit public connu sous le nom de « droit administratif » (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 25 à 28). Toutefois, dans un certain nombre d'autres pays, si les services publics font l'objet d'une réglementation spéciale, ils n'en sont pas pour autant considérés comme intrinsèquement différents d'autres types d'activités. Tels qu'employés dans le *Guide*, les termes « services publics » et « prestataires de services publics » n'ont pas le sens technique qu'ils peuvent revêtir dans tel ou tel système juridique.

b) « Partenariat public-privé », « (PPP) » et expressions apparentées

14. Le terme « partenariat public-privé » (PPP) est utilisé dans la pratique pour désigner une multitude de dispositifs contractuels ou de groupements d'entreprises dans le cadre desquels les secteurs public et privé coopèrent dans la poursuite d'un objectif commun ; il n'existe pas de définition juridique reconnue à l'échelle internationale recouvrant toutes les variantes possibles. Le *Guide* utilise le terme PPP pour désigner spécifiquement les arrangements à long terme convenus entre des autorités publiques et des entités privées qui contribuent au financement privé d'infrastructures publiques, dans le sens indiqué au paragraphe 11 ci-dessus.

15. Les PPP ne constituent pas une nouvelle catégorie particulière de contrats publics. De fait, ils peuvent se fonder sur des structures contractuelles bien connues (locations, concessions, contrats de service, contrats clefs en main, contrats conception-construction-financement-exploitation). Les types de PPP qui sont couverts par le *Guide* peuvent être répartis en deux grandes catégories. La première catégorie englobe les PPP dans lesquels le partenaire privé exploite l'infrastructure et perçoit des redevances auprès du public au titre d'une licence ou d'une « concession » (voir par. 18) délivrée par l'État (« PPP concessif »). La deuxième catégorie réunit les PPP dans lesquels le partenaire privé effectue des travaux en relation avec une infrastructure ou un ouvrage (conception et construction, rénovation, agrandissement, entretien ou gestion, ou participation à de tels travaux) ou avec un système de services (information ou télécommunication, services à la clientèle), mais n'impose pas directement au public de redevances, car il reçoit des paiements de l'autorité contractante ou d'un autre organisme public (« PPP non concessif »).

16. Cette deuxième catégorie s'apparente à ce que certains systèmes juridiques appellent « partenariat pour les infrastructures » ou « contrat de partenariat », type de montage novateur qui prévoit que des travaux ou services sont fournis contre rémunération pendant la durée du contrat, sans que des fonds publics ne doivent être déboursés en amont. Avec ce type de montages, le partenaire privé s'engage généralement à financer et à construire un ouvrage et à le transférer, une fois qu'il est achevé, à l'autorité contractante ou à l'entité qu'elle a désignée. Ce montage est surtout utilisé pour la construction d'ouvrages destinés à accueillir un service public directement fourni par l'autorité contractante, tandis que le partenaire privé conserve la responsabilité de l'exploitation et de l'entretien de l'ouvrage pendant la durée entière du contrat de PPP. Quel que soit le type d'arrangement, le *Guide* désigne généralement l'autorité publique qui conclut le PPP par le terme « autorité contractante », et l'entité privée qui exécute le projet par le terme « partenaire privé ». L'accord conclu entre l'autorité contractante et le partenaire privé, qui définit la portée et les conditions du projet de PPP, est désigné par le terme « contrat de PPP ».

17. Selon le contexte, le *Guide* utilise parfois le terme « société de projet » pour désigner spécifiquement une personne morale indépendante créée pour exécuter un projet de PPP particulier.

c) « Concession » et expressions apparentées

18. Dans de nombreux pays, une entité autre qu'une autorité publique aura généralement besoin de l'autorisation de l'organisme public compétent pour pouvoir fournir un « service public ». Les législations nationales et les systèmes juridiques utilisent divers termes pour définir ces autorisations ; différents termes peuvent correspondre à différents types d'autorisation. Les termes les plus couramment

utilisés sont notamment « concession », « franchise », « licence » ou « affermage ». Dans certains systèmes juridiques, en particulier ceux de tradition romaine, certaines formes de projets d'infrastructure sont classées dans des catégories bien définies (par exemple, « concession de travaux publics » ou « concession de service public »). Lorsque le contexte l'exige, le *Guide* utilise le terme « concession » pour désigner de manière générale le fait d'accorder ce type d'autorisation, sans lui donner le sens technique qu'il peut revêtir dans un système juridique ou un droit interne particulier.

19. Selon le contexte, le *Guide* emploie le terme « concessionnaire » pour désigner en particulier une entité qui exécute un projet d'infrastructure dans le cadre d'une concession octroyée par une autorité publique du pays hôte. D'autres expressions qui peuvent être employées dans certains systèmes juridiques pour désigner certaines formes d'accords de PPP, par exemple « accord de concession » ou « contrat de concession », ne sont pas utilisées dans le *Guide*.

d) *Référence aux autorités nationales*

20. Tel qu'il est utilisé dans le *Guide*, le mot « État » recouvre les différentes autorités publiques du pays hôte qui sont dotées de fonctions décisionnelles ou exécutives au niveau national, provincial ou local. Le terme « autorités publiques » est utilisé pour désigner, en particulier, les entités du pouvoir exécutif, ou liées au pouvoir exécutif, de l'État. Les termes « organes législatifs » et « législateur » désignent spécifiquement les organes qui exercent des fonctions législatives dans le pays hôte.

21. Le terme « autorité contractante » est généralement employé dans le *Guide* pour désigner l'autorité publique du pays hôte qui assume la responsabilité générale du projet et au nom de laquelle ce dernier est attribué. Cette autorité peut être aussi bien nationale que provinciale ou locale (voir ci-après par. 71 et 72).

22. Le terme « organisme de réglementation » désigne dans le *Guide* l'autorité publique habilitée à publier et faire appliquer des règles ou une réglementation régissant la mise au point et l'exploitation du projet. Cet organisme peut être créé par une loi dans le but spécifique de réglementer un secteur d'infrastructure publique particulier.

e) « *Construction-exploitation-transfert* » et expressions apparentées

23. Les divers types de projets désignés en tant que PPP dans le *Guide* sont parfois répartis en plusieurs catégories, par exemple suivant le type de participation du secteur privé ou le régime de propriété de l'infrastructure en question, comme il est indiqué ci-dessous (voir aussi l'examen des modalités de la participation du secteur privé dans les PPP aux paragraphes 48 à 55) :

a) *Construction-exploitation-transfert (CET)*. On parle de projet CET lorsque l'autorité contractante sélectionne un partenaire privé pour financer et construire un ouvrage ou un système et accorde à cette entité privée le droit de l'entretenir et/ou de l'exploiter commercialement pour une période donnée, à la fin de laquelle la propriété de l'ouvrage est transférée à l'autorité contractante ;

b) *Construction-transfert-exploitation (CTE)*. On parle de projet CTE lorsque l'autorité contractante choisit un partenaire privé pour planifier, financer, concevoir et construire un ouvrage ou un système dont elle devient immédiatement propriétaire dès son achèvement, le partenaire privé conservant le droit de l'entretenir et de l'exploiter pendant une certaine période ;

c) *Construction-location-exploitation-transfert* ou *construction-bail-exploitation-transfert*. Il s'agit de variantes des projets CET ou CTE dans lesquelles, en plus des obligations et autres conditions généralement associées aux projets CET, le partenaire privé loue à l'autorité contractante, pendant la durée de l'accord, les biens corporels sur lesquels l'ouvrage est situé et s'engage à les entretenir et à les exploiter ;

d) *Construction-possession-exploitation-transfert*. Il s'agit de projets dans lesquels un partenaire privé est engagé pour planifier, financer, concevoir, construire, exploiter et entretenir un ouvrage donné, en contrepartie de quoi il est fondé à percevoir auprès des usagers des redevances et autres droits. Avec ce montage, l'entité privée est propriétaire de l'ouvrage et des biens jusqu'à leur transfert à l'autorité contractante ;

e) *Construction-possession-exploitation*. Cette expression désigne des projets dans lesquels le partenaire privé est propriétaire de l'ouvrage à titre définitif et n'est pas tenu de le transférer à l'autorité contractante.

24. Outre les appellations qui visent à faire ressortir le régime de propriété particulier des projets, il en existe d'autres qui font ressortir une ou plusieurs des obligations du partenaire privé. Dans certains cas, un ouvrage existant est remis à une entité privée, avec charge pour elle de le moderniser ou de le remettre en état, de l'exploiter et d'en assurer la maintenance, à titre définitif ou pour une période déterminée. Selon que le partenaire privé est ou non propriétaire de l'ouvrage, on parle de « remise en état-exploitation-transfert » ou de « modernisation-exploitation-transfert », dans le premier cas, et de « remise en état-possession-exploitation » ou de « modernisation-possession-exploitation » dans le second. L'expression « conception-construction-financement-exploitation » est parfois employée pour insister sur le fait que le partenaire privé est en outre chargé de concevoir l'ouvrage et d'en financer la construction.

B. Informations générales sur les PPP

25. Dans la plupart des pays qui construisent de nouvelles infrastructures au moyen d'investissements privés, les PPP constituent un outil important pour répondre aux besoins nationaux en matière d'infrastructures. Les politiques nationales définissent en particulier le degré de concurrence recherché dans chaque secteur, la façon dont chacun d'eux est structuré et les mécanismes qui permettent d'assurer le bon fonctionnement du marché des infrastructures ou des services publics. Les politiques nationales destinées à promouvoir l'investissement privé dans les infrastructures s'accompagnent souvent de mesures visant à mettre en concurrence les prestataires de services publics ou à prévenir l'exploitation abusive des situations de monopole lorsque l'appel à la concurrence ne peut être envisagé.

26. Lorsqu'ils ont mis au point des programmes de promotion de l'investissement privé dans la construction et l'exploitation d'infrastructures et de services publics, certains pays ont jugé utile de réexaminer les hypothèses qui avaient présidé à la création des monopoles du secteur public, ainsi que les circonstances historiques et les conditions politiques de cette création en vue :

a) De déterminer les activités qui conservaient le caractère d'un monopole naturel ; et

b) De déterminer s'il était faisable et souhaitable d'ouvrir certains secteurs d'infrastructure à la concurrence.

1. Investissement privé et politique en matière d'infrastructure

27. Les mesures à prendre pour mettre en œuvre une politique nationale d'ouverture à la concurrence de divers secteurs d'infrastructure sont essentiellement fonction de la structure du marché. Les principaux éléments caractérisant les diverses structures de marché sont notamment les obstacles économiques, juridiques, techniques ou autres à l'entrée des concurrents, le degré d'intégration verticale ou horizontale, le nombre d'entreprises actives sur le marché et la disponibilité de produits ou de services de substitution.

a) Politique de concurrence et monopoles

28. *Stricto sensu*, le monopole est un marché où l'offre provient d'un fournisseur unique. En fait, le monopole absolu et la concurrence parfaite constituent les deux extrémités d'un continuum, et la plupart des marchés de biens et de services se caractérisent par un degré de concurrence qui se situe entre ces deux pôles. D'une manière générale, on peut distinguer trois catégories de monopoles : les monopoles naturels, les monopoles de droit et les monopoles de fait. Chacune de ces catégories peut appeler une politique différente :

a) *Monopoles naturels.* Il s'agit d'activités économiques qui permettent à un seul fournisseur de répondre à la demande de l'ensemble du marché à un coût moindre que ne le feraient deux fournisseurs ou plus. C'est la situation typique des activités économiques qui exigent de gros investissements et des coûts fixes élevés, mais dont les coûts de production par unité supplémentaire (par exemple, un mètre cube d'eau de plus pour répondre à un accroissement de la demande) vont décroissant. Les monopoles naturels exigent normalement d'importants investissements fixes initiaux, d'où la difficulté pour une nouvelle entreprise, qui ne peut profiter des mêmes économies d'échelle, à entrer sur le marché et à vendre moins cher que l'entreprise en place ;

b) *Monopoles de droit.* Produits de la législation, les monopoles de droit peuvent couvrir des secteurs ou des activités qui constituent ou non des monopoles naturels. Dans ce dernier cas, le monopole n'existe que parce que la concurrence est interdite. Si de nombreux pays ont institué des monopoles de droit, c'est souvent parce qu'ils ont estimé que leurs besoins en matière d'infrastructures ne pouvaient être convenablement satisfaits, ni en termes de qualité ni en termes de quantité, si l'on s'en remettait entièrement au marché ;

c) *Monopoles de fait.* Les monopoles de fait ne résultent pas nécessairement de fondamentaux économiques ou de dispositions légales, mais simplement de l'absence de concurrence due, par exemple, à la nature intégrée de l'entreprise dominante et à sa capacité de contrôler, en excluant tout autre fournisseur, les installations essentielles à sa production.

29. Bien que les monopoles se justifient parfois d'un point de vue juridique, politique ou social, ils peuvent avoir des effets négatifs sur l'économie. Le prestataire de services qui se trouve en situation de monopole est en général en mesure de fixer des prix supérieurs à ceux qu'il pratiquerait en situation de concurrence. Le surprofit qu'il tire de l'absence de concurrence se traduit par un transfert de richesse du consommateur au producteur. Il est également apparu que les monopoles imposaient un handicap à l'économie, en raison du gonflement des prix résultant d'une production artificiellement faible, du rythme réduit de l'innovation et du manque d'incitation à abaisser les coûts de production. En outre, dans certains secteurs, ils peuvent avoir des effets secondaires sur d'autres marchés : ainsi, l'absence de concurrence et l'inefficacité dans les télécommunications ont des répercussions négatives sur l'ensemble de l'économie en faisant augmenter les coûts.

30. Malgré leurs inconvénients économiques, les monopoles et autres barrières réglementaires à la concurrence sont parfois maintenus, même quand il n'y a plus de monopole naturel. L'une des raisons invoquées dans ce cas est que le monopole peut servir certains objectifs de la politique nationale, comme la fourniture à certaines régions ou à certaines catégories de consommateurs de services peu onéreux, voire à un coût inférieur au prix de revient. Comme exemple de services qui peuvent

être fournis à perte, on peut citer les services téléphoniques de base, l'approvisionnement en eau et en électricité, les transports à tarif réduit pour certaines catégories de voyageurs (écoliers ou personnes âgées, par exemple) et divers services destinés aux usagers ruraux ou à faible revenu. Le prestataire de services en situation de monopole est en mesure de financer ces prestations grâce aux « subventions croisées » découlant de services bénéficiaires fournis à d'autres régions ou à d'autres catégories de consommateurs.

31. Pour expliquer le maintien des monopoles de droit qui ne sont pas des monopoles naturels, on invoque aussi la nécessité de rendre le secteur concerné plus intéressant pour l'investisseur privé. Il arrive en effet que les exploitants privés réclament l'exclusivité pour la fourniture d'un service donné, de manière à réduire le risque commercial auquel est exposé leur investissement. Mais ce souci doit être apprécié au regard des intérêts des consommateurs et de l'ensemble de l'économie. Dans les pays qui estiment devoir accorder des droits exclusifs pour attirer l'investissement privé, il peut être souhaitable d'envisager de restreindre la concurrence, mais pendant un certain temps seulement (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 21 et 22).

b) Concurrence possible dans différents secteurs

32. Les situations de monopole étaient naguère la norme dans la plupart des secteurs d'infrastructure, soit parce qu'il y existait des monopoles naturels, soit parce que des obstacles réglementaires ou d'autres barrières à l'entrée ou à l'activité (par exemple, l'intégration verticale des prestataires de services publics) empêchaient toute concurrence réelle. Toutefois, divers facteurs (progrès et innovations technologiques, besoins croissants en matière de financement d'infrastructures, baisse des revenus publics, impératifs d'efficacité pour ce qui est de la mise en place et de l'exploitation d'infrastructures publiques) ont élargi le champ potentiel de la concurrence dans ces secteurs, ce qui a encouragé les législateurs et les autorités réglementaires, dans la plupart des pays, à promouvoir la concurrence dans différents secteurs d'infrastructure en adoptant des lois qui abolissent les monopoles et démontent les autres barrières à l'entrée sur les marchés, modifient l'organisation des secteurs d'infrastructure et instaurent des cadres réglementaires favorisant le bon fonctionnement de la concurrence. La mesure dans laquelle une concurrence réelle est possible dépend du secteur, de la taille du marché et d'autres facteurs.

2. Restructuration des secteurs d'infrastructure

33. Dans de nombreux pays, l'intervention du secteur privé dans le domaine des infrastructures a suivi la restructuration des secteurs concernés. En général, l'action législative commence par l'abolition des règlements qui interdisent au secteur privé d'intervenir et par l'élimination dans la législation de tout ce qui fait obstacle à la

concurrence et ne peut être justifié en invoquant l'intérêt général. Il convient toutefois de noter que le degré d'ouverture à la concurrence d'un secteur donné est décidé en fonction de la politique économique générale du pays. Certains pays, notamment les pays en développement, peuvent avoir légitimement intérêt à développer certains secteurs de l'industrie locale et peuvent donc choisir de ne pas ouvrir certains secteurs d'infrastructure à la concurrence.

34. S'agissant des situations de monopole qui sont le produit d'interdictions légales et non la résultante de fondamentaux économiques et technologiques, la principale mesure législative à prendre est de faire disparaître les obstacles juridiques, mesure qu'il peut être nécessaire de renforcer en mettant en place des règles de concurrence (interdiction des collusions, des cartels, des prix abusifs et d'autres pratiques commerciales déloyales) et une tutelle réglementaire (voir chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 37 à 60). Pour certaines activités cependant, il est impossible de susciter une véritable concurrence simplement en supprimant les obstacles législatifs ; il faut également légiférer pour restructurer le secteur concerné. Certains pays maintiennent les monopoles temporairement, juste assez longtemps pour permettre le passage progressif, ordonné et socialement acceptable d'une structure monopolistique à une structure de marché concurrentielle.

a) Désintégration des secteurs d'infrastructure

35. L'intégration verticale ou horizontale³ des acteurs du marché, y compris les entreprises d'infrastructure, peut réduire sensiblement la concurrence. Les entreprises intégrées peuvent abuser de leur position sur un marché en éliminant leurs concurrents ou en empêchant d'autres entreprises d'accéder au marché. L'impact anticoncurrentiel de cette situation est aggravé par la présence d'éléments monopolistiques dans certains services, comme ceux des infrastructures ferroviaires ou routières uniques. Mais dans le même temps, l'intégration peut aussi améliorer l'efficacité, favorisant par là la concurrence. Il faut donc généralement procéder à une évaluation économique au cas par cas pour déterminer si un type ou un niveau particulier d'intégration est, dans l'ensemble, favorable ou défavorable à la concurrence. En tout état de cause, étant donné qu'il est difficile de créer une situation de mise en concurrence dans certains secteurs d'infrastructure, certains pays ont jugé nécessaire d'y dissocier l'élément monopolistique (que constitue par exemple le réseau électrique de distribution de l'électricité) des éléments concurrentiels (notamment la production d'énergie).

³ L'intégration verticale est le contrôle commun de deux entreprises qui se trouvent à des stades de production différents — par exemple, un fabricant d'équipements électriques et une entreprise d'ingénierie et d'installation de réseaux électriques. L'intégration horizontale est la fusion d'entreprises qui se situent à la même étape de production, comme deux entreprises de transport.

36. Cela étant, il convient de bien analyser les coûts et les avantages de tels changements. Pour ce qui est des coûts, il faut songer à ceux qu'engendre le changement lui-même (coûts de l'opération elle-même et coûts associés à la transition, y compris les pertes que doivent essuyer les entreprises qui voient disparaître leurs avantages ou leur position protégée) et à ceux qu'entraîne l'exploitation du nouveau système, en particulier la hausse des coûts de coordination due notamment au fait que la planification du réseau est plus compliquée et qu'il faut imposer des normes techniques ou prévoir des réglementations. Pour ce qui est des avantages, on peut citer l'apport de nouveaux investissements, la création de nouveaux services ou l'amélioration de ceux qui existent déjà, l'élargissement des choix et la réduction des coûts économiques.

b) Exemples récents pris dans de grands secteurs d'infrastructure

i) Électricité

37. Dans ce domaine, les lois récemment promulguées dans divers pays prévoient le découplage des activités de production, de transmission et de distribution. Parfois, elles séparent en outre le service aux clients de la distribution, pour ne laisser en situation de monopole que l'activité monopolistique proprement dite, c'est-à-dire l'acheminement de l'électricité destinée au public grâce aux lignes électriques. Dans ce cas de figure, les compagnies qui transportent et distribuent l'électricité ne font que transmettre l'électricité moyennant une redevance réglementée, sans l'acheter ni la vendre. Le commerce de l'électricité se fait entre producteurs ou revendeurs d'une part et consommateurs de l'autre. Dans certains pays qui ont fait ce choix, la concurrence est limitée aux gros consommateurs ou est introduite progressivement.

38. Dans les pays qui ont opté pour l'ouverture à la concurrence des secteurs de l'énergie et du gaz, de nouveaux textes législatifs ont fixé la nouvelle organisation du marché, en précisant dans quelle mesure il devait être démembré (en indiquant même parfois le nombre de prestataires de services publics qui devaient remplacer le monopole démantelé), ou ont supprimé les obstacles à l'entrée dans le secteur. Ces législations ont aussi édicté des règles de concurrence particulières régissant soit les structures (par exemple, interdiction des participations croisées entre entreprises opérant dans divers segments du même marché : production, transmission et distribution, ou encore vente et distribution), soit les comportements (par exemple, accès des tiers, interdiction des alliances ou autres modes de collusion). De nouvelles institutions et de nouveaux mécanismes de réglementation ont été mis en place pour faire fonctionner ces nouveaux marchés de l'énergie : syndicats de producteurs, systèmes de répartition, organismes de réglementation, etc. Enfin, il a fallu amender d'autres aspects de la législation ou de la politique énergétique pour suivre ces évolutions, notamment les règles concernant les marchés du pétrole, du gaz, du charbon et des autres sources d'énergie.

ii) Eau et assainissement

39. La désintégration horizontale constitue la réforme la plus couramment effectuée dans les secteurs de l'eau et de l'assainissement. Certains pays ont créé plusieurs compagnies des eaux là où une seule existait auparavant. Cette solution se rencontre surtout dans les pays où existent des réseaux séparés aux interconnexions rares ou inexistantes, mais on la trouve aussi ailleurs. On a constaté que la désintégration horizontale facilitait la comparaison des résultats des divers prestataires.

40. Certains pays ont, par exemple, invité des investisseurs privés à assurer la fourniture en eau d'un service public ou à construire et exploiter des stations d'épuration ou de dessalement. Avec une telle désintégration verticale, les services privés (et les investissements spécifiques qu'ils exigent) sont en général assurés dans le cadre d'un contrat conclu avec un service public et ne modifient pas fondamentalement la nature monopolistique du marché : les stations ne se font normalement pas concurrence entre elles et, en règle générale, elles ne sont pas autorisées à contourner le service public pour fournir directement de l'eau aux consommateurs. Un certain nombre de pays ont ouvert à la concurrence l'approvisionnement et le transport de l'eau en gros ; il y existe parfois des marchés de l'eau actifs. Ailleurs, la concurrence se limite au domaine des eaux les plus chères – embouteillées ou transportées en camion-citerne – et à celui des puits privés.

iii) Transports

41. En ce qui concerne le secteur des transports, les mesures de restructuration prises dans divers pays dissocient les infrastructures des services. Si les premières présentent souvent les caractéristiques d'un monopole naturel, les seconds sont généralement concurrentiels. Cette concurrence doit s'analyser non seulement dans les limites d'un moyen de transport particulier, mais aussi de manière générale, entre les différents moyens, puisque le train, le camion, l'autocar, l'avion et le bateau ont tendance à être en concurrence pour transporter voyageurs et marchandises.

42. Dans le domaine des chemins de fer, certains pays ont choisi de séparer la propriété et l'exploitation des infrastructures (voies, systèmes de signalisation, gares, etc.) des services de transport ferroviaire (voyageurs et marchandises). Dans ces systèmes, la législation ne permet pas à l'exploitant des voies de fournir aussi des services de transport, ces derniers étant assurés par d'autres entreprises, souvent en concurrence entre elles. Dans d'autres pays, des sociétés intégrées exploitent les infrastructures et fournissent les services, mais des tiers ont un droit d'accès au réseau que l'on désigne parfois par le terme « droit de circulation ». Ainsi, des transporteurs (sociétés de chemins de fer ou services de transport concurrents) peuvent utiliser les voies sous certaines conditions et la société qui les gère ne peut leur refuser cet accès.

43. Jusqu'à récemment, les ports étaient administrés comme des monopoles du secteur public dans de nombreux pays. Au moment d'ouvrir le secteur aux entreprises privées, les législateurs ont eu à choisir entre diverses formules. Selon celle des ports « domaniaux », l'administration portuaire est responsable des infrastructures et de la coordination d'ensemble des activités portuaires, mais elle ne fournit pas de services aux navires ni de marchandises. Dans les ports de service, c'est la même entité qui est chargée des infrastructures et des services. La concurrence entre prestataires de services (services de remorquage, de manutention, d'entreposage) peut être plus facile à créer et à maintenir dans le système des ports « domaniaux ».

44. La législation aéroportuaire peut également appeler des changements, qu'il s'agisse d'autoriser les investissements privés ou la concurrence à la fois entre aéroports et en leur sein. Il peut aussi s'avérer nécessaire d'examiner avec soin les liens entre l'exploitation de l'aéroport et le contrôle du trafic aérien. Au sein même des aéroports, beaucoup de pays ont ouvert à la concurrence les services de manutention, de restauration et autres services aux avions ainsi que les services aux passagers (boutiques, restaurants, parcs de stationnement, etc.). Certains pays ont confié la construction et l'exploitation d'un nouveau terminal dans un aéroport existant à un nouvel exploitant, provoquant ainsi une concurrence entre terminaux. Dans d'autres pays encore, de nouveaux aéroports ont été construits selon la formule CET et ceux qui existaient déjà ont été transférés au secteur privé.

c) Mesures de transition

45. La transition d'une situation de monopole à des conditions de marché doit être conduite avec soin. Des considérations politiques, sociales ou autres amènent dans certains cas à procéder aux réformes de façon graduelle ou par paliers. La technologie et diverses autres forces extérieures évoluant constamment, certains pays ont adopté en cette matière des réformes qu'ils peuvent accélérer ou modifier selon les circonstances.

46. Certains pays ont estimé qu'il ne fallait pas laisser d'un seul coup le champ libre à la concurrence. Ils ont donc prévu dans leur législation des droits d'exclusivité temporaire, limité le nombre de prestataires de services publics ou imposé d'autres restrictions à la concurrence. Ces mesures ont pour objet de donner à l'entreprise en place assez de temps pour se préparer à la concurrence et adapter ses prix tout en incitant le prestataire de services publics à investir et à élargir la gamme de ses prestations. D'autres pays ont prévu le réexamen périodique (au moment de la révision des prix, par exemple) de ces restrictions en vue de s'assurer que les conditions qui avaient présidé à leur mise en place n'ont pas cessé d'exister.

47. Parmi les mesures de transition, on peut citer la restructuration ou la privatisation du prestataire en place, au moins dans certains pays où des entreprises étatiques fournissaient des services publics. Dans la plupart des pays où ces entreprises ont été privatisées, la libéralisation a généralement accompagné ou précédé la privatisation. Certains pays ont procédé autrement et ont privatisé les entreprises en leur donnant des droits exclusifs importants, souvent en vue d'augmenter les recettes de la privatisation. Ils se sont cependant aperçus qu'il était difficile, et parfois fort coûteux, d'abolir, de restreindre ou de limiter par la suite ces droits exclusifs ou les monopoles protégeant les entreprises privées ou privatisées en place.

3. *Formes de participation du secteur privé aux projets de PPP*

48. Les PPP peuvent prendre diverses formes, qui vont des infrastructures détenues et exploitées par une entité publique aux projets entièrement privatisés. Pour déterminer l'adéquation d'une variante particulière à un type donné d'infrastructure ou de service, les autorités publiques doivent tenir compte des besoins du pays et évaluer les moyens les plus efficaces de mettre en place et d'exploiter tel ou tel type d'infrastructure ou de service. Plusieurs options peuvent être retenues dans un secteur donné.

a) Propriété et exploitation publiques

49. Lorsqu'on souhaite que la propriété et le contrôle soient publics, on peut obtenir un financement direct par le secteur privé et mettre en place l'exploitation de l'infrastructure ou la prestation des services selon des principes commerciaux en créant une personne morale distincte contrôlée par l'État, qui sera propriétaire du projet et en assurera l'exploitation. Une telle entité peut être gérée comme une entreprise commerciale privée indépendante assujettie aux mêmes règles et aux mêmes principes commerciaux que les entreprises privées. Certains pays font exploiter depuis longtemps déjà leurs ouvrages par des sociétés de ce type. Il est possible, en ouvrant le capital de ces dernières aux investisseurs privés, ou en profitant du fait qu'elles peuvent émettre des obligations ou d'autres titres, d'attirer des investisseurs privés.

50. Une autre façon de faire participer le secteur privé à des infrastructures détenues et exploitées par une entité publique peut être de négocier des « contrats de service », au titre desquels l'exploitant public sous-traite certaines activités d'exploitation et de maintenance à des entreprises privées. L'État peut également confier un grand nombre de ces activités à une entité privée qui agit pour le compte de l'autorité contractante. Dans le cadre d'un tel arrangement, parfois appelé « contrat de gestion », la rémunération de l'exploitant privé peut être liée à ses résultats,

souvent par le biais d'un mécanisme de partage des bénéfices, encore qu'une redevance fixe puisse aussi être appliquée, en particulier lorsque les parties jugent difficile d'établir des mécanismes mutuellement acceptables pour évaluer les résultats de l'exploitant.

b) Propriété publique et exploitation privée

51. Il est par ailleurs faisable de transférer la totalité de l'exploitation d'infrastructures et de services publics à des entités privées. Une possibilité est d'accorder à l'entité privée, en général pour une certaine période, le droit d'utiliser un ouvrage donné, de fournir les services et de percevoir les recettes générées par cette activité. Cet ouvrage peut déjà exister ou avoir été construit spécialement par l'entité privée concernée. Cette combinaison de propriété publique et d'exploitation privée présente les caractéristiques essentielles des arrangements qui, dans certains systèmes juridiques, peuvent être appelés « concessions de travaux publics » ou « concessions de service public ».

52. Il existe une autre forme de PPP, dans laquelle l'autorité contractante choisit une entité privée pour exploiter un ouvrage qui a été construit par l'État ou pour son compte, ou dont la construction a été financée par des fonds publics. En vertu d'un tel arrangement, l'exploitant s'engage à exploiter et entretenir l'infrastructure contre le droit de facturer les services qu'il fournit. Dans un tel cas, il s'engage à verser à l'autorité contractante une partie des recettes générées par l'infrastructure et que l'autorité contractante utilise pour amortir les coûts de construction. Dans certains systèmes juridiques, ces arrangements portent le nom d'« affermage ».

c) Propriété et exploitation privées

53. Selon la troisième option, l'entité privée ne se contente pas d'exploiter l'ouvrage, mais est également propriétaire des biens qui lui sont associés. Là encore, il peut y avoir des différences substantielles dans la manière dont ces projets sont traités en droit interne, notamment selon que l'autorité contractante conserve le droit de redevenir propriétaire de l'ouvrage ou d'assumer la responsabilité de son exploitation (voir aussi chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 22 à 28).

54. Lorsque l'ouvrage est exploité dans le cadre d'une licence gouvernementale, la propriété privée des biens corporels (par exemple, un réseau de télécommunications) est souvent dissociable de la licence de fourniture des services au public (par exemple, des services téléphoniques longue distance), dans la mesure où l'autorité publique concernée peut, dans certaines circonstances, retirer cette licence. Ainsi, la propriété privée de l'ouvrage n'implique pas nécessairement un droit permanent de fournir le service.

55. Il existe aussi des montages de PPP qui séparent la gestion de l'ouvrage de la fourniture de services au public. Ces types de PPP sont notamment utilisés pour la construction, l'agrandissement, la remise en état ou la gestion d'ouvrages utilisés dans des secteurs non marchands (c'est-à-dire non liés à la fourniture, contre rémunération, de biens ou de services au public), portant sur des activités publiques moins rentables. Dans ces montages, la responsabilité de la fourniture du service public n'est pas déléguée au partenaire privé et reste entre les mains de l'autorité contractante ou autre organisme public. Comme le partenaire privé ne perçoit pas de redevances ou de droits auprès des usagers de l'ouvrage, sa source de rémunération principale, voire unique, provient de l'autorité contractante ou autre organisme public.

4. Structures et sources de financement des PPP

a) Notion de financement de projet

56. Les grands projets de PPP portant sur la construction de nouveaux ouvrages sont souvent exécutés par des personnes morales spécialement constituées à cette fin par les promoteurs. La nouvelle entité (qu'on appelle généralement la « société de projet ») devient l'instrument qui permet de mobiliser des capitaux pour le projet. La société de projet n'ayant ni réputation de solvabilité établie ni bilan antérieur sur lesquels les prêteurs puissent se fonder, on recourt de préférence, pour les nouvelles infrastructures, au système du « financement de projet ». Dans ce cas de figure, les prêteurs accordent des crédits dans la mesure où ils estiment que la capacité d'autofinancement et les recettes du projet seront suffisantes pour se faire rembourser par la société de projet. Il n'y a pas d'autres garanties, ou bien, si elles existent, elles ne couvrent que certains risques limités. C'est pourquoi les biens et les recettes, ainsi que les droits et les obligations relatifs au projet, sont estimés indépendamment et sont strictement séparés des avoirs des actionnaires de la société de projet.

57. Le financement de projet est aussi dit « financement sans recours » en raison de l'absence de recours contre les actionnaires de la société de projet. Dans la pratique, toutefois, les prêteurs sont rarement disposés à engager les sommes importantes nécessaires aux projets d'infrastructure uniquement sur la base des biens ou de la capacité d'autofinancement escomptée d'un projet. Ils peuvent réduire les risques encourus en prévoyant dans les documents de projet un certain nombre de garanties et d'autres moyens de soutien au crédit fournis par les actionnaires de la société de projet, les pouvoirs publics, les acheteurs ou d'autres tiers intéressés. Ce mode de financement est généralement appelé « à recours limité ».

b) Sources de financement des projets de PPP

58. Des modes de financement autres que le financement public traditionnel jouent un rôle croissant dans le développement des infrastructures. Ces dernières

années, de nouveaux projets ont été financés dans différents pays exclusivement ou essentiellement sur fonds privés. Les deux principales modalités sont le financement par fonds propres et le financement par emprunt, ce dernier prenant en général la forme de crédits obtenus sur les marchés commerciaux. Il existe toutefois d'autres sources de financement.

i) Fonds propres

59. Les fonds propres pour les PPP sont fournis en premier lieu par les promoteurs du projet ou d'autres investisseurs qui souhaitent acheter des parts de la société de projet. Toutefois, ils ne représentent normalement qu'une partie des capitaux nécessaires pour un projet d'infrastructure. Pour obtenir des prêts commerciaux ou avoir accès à d'autres sources de fonds afin de faire face aux besoins, les promoteurs de projets et les autres investisseurs doivent accorder la priorité aux prêteurs et aux autres bailleurs de fonds, en acceptant par conséquent d'être servis en dernier. C'est ainsi que les promoteurs de projets supportent généralement le risque financier le plus élevé. Mais, en contrepartie, ils recevront la plus grosse part des bénéfices, une fois l'investissement initial récupéré. Un important apport de fonds propres par les promoteurs d'un projet est généralement bien accueilli par les prêteurs et par l'État, dans la mesure où cela contribue à réduire la charge du service de la dette sur la trésorerie de la société de projet et garantit l'engagement de ces promoteurs pour le projet en question.

ii) Crédits commerciaux

60. L'emprunt constitue souvent la principale source de financement des PPP. Les marchés financiers fournissent les capitaux principalement sous la forme de prêts accordés à la société de projet par des banques commerciales nationales ou étrangères, qui utilisent habituellement des fonds provenant de dépôts à court ou à moyen terme rémunérés à des taux flottants. Ces prêts sont donc souvent assortis de taux d'intérêt flottants et ont en général une échéance plus courte que la durée du projet. Toutefois, lorsque cela est possible et économique, compte tenu des conditions du marché financier, les banques peuvent préférer réunir et prêter des fonds à moyen ou à long terme à des taux fixes, ce qui leur évite de s'exposer elles-mêmes et d'exposer la société de projet sur une longue période aux fluctuations des taux d'intérêt, et rend moins nécessaires des opérations de couverture à terme. Lorsqu'ils accordent des prêts commerciaux, les prêteurs exigent en général que leur remboursement ait priorité sur celui de toute autre dette de l'emprunteur. C'est pourquoi ces prêts sont dits « non subordonnés » ou « privilégiés ».

iii) Prêts « subordonnés »

61. Les prêts « subordonnés » (parfois appelés « capitaux mezzanine ») constituent le troisième type de fonds auquel il est généralement fait appel pour ces projets. Leur remboursement est exigible avant celui des fonds propres mais après

celui des prêts privilégiés. La subordination peut être générale (le remboursement étant alors généralement dû après celui de toute dette privilégiée) ou spécifique, auquel cas l'accord de crédit précise le type de dette auquel le prêt est subordonné. Ces emprunts se font souvent à taux fixe, ce dernier étant généralement plus élevé que celui des prêts privilégiés. Pour attirer de tels fonds, ou bien pour éviter des taux d'intérêt plus élevés, on propose parfois à leurs bailleurs de participer directement aux plus-values, grâce à l'émission d'actions ou d'obligations privilégiées ou convertibles, quelquefois assorties de l'option de souscrire à des parts de la société de projet à un prix préférentiel.

iv) Investisseurs institutionnels

62. Les prêts subordonnés peuvent être accordés, outre par les promoteurs du projet ou par des institutions financières publiques, par des sociétés de financement, des fonds d'investissement, des compagnies d'assurance, des sociétés d'investissement collectif (par exemple, des fonds communs de placement), des caisses de retraite et d'autres « investisseurs institutionnels ». Ces organismes disposent normalement de sommes élevées à investir à long terme et peuvent représenter une source importante de capitaux supplémentaires pour les projets de PPP. S'ils acceptent le risque associé à l'apport de capitaux à de tels projets, c'est essentiellement en raison des perspectives de rémunération et de la volonté de diversifier leurs investissements.

v) Marchés financiers

63. Le financement des projets de PPP se fait aussi en recourant aux marchés financiers. Des fonds peuvent être levés par l'émission d'actions privilégiées, d'obligations et d'autres instruments négociables sur des places boursières reconnues. En général, l'offre au public d'instruments négociables exige l'approbation d'un organisme de réglementation et le respect des dispositions en vigueur dans le pays concerné, notamment celles qui ont trait aux informations à fournir dans la documentation d'émission et, dans certains pays, l'obligation d'immatriculation préalable. Les obligations et autres instruments négociables peuvent être garantis uniquement par le crédit général de l'émetteur, ou bien par une hypothèque ou un autre nantissement portant sur un bien particulier.

64. Les sociétés de services publics ayant une réputation commerciale établie accèdent généralement plus facilement aux marchés financiers que les sociétés constituées spécialement pour construire et exploiter un nouvel ouvrage d'infrastructure et ne possédant pas la cote de crédit requise. De fait, un certain nombre de bourses exigent que les sociétés émettrices aient déjà fait leurs preuves pendant une période minimale avant de les autoriser à émettre des instruments négociables.

vi) Institutions financières islamiques

65. Fonctionnant selon des règles et des pratiques dérivées de la tradition juridique islamique, les établissements financiers islamiques représentent un groupe supplémentaire de bailleurs de fonds potentiels. Les activités bancaires effectuées en vertu de leurs normes se caractérisent principalement par l'absence d'intérêts ou le strict encadrement du droit de percevoir des intérêts et, par conséquent, l'offre d'autres formes de contrepartie pour les fonds empruntés, par exemple la participation aux bénéfices ou la participation directe des établissements financiers aux résultats des opérations de leurs clients. De ce fait, ces institutions peuvent être davantage disposées que d'autres banques commerciales à envisager une participation directe ou indirecte au capital.

vii) Institutions financières internationales

66. Les institutions financières internationales peuvent également jouer un rôle important pour ce qui est d'apporter des prêts, des garanties ou des capitaux propres pour des projets de PPP. La Banque mondiale, la Société financière internationale et des banques régionales de développement (qui encouragent toutes activement le recours à des PPP dans le domaine des infrastructures) ont ainsi financé un certain nombre de projets.

67. Les institutions financières internationales peuvent également contribuer à la formation de consortiums pour l'octroi de prêts dits « syndiqués » à un projet. Certaines d'entre elles ont des programmes spéciaux au titre desquels elles deviennent le seul « prêteur officiel » dans le cadre d'un projet, agissant pour leur propre compte et pour celui des banques ainsi regroupées et se chargeant de la gestion des versements effectués par les participants ainsi que du recouvrement et de la distribution ultérieurs des sommes remboursées par l'emprunteur, soit en vertu d'accords particuliers, soit sur la base d'autres droits que leur confère leur statut de créancier privilégié. Certaines institutions financières internationales peuvent également prendre une participation au capital, ou fournir des capitaux mezzanine en investissant dans des fonds qui se spécialisent dans les titres émis par des exploitants d'infrastructure. Enfin, elles peuvent fournir des garanties contre un certain nombre de risques politiques, ce qui peut aider les sociétés de projet à mobiliser plus facilement des fonds sur les marchés financiers internationaux (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 87 à 98).

viii) Appui d'organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements

68. Les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements peuvent appuyer les projets grâce à des prêts, des garanties, ou une combinaison des deux. Leur participation peut présenter un certain nombre d'avantages tels que

des taux d'intérêt inférieurs aux taux pratiqués par les banques commerciales et des prêts à plus long terme, parfois à taux fixe (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 99 à 101).

ix) Combinaison de fonds publics et privés

69. Outre les prêts et garanties accordés par les banques commerciales et les institutions financières publiques nationales ou multilatérales, il arrive que des fonds publics viennent s'ajouter aux capitaux privés pour financer des projets de PPP. Ces fonds peuvent provenir des recettes publiques ou d'emprunts souverains. Ils peuvent être combinés à des fonds privés, comme investissement initial ou paiements à long terme, ou prendre la forme de subventions ou de garanties publiques. Les projets d'infrastructure peuvent être coparrainés par les pouvoirs publics sous forme de prise de participation au capital de la société de projet, ce qui réduit le montant des capitaux propres et des capitaux d'emprunt à obtenir auprès de sources privées (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 66 et 67).

5. Principales parties associées à la réalisation de projets de PPP

70. Les parties à un projet de PPP peuvent être très diverses selon le secteur, la modalité de participation des entreprises privées et les arrangements arrêtés pour le financement du projet. Les paragraphes qui suivent recensent les principales parties associées à la mise en place d'un projet typique de PPP portant sur la construction d'un nouvel ouvrage et exécuté selon la formule du « financement de projet ».

a) Autorité contractante et autres autorités publiques

71. L'exécution d'un projet de PPP fait souvent intervenir un certain nombre d'autorités publiques du pays hôte aux niveaux national, provincial ou local, l'autorité contractante étant le principal organe responsable du projet au sein de l'État. Par ailleurs, la mise en œuvre du projet peut nécessiter la participation active (par exemple, pour la délivrance de licences ou de permis) d'autorités publiques autres que l'autorité contractante, au même niveau ou à un niveau différent de l'État. Ces dernières jouent un rôle déterminant dans la réalisation des projets de PPP.

72. Normalement, l'autorité contractante ou une autre autorité publique établit le projet sur la base de ses propres politiques en matière d'infrastructures dans le secteur concerné (voir de manière générale chap. II, « Planification et préparation du projet ») et détermine le type de participation du secteur privé susceptible d'assurer l'exploitation la plus efficace de l'ouvrage (voir par. 48 à 55 ci-dessus). Elle lance ensuite le processus qui débouche sur l'attribution du contrat au partenaire privé qui a été sélectionné (voir chap. III, « Attribution du contrat »). Par

ailleurs, pendant toute la durée du projet, les pouvoirs publics peuvent être appelés à fournir diverses formes de soutien législatif, administratif, réglementaire et parfois financier afin d'assurer la bonne exécution des travaux de construction et l'exploitation adéquate de l'ouvrage (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 56 à 86). Enfin, dans certains projets, l'État peut devenir le propriétaire final de l'ouvrage.

b) *Société de projet et promoteurs du projet*

73. Les PPP sont généralement exécutés par un groupement d'entreprises comprenant des sociétés de construction et d'ingénierie et des fournisseurs d'équipement lourd qui souhaitent devenir les principaux entrepreneurs ou fournisseurs du projet. Les sociétés qui participent à ce groupement sont désignées dans le *Guide* par le terme « promoteurs ». Elles participeront très activement à la phase initiale d'élaboration et leur aptitude à coopérer entre elles et à engager d'autres partenaires fiables sera essentielle pour que les travaux soient menés à bonne fin en temps voulu. En outre, la participation d'une société qui a l'expérience de l'exploitation du type d'ouvrage en construction est un facteur important de la viabilité à long terme du projet. Lorsque les promoteurs créent une personne morale indépendante – ce qui se fait dans la plupart des cas –, d'autres investisseurs en fonds propres non engagés par ailleurs dans le projet (généralement des investisseurs institutionnels, des banques d'investissement, des organismes de crédit bilatéraux ou multilatéraux, parfois aussi l'État ou une entreprise publique) peuvent également participer. Lorsque la société de projet doit être établie selon le droit du pays hôte (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 13 à 20), la participation d'investisseurs locaux est parfois encouragée par l'État.

c) *Prêteurs*

74. Les risques auxquels s'exposent les prêteurs dans le cadre du financement de projet, qu'il s'agisse d'une formule sans recours ou à recours limité, sont considérablement plus élevés que dans les opérations classiques. Cela est encore plus vrai lorsque la valeur de garantie des biens corporels (par exemple, une route, un pont ou un tunnel) est difficile à réaliser en raison de l'absence de « marché » où ces biens pourraient être facilement vendus ou lorsqu'ils constituent des obstacles au recouvrement des créances ou à la reprise de possession. Ces facteurs influent non seulement sur les conditions d'octroi des prêts (par exemple, le coût généralement plus élevé et les nombreuses conditions dont est assorti le financement), mais aussi, dans la pratique, sur la disponibilité des fonds.

75. Étant donné l'ampleur de l'investissement nécessaire pour un projet de PPP, les prêts sont souvent syndiqués, une ou plusieurs banques assumant le rôle de chef de file pour négocier le dossier de financement au nom des autres institutions financières participantes, principalement des banques commerciales. Les banques

commerciales qui se spécialisent dans les prêts à certaines industries ne sont généralement pas disposées à assumer des risques qu'elles connaissent mal (pour un examen des risques liés aux projets et de leur répartition, voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 23 à 45). Par exemple, des prêteurs à long terme peuvent ne pas être disposés à octroyer des crédits à court terme pour financer la construction d'une infrastructure. C'est pourquoi, dans les grands projets, différents prêteurs interviennent souvent à différents stades. Afin d'éviter des litiges pouvant naître de mesures contradictoires prises par différents prêteurs ou des litiges entre les prêteurs à propos du remboursement de leurs prêts, les bailleurs de fonds qui octroient des prêts à des projets importants le font parfois en vertu d'un accord de prêt commun. Lorsque divers mécanismes de crédit sont prévus dans des accords de prêt séparés, les prêteurs négocient habituellement ce que l'on appelle un « accord intercréanciers ». Ce type d'accord comporte en général des dispositions portant sur des questions telles que les provisions pour remboursements, au prorata ou selon un ordre de priorité donné ; les conditions de déclaration de défaillance et de réduction de l'échéance des crédits ; et la coordination de la saisie des garanties fournies par la société de projet. Les principaux éléments de la protection juridique requise par les prêteurs sont examinés au chapitre IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », sous-section 2 (Sûretés sur des biens incorporels) de la section E (Sûretés), et au chapitre VII, « Autres domaines du droit », sous-section 3 (Sûretés) de la section B (Autres domaines pertinents du droit).

d) Institutions financières internationales et organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements

76. De manière générale, les institutions financières internationales et les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements ont des préoccupations similaires à celles des autres prêteurs, mais ils veillent en outre particulièrement à ce que l'exécution du projet et l'exploitation de l'ouvrage n'aillent pas à l'encontre de certains de leurs objectifs stratégiques. Les institutions financières internationales accordent de plus en plus d'importance à l'impact des projets d'infrastructure sur l'environnement et à leur viabilité à long terme. Avant d'accorder un prêt, elles étudient aussi soigneusement les méthodes et procédures de sélection du partenaire privé. De nombreuses institutions financières mondiales et régionales ainsi que des organismes nationaux de financement du développement ont établi des principes directeurs ou d'autres conditions régissant la passation de marchés avec les fonds qu'ils fournissent, conditions qui sont généralement reflétées dans leurs accords de prêt types (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 17 ; voir aussi la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics).

e) Assureurs

77. Normalement, tout projet d'infrastructure comporte une assurance dommages couvrant les équipements et le matériel, une assurance responsabilité civile et une

assurance accident de travail. Parmi les autres types d'assurances possibles, on peut citer les assurances pour interruption d'activité, rupture de trésorerie et dépassement de coûts (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 128 et 129). Ces types d'assurances sont généralement disponibles sur le marché privé de l'assurance, encore qu'une assurance commerciale puisse être difficile à contracter pour garantir contre des événements extraordinaires échappant au contrôle des parties (par exemple, guerres, émeutes, vandalisme, tremblements de terre ou cyclones). Le marché privé de l'assurance joue un rôle de plus en plus grand pour la couverture de certains types de risques politiques, tels que la dénonciation du contrat, la non-exécution par une autorité publique de ses obligations contractuelles ou la mise en jeu abusive de garanties indépendantes. Dans certains pays, les assureurs proposent des contrats globaux destinés à éviter l'absence de couverture de certains risques en raison de lacunes entre les différentes polices d'assurance. Outre les compagnies privées, des institutions financières internationales telles que la Banque mondiale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements et la Société financière internationale, les banques régionales de développement ou des organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements peuvent proposer des assurances contre les risques politiques (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 87 à 101).

f) Experts et conseillers indépendants

78. Les experts et conseillers indépendants jouent un rôle important à différentes étapes des projets de PPP. Les entreprises expérimentées complètent généralement leurs compétences techniques en s'assurant les services d'experts et de conseillers extérieurs, tels que des experts financiers, des conseillers juridiques internationaux ou des entreprises d'architectes et d'ingénieurs-conseils. Des banques d'affaires et des banques d'investissement conseillent souvent les promoteurs de projets pour l'organisation du financement et l'élaboration du projet à exécuter, activité qui, si elle est indispensable pour le financement de projet, est nettement distincte du financement lui-même. Des experts indépendants peuvent donner des conseils aux prêteurs, par exemple sur l'évaluation des risques liés aux projets dans tel ou tel pays hôte. Ils peuvent également aider les autorités publiques à concevoir des stratégies spécifiques pour le développement des infrastructures et à mettre en place un cadre juridique et réglementaire approprié. Par ailleurs, les experts et conseillers indépendants peuvent aider l'autorité contractante à effectuer des études de faisabilité et autres études préliminaires, à formuler des demandes de propositions ou des clauses et des spécifications contractuelles types, à évaluer et comparer les propositions ou à négocier le contrat de PPP.

79. Outre les entités privées, un certain nombre d'organisations intergouvernementales (par exemple, l'ONUDI et les commissions régionales du Conseil économique et social) et d'institutions financières internationales (comme la Banque

mondiale et les banques de développement régionales) ont des programmes spéciaux en vertu desquels elles peuvent aussi fournir ce type d'assistance technique directement aux pouvoirs publics ou aider ces derniers à trouver des conseillers qualifiés.

I. Cadre juridique et institutionnel général

A. Remarques générales

1. Les partenariats public-privé (PPP) sont l'une des possibilités dont disposent les États pour mettre en place des infrastructures ou acquérir des ouvrages ou des systèmes nécessaires pour fournir des services publics ou destinés à une entité publique. Pour attirer les investisseurs privés vers les projets dont un État estime qu'ils gagneraient à être réalisés en tant que PPP, il faut qu'il existe un cadre juridique approprié. Les pays qui envisagent d'adopter de nouvelles lois et ceux où un tel cadre juridique existe déjà devraient veiller à ce que les lois et règlements pertinents soient rédigés clairement, respectent les principes fondamentaux de bonne gouvernance et de développement durable, et soient complets tout en étant suffisamment souples pour, d'une part, répondre aux objectifs et aux politiques de développement des infrastructures du pays et, d'autre part, suivre l'évolution de la technologie et du marché dans divers secteurs d'infrastructure. Le présent chapitre traite de certaines questions générales que les législateurs nationaux devraient prendre en compte lorsqu'ils mettent en place ou revoient le cadre juridique applicable aux PPP afin d'atteindre ces objectifs. La section B (par. 2 à 28) examine les principes directeurs et les différentes possibilités en ce qui concerne l'instauration d'un cadre juridique pour les PPP ; la section C (par. 29 à 36) traite de l'étendue du pouvoir de conclure des PPP ; et la section D (par. 37 à 60) donne un aperçu des mécanismes institutionnels et procéduraux qui s'appliquent à la réglementation des secteurs d'infrastructure.

B. Principes directeurs et options pour l'instauration d'un cadre juridique applicable aux PPP

2. Cette section énonce les principes directeurs généraux qui devraient guider la mise au point du cadre juridique applicable aux PPP. Elle indique en outre les incidences possibles du droit constitutionnel du pays hôte sur l'exécution de certains de ces projets et examine brièvement les options disponibles concernant le niveau et les types d'instrument que les pays pourraient devoir promulguer ainsi que le champ d'application de ces instruments.

1. Principes directeurs généraux relatifs au cadre juridique applicable aux PPP

3. Les objectifs de développement durable expriment l'engagement des États Membres de l'Organisation des Nations Unies, entre autres pour ce qui est de « mettre en place une infrastructure de qualité, fiable, durable et résiliente, y compris une infrastructure régionale et transfrontière, pour favoriser le développement économique et le bien-être de l'être humain, en privilégiant un accès universel, financièrement abordable et équitable »¹. Comptant parmi les outils stratégiques qu'un pays peut utiliser pour mettre en œuvre sa stratégie de développement des infrastructures et des services publics, le cadre juridique applicable aux PPP devrait être formulé et mis en œuvre d'une manière compatible avec la politique nationale et favoriser la réalisation de ses objectifs.

4. Ainsi, lorsqu'ils envisagent soit de promulguer des lois et règlements visant à permettre la mise en place de PPP soit de revoir le cadre juridique existant pour déterminer s'il est adéquat, les autorités de réglementation et les législateurs nationaux peuvent souhaiter prendre en compte certains principes internationalement reconnus en matière de bonne gouvernance et de développement durable. L'Assemblée générale des Nations Unies, par exemple, a noté que des cadres juridiques justes, stables et prévisibles étaient importants pour promouvoir le développement durable, équitable et sans exclusive, la croissance économique et l'emploi, les investissements et l'esprit d'entreprise². De même, au paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention des Nations Unies contre la corruption³, texte adopté de manière quasi universelle, chaque État partie s'engage à élaborer et appliquer ou poursuivre, « des politiques de prévention de la corruption efficaces et coordonnées qui favorisent la participation de la société et reflètent les principes d'état de droit, de bonne gestion des affaires publiques et des biens publics, d'intégrité, de transparence et de responsabilité ». Ces principes (ainsi que d'autres visant plus spécifiquement à tirer le plus grand parti des PPP), sur lesquels se sont appuyés divers pays ayant pris des mesures législatives, sont brièvement passés en revue dans les paragraphes qui suivent.

¹ *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030* (résolution 70/1 de l'Assemblée générale du 25 septembre 2015), Cible 9.1.

² « Nous considérons que des cadres juridiques justes, stables et prévisibles sont importants pour promouvoir le développement durable, équitable et sans exclusive, la croissance économique et l'emploi, les investissements et l'esprit d'entreprise, et, à cet égard, nous saluons les travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international visant à moderniser et à harmoniser cette branche du droit. » (Déclaration de la Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international, résolution 67/1 de l'Assemblée générale du 24 septembre 2012).

³ La Convention a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 58/4 du 31 octobre 2003 et elle est entrée en vigueur le 14 décembre 2005.

a) Intérêt public

5. Les PPP étant un outil de mise en œuvre des stratégies et des politiques nationales relatives à la mise en place et au développement des infrastructures et des services publics, le cadre juridique qui leur est applicable doit promouvoir et protéger l'intérêt public. Dans le contexte des PPP, la notion d'intérêt public désigne les intérêts de l'État, d'une part, en tant que fournisseur et régulateur des infrastructures et des services publics et, d'autre part, en tant qu'acheteur, utilisateur et éventuellement propriétaire ou exploitant des ouvrages ou systèmes mis en place dans le cadre d'un PPP, ou partie à un contrat de PPP. Chacune de ces perspectives doit être prise en considération par le législateur. Si le *Guide* met l'accent sur le rôle de l'autorité contractante en tant que partie au contrat de PPP (qui fait l'objet d'un examen approfondi, en particulier au chapitre IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP » et au chapitre V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP »), il s'attache également au rôle de l'État d'une part en tant que régulateur des infrastructures et des services publics (voir, en particulier, le présent chapitre, par. 37 à 60) et, d'autre part, en tant que gestionnaire et dépositaire des biens et ressources publics (voir, en particulier, le chapitre III, « Attribution du contrat »).

6. Dans le contexte des PPP, la notion d'intérêt public renvoie aussi aux intérêts des citoyens et des entreprises du pays en tant qu'usagers des infrastructures, en tant que consommateurs et usagers des services ou des biens qu'elles génèrent ou en tant que bénéficiaires finaux des services publics qui sont fournis grâce aux ouvrages ou systèmes mis en place dans le cadre du PPP. Enfin, elle renvoie aux communautés susceptibles d'être directement touchées par l'élaboration ou la mise en œuvre du projet, en particulier lorsqu'il s'agit d'un grand projet d'infrastructure. De ce point de vue, le cadre législatif applicable aux PPP doit tenir compte du régime réglementaire propre au secteur d'infrastructure ou de service concerné et être coordonné avec lui (voir, en particulier, le présent chapitre, par. 37 à 60 ; et le chapitre IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 88 à 106). Il doit également prendre en considération les règles générales sur la protection des consommateurs (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 50 et 51).

b) Transparence

7. Un cadre juridique transparent se caractérise par des règles claires et facilement accessibles, et par des procédures permettant de les appliquer efficacement. La transparence des règles et des procédures administratives est un gage de prévisibilité ; elle permet en effet au secteur privé d'estimer les coûts et les risques d'un investissement et par conséquent de proposer les conditions les plus avantageuses. Elle peut en outre favoriser l'ouverture, grâce à des dispositions imposant la publication des décisions administratives, et, lorsqu'il y a lieu, l'obligation de les motiver

et de divulguer d'autres informations d'intérêt général. Elle contribue aussi à lutter contre les mesures ou décisions arbitraires ou abusives de la part de l'autorité contractante ou de ses responsables et aide ainsi à promouvoir la confiance dans le programme de PPP d'un pays.

8. Des règles et procédures transparentes permettent d'encadrer l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre de projets de PPP. Elles limitent l'exercice de ce pouvoir lorsqu'il le faut, permettent d'en assurer un suivi et, le cas échéant, de le contester. La transparence des règles et des procédures administratives est un élément clef pour responsabiliser l'État en ce qui concerne ses actions et ses décisions, ce qui favorise l'intégrité et la confiance du public. Avec des règles et procédures administratives transparentes régissant la planification et la mise en œuvre des projets de PPP, il est plus facile d'évaluer à la fois le programme national de PPP et les projets particuliers par rapport aux résultats escomptés.

9. Il faut que les règles et procédures administratives soient transparentes tout au long du cycle de vie des projets de PPP, depuis la planification et la conception des projets jusqu'à l'exploitation de l'infrastructure et la prestation de services au public. Un cadre juridique transparent pour les PPP peut requérir, par exemple, la publication des principales décisions relatives à la mise en œuvre du projet, notamment la justification du choix d'un PPP dans les circonstances données compte tenu de l'examen et de l'évaluation obligatoires du projet par l'autorité contractante (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 1 à 4 et 5 à 22). La transparence revêt une importance particulière pour l'attribution du contrat de PPP, et le *Guide* souligne cinq aspects fondamentaux à cet égard : communication au public du cadre juridique ; publication des possibilités de projets ; définition et publication préalables des principales conditions du marché au regard desquelles les offres seront évaluées ; pilotage ouvert du processus conformément aux règles et procédures prescrites ; et existence d'un système permettant de contrôler le respect des règles applicables et, au besoin, de les imposer (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 14 à 16, 27, 75, 76 et 133 à 143). Pour que l'exploitation de l'infrastructure se fasse dans des conditions transparentes, l'autorité contractante ou l'organisme de réglementation peuvent également avoir l'obligation de communiquer au public des informations ciblées concernant le partenaire privé, telles que les états financiers ou les rapports d'exécution (voir par. 15 à 49 ; voir aussi chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 103 et 104).

c) *Équité, stabilité et prévisibilité*

10. La nécessité de disposer d'un cadre juridique équitable, stable et prévisible pour les PPP est étroitement liée au principe de transparence. Les lois et réglementations sont les moyens qui permettent, d'une part, à l'État de réglementer et d'assurer la fourniture de services publics à la population et, d'autre part, aux

prestataires de services publics et à leurs clients de protéger leurs droits. Un cadre juridique équitable tient compte des divers intérêts (parfois contradictoires) de l'État, des prestataires de services publics et de leurs clients, et cherche à établir entre eux un juste équilibre. Les considérations commerciales du secteur privé, le droit des usagers à des services satisfaisants sur le plan de la qualité comme sur celui des prix, la responsabilité qu'a l'État d'assurer la fourniture continue de services essentiels et son rôle dans la promotion du développement des infrastructures nationales ne sont que quelques-uns des intérêts qu'il convient de dûment reconnaître dans la loi.

11. Compte tenu de la durée généralement longue des projets d'infrastructure, la stabilité du cadre juridique est particulièrement importante pour les PPP. Les partenaires privés doivent en effet pouvoir prévoir et évaluer les risques ainsi que d'éventuelles modifications du cours du projet, afin de pouvoir mobiliser les ressources nécessaires et prendre les dispositions voulues pour atténuer les répercussions des risques anticipés. L'autorité contractante et le public devraient également pouvoir compter sur la continuité des services et des conditions dans lesquelles ils sont fournis. Il est évident que le cadre juridique applicable aux PPP doit pouvoir être adapté à l'évolution des besoins (voir par. 28 ; voir aussi chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 88 à 102). En revanche, des changements juridiques ou réglementaires injustifiés, inopportuns ou arbitraires déstabilisent les prestations du partenaire privé, sapent la confiance mutuelle nécessaire à la réussite du PPP et, en fin de compte, compromettent les objectifs et les politiques de l'État en matière de développement des infrastructures et des services publics.

12. La stabilité du cadre juridique contribue à rendre plus prévisibles les décisions administratives ou judiciaires relatives à l'attribution et à l'exécution des projets de PPP, ce qui a des effets positifs pour toutes les parties concernées. Le partenaire privé, par exemple, est en mesure de planifier et de gérer le projet de manière plus efficace s'il peut compter sur une issue prévisible des différentes procédures administratives requises au fil de la mise en œuvre du projet (permis de construction et de zonage, inspections techniques ou décisions réglementaires). L'autorité contractante peut elle-même être soumise aux conséquences des décisions prises par d'autres autorités et elle bénéficiera également de la prévisibilité des procédures. Le public, enfin, appréciera un système au sein duquel il sait notamment que les décisions concernant les conditions liées à la prestation de services publics qui fait l'objet du PPP suivront un schéma prévisible, conforme aux lois et réglementations applicables, plutôt que d'être prises en fonction de considérations extérieures. Des règles claires et cohérentes sont un préalable à la prévisibilité, au même titre que l'efficacité des procédures administratives ou les qualifications et la formation des responsables de l'application du cadre juridique.

d) *Bonne gestion, intégrité et responsabilité*

13. Selon le type de projet ou la nature de l'ouvrage ou du système concerné, un PPP peut couvrir la gestion de biens publics ou le décaissement de fonds publics, ou les deux. Il est donc essentiel que les lois et réglementations applicables prévoient des garanties appropriées pour prévenir les irrégularités de gestion, le détournement ou d'autres formes de mauvaise gestion des biens ou des fonds publics. La plupart des dispositions à cet effet se trouvent dans les lois et réglementations qui régissent les biens publics ou les procédures administratives, dans les procédures de contrôle budgétaire et comptable, ainsi que dans les lois pénales (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 55 à 57). En tout état de cause, étant donné l'ampleur de certains projets de PPP, l'État devrait s'assurer que les lois administratives et pénales pertinentes s'étendront à ces partenariats et que ceux-ci ne seront pas utilisés à mauvais escient pour échapper aux contrôles applicables. S'agissant des lois spécifiques applicables aux PPP ou aux secteurs d'infrastructure dans lesquels des PPP sont susceptibles d'être conclus, il importe de veiller à ce que les dispositions relatives à la planification des PPP, à l'attribution et au contenu des contrats, et à l'exploitation de l'ouvrage ou du système visé favorisent les meilleures pratiques en matière de gestion des biens et des fonds publics et ne comportent aucune faille qui pourrait encourager des comportements répréhensibles.

14. L'exigence d'intégrité à la fois dans l'attribution et dans l'exécution des contrats de PPP est étroitement liée à l'obligation d'assurer la bonne gestion des biens et des fonds publics. Ici aussi, les règles de fond visant à préserver l'intégrité devraient normalement se retrouver dans d'autres corpus législatifs et prendre la forme de dispositions pénales, de normes de droit administratif et de codes déontologiques. Pour favoriser l'intégrité, il est essentiel de prévenir les conflits d'intérêts tout au long des principales étapes des PPP : de la planification jusqu'à la liquidation du projet, en passant par l'appel d'offres. L'ampleur et la durée de nombreux projets de PPP, les interactions fréquentes et inévitables entre fonctionnaires, agents de l'autorité contractante et employés ou agents du partenaire privé peuvent créer des circonstances propices et inciter à divers actes de corruption (demandes de pots-de-vin, extorsion, etc.). Il faut absolument veiller à ce que les cadres de l'autorité contractante ne puissent tirer aucun avantage, direct ou indirect, du projet ou de leurs relations avec le partenaire privé. Ce dernier ne doit pas non plus exercer d'influence indue sur les fonctionnaires qui interviennent dans la conception, la sélection, la mise en œuvre ou la réglementation d'un projet. Des garanties appropriées devraient être prévues lors de la conception du projet grâce à la tenue d'études indépendantes (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 5 à 22 et 49 à 52), de l'attribution du contrat grâce au recours à des procédures concurrentielles (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 85, 86, 92, 103 et 104) et de la phase d'exploitation par le biais d'une surveillance et d'un contrôle adéquats (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP »,

par. 103 et 104). Au-delà des dommages économiques et financiers, le recours aux pratiques corrompues dans les PPP peut avoir de graves conséquences pour le public dans son ensemble, en particulier lorsque le PPP concerne la prestation d'un service public ou la gestion d'une infrastructure utilisée par le public. En effet, celles-ci se traduisent souvent par une indulgence mal placée face au relâchement des normes de sécurité ou de qualité, ce qui peut provoquer des accidents ou d'autres dangers susceptibles d'occasionner des dommages matériels ou de mettre en danger la santé ou la vie de membres du public.

15. Le maintien de l'intégrité ne peut se faire qu'au moyen d'un système de responsabilisation efficace. Ici aussi, les mécanismes essentiels devraient se retrouver dans d'autres corpus législatifs, en particulier les législations pénale et administrative et les règlements régissant l'instruction et les procédures pour les affaires criminelles (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 55 à 57). Les lois et règlements propres aux PPP peuvent contribuer à la responsabilisation en établissant des exigences appropriées en matière de communication d'informations et de rapports, et en prévoyant la possibilité pour l'autorité contractante ou tout autre organisme gouvernemental concerné de réaliser des audits des comptes ou de demander, dans des limites raisonnables, des informations pertinentes au partenaire privé (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 103 et 104).

e) Économie et efficacité

16. Le cadre juridique et réglementaire, englobant les processus liés au budget et à l'affectation des crédits, devrait fixer les conditions permettant de garantir l'économie et l'efficacité des projets de PPP tout au long de leur cycle de vie (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 44 à 46). Avant de lancer la procédure de sélection d'un partenaire de projet, l'autorité contractante devrait être tenue de réaliser des études de planification et de faisabilité rigoureuses, dans le cadre desquelles elle examinerait, en particulier, la mesure dans laquelle le PPP optimiserait l'utilisation des ressources pour parvenir aux résultats escomptés (analyse qualité-prix). Le projet de PPP ne devrait être lancé que si ces analyses démontrent notamment : *a*) l'existence d'un rapport optimal entre les coûts, le temps et d'autres ressources, et la qualité de l'objet du projet ; *b*) que, s'il est structuré sous forme de PPP, le projet devrait fournir le niveau requis de services avec moins de ressources qu'il n'en faudrait normalement (notamment en termes de coûts et de temps), sans que la qualité des services en question ne s'en trouve réduite ; et *c*) qu'un PPP fournirait des services d'un niveau supérieur à celui normalement requis ou qu'il permettrait de parvenir à un meilleur retour sur investissement que celui normalement escompté, au regard des ressources utilisées (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 6 à 16).

f) Viabilité à long terme

17. Les grands objectifs d'une politique nationale de développement des infrastructures sont notamment d'assurer la fourniture à long terme de services publics, d'améliorer sans cesse la qualité des infrastructures et de parvenir à la viabilité économique, environnementale et sociale. Dans la mesure où les PPP sont l'un des outils qu'un État peut utiliser pour mettre en œuvre ses politiques, les lois et règlements qui leur sont spécifiquement consacrés devraient contribuer à promouvoir ces objectifs. Il est essentiel que les projets d'infrastructure bénéficient d'une planification et d'une préparation rigoureuses, en particulier lorsqu'ils sont réalisés sous forme de PPP. D'un point de vue général, on peut citer entre autres étapes positives l'élaboration d'un plan directeur pour la mise en place d'infrastructures (y compris de services publics) et la détermination de secteurs, de projets ou de types de projets prioritaires en fonction des considérations socioéconomiques, des implications financières, des effets sur le développement durable et d'autres facteurs pertinents.

18. Afin d'assurer une planification et une préparation efficaces, il faut choisir soigneusement le type de projet, en fonction des capacités (financières et autres) de l'autorité contractante, qu'il s'agisse d'un marché public avec exploitation ou d'un type particulier de PPP. Il convient d'éviter autant que possible les hypothèses irréalistes concernant les avantages ou les coûts d'un modèle de PPP, car les attentes liées à la mise en place d'infrastructures par le biais de tels partenariats risquent d'être déçues ; il convient donc de planifier et d'évaluer le projet soigneusement dès l'abord (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 5 à 22). En effet, une mauvaise planification ou des règles ou procédures mal conçues peuvent déboucher sur des arrangements contractuels ou réglementaires inadaptés pour l'exploitation et l'entretien d'infrastructures publiques, limiter considérablement l'efficacité dans tous les secteurs, réduire la qualité des services et se traduire par des hausses des coûts pour l'État ou les usagers. D'un point de vue législatif, il importe d'être sûr que le pays hôte a la capacité institutionnelle voulue pour entreprendre les diverses tâches confiées aux autorités publiques autorisées à conclure des PPP à tous les stades de leur mise en œuvre (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 46 à 55). Pour s'assurer que ses institutions sont prêtes à gérer des projets de PPP, l'État peut notamment procéder à une évaluation de ses capacités en matière d'investissement public, y compris par un examen des institutions et des procédures intervenant dans la planification nationale et sectorielle, l'établissement du budget des investissements, l'évaluation et la sélection des projets, ainsi que dans la gestion et le suivi de la mise en œuvre des projets. L'efficacité des ressources institutionnelles et administratives globales d'un pays est essentielle pour assurer la pérennité d'un projet de PPP et les États voudront

peut-être utiliser des outils correspondant aux meilleures pratiques en vue d'évaluer si leurs ressources sont adéquates pour assurer la gestion durable des projets de PPP⁴.

g) Concurrence

19. Un autre moyen d'accroître la viabilité à long terme des PPP dans le contexte des politiques relatives à l'infrastructure nationale consiste à trouver un bon équilibre entre la fourniture et l'exploitation compétitives et monopolistiques d'infrastructures et de services publics. La concurrence peut faire baisser les coûts globaux et offrir des possibilités plus nombreuses de substitution pour les services essentiels. Dans certains secteurs, elle a également contribué à accroître le rendement des investissements en infrastructure, à mieux répondre aux besoins des consommateurs et à obtenir une meilleure qualité des services publics, améliorant ce faisant le climat des affaires dans tous les secteurs de l'économie (voir aussi « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 27 à 44).

20. S'agissant des lois et règlements directement liés aux PPP, la concurrence a deux dimensions. D'une part, le potentiel de concurrence dans l'activité ou le secteur concerné est l'un des éléments que l'autorité contractante devrait être tenue d'examiner au stade de la planification du projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 21 et 22). L'évaluation menée par l'autorité contractante devrait servir de base pour décider d'accorder ou non au partenaire privé le droit exclusif d'exploiter l'infrastructure ou de fournir les services concernés au titre du PPP, ou établir si le secteur ou le marché pourrait bénéficier de la concurrence. D'autre part, la concurrence constitue généralement l'un des éléments structurels des systèmes de passation des marchés publics et vise à parvenir au meilleur rapport qualité-prix pour le secteur public. S'agissant des PPP, le jeu de la concurrence entre entités privées et investisseurs potentiels en vue de se voir adjuger un marché peut faire baisser à la fois les coûts globaux et les besoins d'autres ressources, augmenter le rendement des investissements en infrastructure, permettre d'apporter une meilleure réponse aux besoins des consommateurs, et améliorer ce faisant la qualité des services publics. La concurrence est susceptible à la fois de contribuer à l'optimisation des ressources et d'augmenter la probabilité d'obtenir les résultats escomptés pour le projet concerné. Elle constitue également l'un des principes qui devraient guider les systèmes nationaux de passation des marchés publics conformément à l'article 9-1 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Le *Guide* recommande donc vivement le recours aux procédures de mise en concurrence pour l'attribution de contrats de PPP (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 1, 2, 17 et 18). Pour assurer la concurrence dans ce domaine, il est essentiel de promouvoir la participation des investisseurs

⁴Le Fonds monétaire international, par exemple, a élaboré le cadre d'évaluation de la gestion des investissements publics PIMA (« Public Investment Management Assessment »), pour aider les pays à évaluer la solidité de leurs pratiques en la matière (voir <http://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/#5>, en anglais).

potentiels et des entités privées aux PPP. Les procédures de passation recommandées dans le *Guide* partent toutefois du principe que, pour des projets d'infrastructure complexes, la concurrence est la plus efficace lorsque le nombre de participants est restreint. Deux raisons sont à l'origine de ce paradoxe : en premier lieu, compte tenu de la complexité technique, commerciale et financière de la plupart des projets de PPP, l'autorité contractante aurait besoin de beaucoup de temps et de ressources pour examiner de nombreuses offres ; en second lieu, les coûts de participation aux procédures sont élevés et les entités privées ne s'engagent donc que si elles estiment avoir des chances raisonnables de remporter le contrat. Par conséquent, les procédures recommandées dans le *Guide* commencent par une étape visant à recenser un nombre limité de partenaires potentiels de qualité (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 34 à 50).

2. Le droit constitutionnel et les PPP

21. Le droit constitutionnel d'un certain nombre de pays énonce que l'État a le devoir d'assurer la fourniture de services publics. Dans certains cas, les secteurs d'infrastructure et de service relevant de la responsabilité de l'État sont énumérés, tandis que dans d'autres, leur identification est déléguée au législateur. Diverses constitutions nationales réservent la fourniture de certains services publics exclusivement à l'État ou à des entités publiques créées spécialement à cette fin, tandis que d'autres autorisent l'État à engager des entités privées pour la construction et l'exploitation d'infrastructures et la fourniture de services publics. Dans certains pays, soit des limites sont imposées à la participation étrangère dans certains secteurs, soit il est exigé que l'État participe au capital des sociétés fournissant des services publics.

22. Pour les pays qui souhaitent s'appuyer sur des PPP pour la mise en place d'infrastructures et de services publics, il est important d'établir si les règles constitutionnelles existantes imposent d'éventuelles restrictions à leur exécution. Dans certains pays, les incertitudes relatives au fondement juridique des PPP peuvent en retarder la mise en œuvre, voire y faire obstacle. La crainte que ces partenariats aillent à l'encontre des règles constitutionnelles applicables aux monopoles d'État ou à la fourniture de services publics a conduit à des contentieux judiciaires qui ont eu un effet négatif sur l'exécution de certains projets de PPP.

23. Il importe en outre d'examiner les règles constitutionnelles qui ont trait à la propriété foncière ou à la propriété des ouvrages. Dans certains pays, le droit constitutionnel comporte des limitations concernant la propriété privée des terrains et de certains moyens de production. Dans d'autres, la propriété privée est reconnue, mais la constitution dispose que certains types d'infrastructures, voire toutes, appartiennent à l'État. Les restrictions de cette nature peuvent faire obstacle à l'exécution de projets prévoyant l'exploitation privée, ou l'exploitation et la propriété

privées, de l'infrastructure en question (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 22 à 28).

3. *Législation générale et sectorielle*

24. La législation joue un rôle central pour instaurer la confiance en matière de PPP. Le cadre juridique relatif aux PPP comprend généralement la ou les lois adoptées par le parlement (législation primaire), les règlements ou décrets d'application (législation secondaire), les règles internes et des orientations, fondés sur les choix de principe du législateur et de l'État. En principe, la législation traduit un engagement politique, prévoit des droits spécifiques et peut représenter une garantie importante de stabilité du régime juridique et réglementaire en énonçant les règles générales en vertu desquelles les projets sont attribués et exécutés. Les lois régissant l'attribution et la mise en œuvre des projets de PPP, y compris la législation sectorielle, sont généralement complétées par des lois et règlements sur diverses autres questions, y compris les obligations internationales du pays en matière de fiscalité ou de protection des investissements, et il convient de coordonner tous ces textes (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 4 à 6).

25. Dans certains pays, il peut être nécessaire, du fait du droit constitutionnel ou de la pratique législative, d'adopter des lois spéciales pour certains projets. Dans d'autres, où l'attribution de concessions au secteur privé pour la fourniture de services publics est une tradition bien établie, l'État est autorisé par la législation générale à confier au secteur privé toute activité exercée par le secteur public dont la valeur économique fait qu'elle peut l'être par des entités privées. Une telle législation crée un cadre permettant de traiter de façon uniforme des questions communes aux PPP mis en place dans différents secteurs d'infrastructure.

26. Toutefois, de par sa nature même, la législation générale n'est pas à même, normalement, de satisfaire à toutes les exigences particulières des différents secteurs. Même dans les pays qui ont adopté une législation générale traitant les questions intersectorielles, on a constaté qu'une législation sectorielle supplémentaire permettait au législateur de formuler des règles tenant compte, dans chaque secteur, de la structure du marché (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 28 à 44). Il convient de noter que de nombreux pays ont adopté une telle législation à une époque où une fraction importante, voire la totalité, des infrastructures nationales constituaient des monopoles d'État. Les pays souhaitant promouvoir l'investissement privé dans les infrastructures devraient peut-être revoir la législation en vigueur applicable aux différents secteurs afin de déterminer si elle peut s'appliquer aux PPP. Les pays qui envisagent l'adoption d'une loi générale sur les PPP peuvent saisir cette occasion pour revoir et modifier, le cas échéant, les lois sectorielles existantes afin d'assurer leur cohérence avec la loi générale sur les

PPP, ou bien indiquer clairement quel texte prévaut en cas de conflit (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 5 à 8).

27. La législation propre à un secteur particulier peut également jouer un rôle important dans la mise en place d'un cadre pour la réglementation des différents secteurs d'infrastructure (voir ci-dessous, par. 40 à 60). Des orientations législatives sont particulièrement utiles dans les pays qui en sont aux premiers stades de la mise en place ou de l'élaboration de capacités réglementaires nationales. Une telle législation garantit que les responsables de la réglementation n'ont pas de pouvoir illimité dans l'exercice de leur fonction, mais sont liés par les paramètres prescrits par la loi. D'une manière générale, toutefois, il est souhaitable d'éviter des dispositions législatives rigides ou trop détaillées concernant les aspects contractuels de la mise en œuvre des PPP car, dans la plupart des cas, elles ne seraient pas adaptées à la longue durée des projets (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 2 à 4 ; et chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 2 à 6).

28. De nombreux pays ont utilisé la législation pour établir les principes généraux de l'organisation des secteurs d'infrastructure et le cadre administratif, institutionnel et réglementaire de base. Toutefois, il est possible que la loi ne soit pas le meilleur instrument pour définir des obligations techniques et financières détaillées. De nombreux pays ont préféré édicter des règlements énonçant des règles plus détaillées pour appliquer les dispositions générales du droit interne relatives aux PPP. On considère en effet qu'il est plus facile d'adapter des règlements à un changement de l'environnement, que ce changement résulte de l'adoption de règles fondées sur le marché ou d'évolutions externes, comme des technologies nouvelles ou une modification des conditions économiques ou de la situation du marché. Pour promouvoir la confiance dans la politique nationale applicable aux PPP, il faut absolument, comme on l'a déjà souligné dans le *Guide* (voir ci-dessus, par. 11), que le cadre juridique soit stable. Les pays qui choisissent de ne promulguer des lois que pour les principes généraux et d'utiliser des règlements pour les points de détail devraient se garder de changer la réglementation trop souvent et éviter les incohérences entre les règlements et les lois sur lesquelles ils se fondent, car ce sont là des sources courantes d'incertitude et de différends en ce qui concerne les PPP (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 131 à 134). Quel que soit l'instrument employé, clarté et prévisibilité sont les maîtres mots.

C. Étendue du pouvoir de conclure des PPP

29. La mise en œuvre de PPP peut exiger la promulgation d'une législation ou de règlements spéciaux permettant expressément aux autorités publiques de confier

la construction d'infrastructures ou la fourniture de services publics à des entités privées. L'existence d'une autorisation législative expresse peut représenter une mesure importante pour que des investisseurs potentiels, nationaux ou étrangers, fassent confiance à une politique nationale visant à promouvoir les investissements du secteur privé dans les infrastructures au moyen de PPP.

1. *Organismes autorisés et domaines d'activité pertinents*

30. Dans certains systèmes juridiques, les autorités publiques ne peuvent déléguer la construction d'infrastructures ou la fourniture de services publics que moyennant une autorisation législative préalable. Pour les pays qui souhaitent mettre en place des infrastructures ou des services publics au moyen de PPP, il est particulièrement important de définir clairement dans la loi le pouvoir de conférer le droit de fournir certains services publics à des entités autres que les autorités publiques. Une telle disposition générale peut s'avérer particulièrement importante dans les pays où les services publics sont des monopoles d'État, ou bien lorsqu'il est envisagé de faire appel à des entités privées pour fournir certains services dont le public bénéficiait jusqu'alors gratuitement (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 41 et 42).

31. Lorsqu'une législation générale est adoptée, il est également souhaitable d'identifier clairement les autorités publiques ou les niveaux de l'État qui sont compétents pour attribuer des projets d'infrastructure et agir comme autorités contractantes. Afin d'éviter des retards inutiles, il est particulièrement indiqué de disposer de règles permettant de savoir quelles personnes ou quels services ont le pouvoir de prendre des engagements au nom de l'autorité contractante (et, le cas échéant, d'autres autorités publiques) aux différents stades de la négociation et de signer le contrat de PPP. Il est utile d'examiner l'étendue des pouvoirs dont peuvent avoir besoin des autorités autres que l'administration centrale pour exécuter des projets relevant de leur compétence. Pour les projets où interviennent des services ou des organismes à différents niveaux de l'État (par exemple, au niveau national, provincial ou local), il peut être nécessaire, lorsque tous ces services et organismes ne peuvent être identifiés à l'avance, de prendre d'autres mesures pour assurer une coordination efficace entre eux (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 46 à 55).

32. Pour plus de clarté, il convient de recenser dans la législation générale les secteurs dans lesquels des contrats de PPP peuvent être attribués. À l'inverse, lorsqu'il est estimé que ce n'est ni possible ni souhaitable, la loi peut indiquer les activités ne pouvant faire l'objet d'un tel contrat (par exemple, des activités liées à la défense ou à la sécurité nationale).

2. Objectif et portée des PPP

33. Il peut être utile que la loi définisse la nature et l'objectif des projets pour lesquels des PPP peuvent être conclus dans le pays. Une solution consiste à définir les diverses catégories de projets en fonction de l'étendue des droits et des obligations assumés par le partenaire privé (par exemple, « construction-exploitation-transfert », « construction-propriété-exploitation », « construction-transfert-exploitation » et « construction-transfert »). Toutefois, étant donné la grande diversité des formules susceptibles d'être retenues pour l'investissement privé dans les infrastructures (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 23 et 24), cette approche n'est pas conseillée. La loi pourrait plutôt prévoir, de manière générale, la possibilité de conclure des PPP en vue de développer ou de fournir tout type, ou certains types particuliers, d'infrastructure ou de service public. Elle pourrait préciser que les PPP peuvent impliquer la prestation directe de services publics par le partenaire privé en vertu d'une concession attribuée par l'autorité compétente, ou la gestion et l'exploitation d'une infrastructure utilisée par l'autorité contractante ou un autre organisme gouvernemental afin de fournir des services publics ou d'abriter ses propres activités. Elle pourrait encore préciser que la rémunération du partenaire privé peut prendre la forme d'un droit de facturer l'utilisation de l'ouvrage ou des locaux ou les biens ou services qu'ils génèrent, ou d'autres formes de paiement ou de rémunération convenues par les parties. Enfin, il pourrait être utile qu'elle précise en outre que des PPP peuvent être mis en œuvre pour la construction et l'exploitation de nouveaux ouvrages ou systèmes ou pour la maintenance, la réparation, la remise en état, la modernisation, l'extension et l'exploitation des ouvrages ou des systèmes existants, ou uniquement pour la gestion et la prestation d'un service public.

34. Une autre considération importante a trait à la nature des droits dévolus au partenaire privé. Il s'agit notamment de savoir si le droit de fournir le service est un droit exclusif ou si le partenaire privé devra faire face à la concurrence d'autres ouvrages ou prestataires de services. Le droit d'exclusivité peut prendre la forme d'une exclusivité territoriale (par exemple dans le cas d'une compagnie de distribution d'eau) ou nationale (ce peut être le cas d'une compagnie de chemin de fer). Il peut couvrir le droit de fournir un certain type de biens ou de services à un tiers donné (c'est le cas d'un producteur d'électricité qui est le fournisseur exclusif du distributeur dans sa région) ou à un groupe restreint de clients (c'est le cas d'une entreprise nationale de téléphone interurbain qui offre des raccordements aux compagnies locales de téléphone).

35. La décision d'accorder ou non des droits d'exclusivité à un projet particulier ou à une catégorie de projets devrait être prise à la lumière de la politique appliquée par le pays hôte au secteur intéressé. Comme on l'a vu plus haut, le potentiel de concurrence varie sensiblement selon les secteurs d'infrastructure. Alors que certains

secteurs, ou segments de secteurs, ont les caractéristiques de monopoles naturels, auquel cas une concurrence ouverte n'est pas en général une solution de substitution économiquement viable, d'autres ont été ouverts à la concurrence avec succès (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 37 à 44).

36. Il est donc souhaitable de traiter la question de l'exclusivité avec souplesse. Au lieu d'exclure ou de prescrire des PPP exclusifs, il peut être préférable que la loi autorise l'attribution de droits exclusifs lorsqu'on estime que cela sert l'intérêt général, par exemple dans les cas où l'exclusivité est justifiée pour garantir la viabilité technique ou économique du projet. L'autorité contractante devrait indiquer pourquoi elle envisage d'accorder des droits exclusifs dans l'évaluation et les études qu'elle est tenue de réaliser avant d'entamer la procédure de sélection du partenaire privé (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 21 et 22). La question de l'exclusivité peut également être régie de manière différenciée par des lois sectorielles.

D. Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure

37. Les projets de PPP qui portent sur la prestation directe par le partenaire privé de services ou de biens à la population (« PPP concessifs ») sont souvent liés à des secteurs ou à des activités faisant l'objet d'une réglementation spécifique. Le régime réglementaire applicable peut comprendre des règles de fond, des procédures, des instruments et des institutions. Ce cadre constitue un outil important pour la mise en œuvre de la politique gouvernementale en faveur du secteur visé (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 25 à 47). Selon la structure institutionnelle du pays concerné et la répartition du pouvoir entre les différents niveaux de l'État, certains secteurs d'infrastructure peuvent être régis totalement par la législation provinciale ou locale ou concomitamment par cette dernière et par la législation nationale.

38. La réglementation des services d'infrastructure englobe une vaste gamme de questions générales et sectorielles qui peuvent varier sensiblement en fonction de la réalité sociale, politique, juridique et économique de chaque pays hôte. Si le *Guide* aborde parfois certaines des principales questions de réglementation apparaissant dans un contexte analogue dans différents secteurs (voir, par exemple, chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 43 à 50 et 91 à 106), il n'a pas pour objet d'étudier de façon exhaustive les questions juridiques ou de fond liées à la réglementation de divers secteurs d'infrastructure. Le terme « organismes de réglementation » désigne les mécanismes institutionnels nécessaires pour mettre en œuvre et suivre l'application des règles régissant les activités des exploitants d'infrastructures. Étant donné que ces règles laissent souvent une certaine marge discrétionnaire, il faut un organe pour les interpréter et les

appliquer, veiller à ce qu'elles soient respectées, imposer des sanctions et régler les différends auxquels donne lieu leur application. Les fonctions précises de réglementation et la marge discrétionnaire qui est accordée seront déterminées par les règles elles-mêmes, qui peuvent sensiblement diverger.

39. Le *Guide* part du principe qu'un pays qui choisit d'autoriser les PPP dans l'un ou plusieurs de ces secteurs s'estime doté des structures institutionnelles et administratives et des ressources humaines nécessaires pour les mettre en œuvre. Néanmoins, pour apporter une aide aux organes législatifs nationaux qui se demandent s'il est nécessaire et souhaitable de mettre en place des organismes de réglementation pour contrôler la fourniture des services publics, la présente section examine certaines des principales questions institutionnelles et de procédure qui peuvent se poser à cet égard. Elle illustre différentes options qui ont été retenues dans les mesures législatives internes pour mettre en place un cadre réglementaire applicable aux PPP, mais cela ne signifie pas que le *Guide* préconise d'établir une structure administrative ou un modèle particulier. Des informations pratiques et des avis techniques peuvent être obtenus auprès d'institutions financières internationales qui exécutent des programmes pour aider leurs pays membres à mettre en place un cadre réglementaire approprié (comme la Banque mondiale et les banques régionales de développement).

1. *Compétence sectorielle et attributions des organismes de réglementation*

40. Les fonctions de réglementation peuvent être organisées sur des bases sectorielles ou transsectorielles. Les pays qui ont opté pour une démarche sectorielle ont souvent décidé de faire entrer dans la même structure réglementaire des secteurs étroitement associés ou des segments de ces secteurs (par exemple, organisme de réglementation commun pour l'électricité et le gaz ou pour les aéroports et les transports aériens). D'autres pays ont organisé la réglementation sur une base transsectorielle avec, dans certains cas, une entité de réglementation unique pour tous les secteurs d'infrastructure et, dans d'autres cas, une entité distincte pour les services collectifs (eau, électricité, gaz et télécommunications), et une autre pour les transports. Dans certains pays, la compétence des organismes de réglementation peut aussi s'étendre à plusieurs secteurs à l'intérieur d'une même région.

41. Les organismes de réglementation dont la compétence se limite à un secteur particulier encouragent habituellement le développement des compétences et savoir-faire techniques sectoriels. Des réglementations sectorielles peuvent faciliter l'élaboration de règles et de pratiques adaptées aux besoins du secteur concerné. Toutefois, le choix de réglementations sectorielles ou transsectorielles dépend en partie des moyens de réglementation dont dispose le pays. Les pays dont les connaissances spécialisées et l'expérience en matière de réglementation des

infrastructures sont limitées jugeront peut-être préférable de réduire le nombre de structures indépendantes et essaieront de réaliser des économies d'échelle.

42. La loi instituant un mécanisme de réglementation énonce souvent plusieurs objectifs généraux qui devraient orienter l'action des organismes de réglementation (promotion de la concurrence, protection des intérêts des usagers, satisfaction de la demande, efficacité du secteur ou des prestataires des services publics, viabilité financière, protection de l'intérêt général ou de la mission de service public et protection des droits des investisseurs). Le fait d'avoir un ou deux objectifs principaux aide à clarifier la mission des organismes de réglementation et à fixer des priorités entre des objectifs parfois conflictuels. Lorsqu'ils sont dotés d'une mission clairement définie, les organismes de réglementation peuvent gagner en autonomie et en crédibilité.

2. Mécanismes institutionnels

43. L'éventail des mécanismes institutionnels de réglementation des secteurs d'infrastructure est très large. Tandis que certains pays confient les fonctions de réglementation à des organismes publics (par exemple, aux ministères ou aux services administratifs intéressés), d'autres préfèrent créer des organismes de réglementation autonomes, distincts de l'État. Certains pays ont décidé de soumettre divers secteurs d'infrastructure à une réglementation autonome et indépendante en laissant d'autres secteurs sous tutelle ministérielle. Parfois, les pouvoirs peuvent également être partagés entre un organisme de réglementation autonome et l'État, comme c'est souvent le cas pour l'octroi de licences. D'un point de vue législatif, il importe de concevoir des mécanismes institutionnels pour les fonctions réglementaires qui garantissent à l'organisme de réglementation un niveau approprié d'efficacité, compte tenu des traditions politiques, juridiques et administratives du pays.

44. L'efficacité du régime de réglementation est dans la plupart des cas fonction de l'objectivité des décisions qui sont prises. Il s'ensuit que les organismes de réglementation doivent pouvoir prendre des décisions sans ingérence ou pression inopportune de la part des exploitants d'infrastructures ou des prestataires de services publics. À cet effet, la loi exige, dans plusieurs pays, l'indépendance du processus de prise de décisions touchant à la réglementation. Afin de parvenir au niveau souhaité d'indépendance, il est recommandé de séparer les fonctions de réglementation des fonctions opérationnelles en retirant aux prestataires de services publics toute fonction de réglementation qui pourrait encore leur échoir et en confiant celle-ci à une entité juridiquement et fonctionnellement indépendante. L'indépendance des organismes de réglementation est étayée par des dispositions visant à prévenir les conflits d'intérêt, comme l'interdiction, pour le personnel de l'organisme de réglementation, d'occuper des fonctions au sein des entreprises

réglementées, de leurs sociétés mères ou de leurs filiales, d'accepter des cadeaux venant de celles-ci, de passer des contrats ou de nouer toute autre relation (que ce soit directement ou par l'intermédiaire de parents ou d'autres personnes) avec elles.

45. De ce point en découle un autre, à savoir qu'il faut réduire au minimum le risque que des décisions soient prises ou influencées par un organisme qui serait également propriétaire d'entreprises fonctionnant dans le secteur réglementé ou par un organisme se fondant davantage sur des critères politiques que techniques. Dans certains pays, il a été jugé nécessaire d'accorder à l'organisme de réglementation un certain degré d'autonomie vis-à-vis des organes politiques de l'État. L'indépendance et l'autonomie de la fonction de réglementation ne doivent pas être considérées uniquement sur le plan institutionnel, mais également sur le plan fonctionnel (ce qui signifie que les organismes réglementaires doivent pouvoir disposer de ressources financières et humaines suffisantes pour s'acquitter convenablement de leur mission).

3. Pouvoirs des organismes de réglementation

46. Les organismes de réglementation peuvent être habilités à prendre des décisions, jouer un rôle de conseil ou n'avoir que des fonctions purement consultatives, voire combiner ces différentes attributions en fonction de l'objet de la réglementation. Dans certains pays, ils se sont d'abord vu attribuer des pouvoirs limités qui ont été étendus par la suite, à mesure qu'ils faisaient la preuve de leur indépendance et de leur professionnalisme. La législation spécifie souvent les attributions qui échoient respectivement à l'État et à l'organisme de réglementation. Il importe, à cet égard, que la situation soit claire pour éviter tout conflit ou confusion inutile. Aussi bien les investisseurs que les consommateurs et les autres parties intéressées doivent savoir à qui adresser leurs différentes requêtes, demandes ou plaintes.

47. Par exemple, le choix des prestataires de services publics est un processus qui associe, dans de nombreux pays, l'État et l'organisme de réglementation. Lorsque la décision d'attribuer un projet nécessite de porter un jugement global de nature plus politique que technique, ce qui est souvent le cas dans le contexte d'une privatisation d'infrastructure, la décision finale revient souvent à l'État. Mais lorsque les critères d'attribution sont plus techniques, comme cela peut être le cas dans un système libéral d'octroi de licences pour des services de production d'électricité ou de télécommunications, de nombreux pays confient à un organisme de réglementation indépendant le soin de prendre la décision. Dans d'autres cas, il peut être fait obligation à l'État de demander l'opinion de l'organisme de réglementation avant d'attribuer un contrat. Certains pays, en revanche, excluent toute participation directe des organismes de réglementation au processus d'attribution au motif que cette participation pourrait influencer la manière dont ils régleront ultérieurement la fourniture du service en cause.

48. La compétence des organismes de réglementation s'étend généralement à toutes les entreprises opérant dans les secteurs qu'ils réglementent, sans qu'aucune distinction ne soit établie entre entreprises privées et publiques. La loi peut cependant restreindre l'utilisation de certains pouvoirs ou instruments réglementaires pour ne viser que les prestataires de services publics dominants du secteur. Un organisme de réglementation peut, par exemple, avoir des attributions en matière de politique des prix uniquement vis-à-vis du prestataire de services publics en titre ou dominant, alors que les nouveaux arrivés peuvent fixer librement leur prix.

49. Les questions sur lesquelles les organismes de réglementation doivent se prononcer sont variées : fonctions normatives (par exemple, règles d'attribution des contrats et conditions d'homologation des équipements) ; octroi effectif des contrats ; approbation de contrats ou de décisions proposés par des entités réglementées (par exemple, calendrier ou contrat d'accès à un réseau) ; définition et contrôle d'une obligation de fournir certains services ; surveillance des prestataires de services publics (notamment respect des conditions énoncées dans les licences, des normes et des objectifs de résultat) ; communication au public, à des fins de transparence, d'informations financières ciblées concernant le partenaire privé (par exemple, structure de son actionnariat ou modèle financier de référence utilisé pour le projet) ; fixation ou ajustement des prix ; contrôle des subventions, exemptions ou autres avantages susceptibles de fausser la concurrence dans le secteur ; sanctions ; et règlement des différends.

4. *Composition, personnel et budget des organismes de réglementation*

50. Lorsqu'ils ont créé un organisme de réglementation, quelques pays ont opté pour la solution de l'administrateur unique, tandis que la plupart des autres ont préféré opter pour une commission. Une commission peut offrir de meilleures garanties contre toute influence ou pression excessive et peut limiter le risque de prise trop rapide de décisions d'ordre réglementaire. Un organisme géré par une seule personne peut, en revanche, prendre des décisions plus rapidement et être plus strictement tenu de rendre des comptes. Pour améliorer la gestion du processus de prise de décisions dans une commission de réglementation, le nombre de membres est souvent restreint (généralement à trois ou cinq). On évite souvent les nombres pairs pour prévenir tout blocage, ou bien on donne au président une voix prépondérante.

51. Pour renforcer l'autonomie de l'organisme de réglementation, il peut être utile de faire intervenir diverses institutions dans le processus de désignation. Dans certains pays, les organismes de réglementation sont désignés par le chef de l'État sur la base d'une liste soumise par le parlement ; dans d'autres, le pouvoir exécutif désigne l'organisme de réglementation sous réserve de confirmation par le parlement

ou sur la base de propositions soumises par ce dernier, par des associations d'usagers ou par d'autres organismes. Certaines qualifications professionnelles minimales sont souvent exigées des responsables des organismes de réglementation ainsi que l'absence de conflits d'intérêt qui risqueraient de les disqualifier pour ces fonctions. Les mandats des membres des organismes de réglementation peuvent être échelonnés afin de prévenir toute rotation globale et d'empêcher que tous les membres ne soient désignés par le même gouvernement ; cet échelonnement favorise également la continuité dans la prise de décisions. Les mandats sont souvent confiés pour une durée déterminée, peuvent être non renouvelables et susceptibles de n'être résiliés de façon anticipée que pour certaines raisons (condamnation pénale, incapacité mentale, négligences graves ou manquement au devoir). Les organismes de réglementation ont souvent affaire à des juristes et à des comptables expérimentés ainsi qu'à d'autres experts travaillant pour l'industrie réglementée, et doivent donc pouvoir acquérir le même niveau de spécialisation, de compétences et de professionnalisme soit en interne, soit en s'attachant les services de conseillers extérieurs, selon le cas.

52. Des sources de financement stables sont indispensables au bon fonctionnement des organismes de réglementation. Dans de nombreux pays, le budget de cet organisme est financé par les droits et autres contributions versés par les entreprises réglementées. Les droits peuvent correspondre à un pourcentage du chiffre d'affaires des prestataires de services publics ou être perçus lors de l'attribution de licences, de contrats ou d'autres autorisations. Dans certains pays, le budget de l'organisme est complété, s'il y a lieu, par des transferts budgétaires prévus dans la loi de finance annuelle. Toutefois, cela peut créer un élément d'incertitude susceptible de réduire son autonomie.

5. *Processus et procédures réglementaires*

53. Le cadre réglementaire comprend en général des règles de procédure régissant la façon dont les institutions chargées des diverses fonctions de réglementation doivent s'acquitter de leur mandat. La crédibilité du processus réglementaire exige transparence et objectivité, que la fonction réglementaire soit exercée par un ministère ou par un organisme de réglementation autonome. Les règles et procédures doivent être objectives et claires de façon à garantir l'équité, l'impartialité et l'intervention de l'organisme de réglementation en temps utile. Pour plus de transparence, la législation devrait exiger qu'elles soient rendues publiques. Les décisions réglementaires devraient être motivées et communiquées aux parties intéressées par voie de publication ou par tout autre moyen approprié.

54. Ainsi que l'exigent certaines législations, l'organisme de réglementation pourra renforcer la transparence en publiant un rapport annuel sur le secteur qui indiquera, par exemple, les décisions prises au cours de l'exercice, les différends survenus et

la façon dont ils ont été réglés. Ce rapport annuel pourra également comprendre les comptes de l'organisme de réglementation ainsi qu'un audit de ces comptes réalisé par un vérificateur indépendant. La législation de nombreux pays exige en outre que ce rapport annuel soit soumis à une commission parlementaire.

55. Les décisions en matière de réglementation peuvent avoir une incidence sur les intérêts de différents groupes, y compris sur le prestataire de services publics concerné, ses concurrents existants ou potentiels, ainsi que les usagers commerciaux ou privés. Dans de nombreux pays, le processus réglementaire comprend une procédure de consultation pour les décisions ou recommandations les plus importantes. Cette consultation prend parfois la forme d'auditions publiques, parfois celle de documents de consultation que les groupes intéressés sont invités à commenter. Certains pays ont également créé des organes consultatifs composés d'usagers et d'autres parties concernées dont l'avis doit être sollicité lorsque sont adoptées des décisions et des recommandations importantes. Pour rendre ce processus plus transparent, les commentaires, recommandations ou opinions résultant de ces consultations doivent dans certains cas être publiés ou autrement mis à la disposition du public.

6. Recours contre les décisions de l'organisme de réglementation

56. Les mécanismes permettant aux prestataires de services publics de demander le réexamen des décisions touchant à la réglementation sont un autre élément important du régime réglementaire du pays hôte. Comme pour l'ensemble du processus de réglementation, un degré élevé de transparence et de crédibilité est essentiel. Pour être crédible, le réexamen devrait être confié à une entité indépendante de l'organisme de réglementation qui a pris la décision initiale, des autorités politiques du pays hôte et des prestataires de services publics.

57. Si le recours contre les décisions des organismes de réglementation relève souvent de la compétence des juridictions étatiques, il est dans divers systèmes juridiques de la compétence exclusive de tribunaux spéciaux s'occupant uniquement de questions administratives et qui, dans certains pays, ne font pas partie du système judiciaire. S'il y a des inquiétudes quant au processus de réexamen (au sujet, par exemple, de retards possibles ou de la capacité des tribunaux à faire des évaluations lorsque les décisions touchant à la réglementation abordent des questions économiques complexes), celui-ci peut être confié à un autre organisme, au moins dans un premier temps, avant que ne soient saisis en dernier ressort des tribunaux judiciaires ou administratifs. Dans certains pays, les demandes de réexamen sont examinées par un organe de surveillance de haut niveau transsectoriel et indépendant. Dans d'autres, les demandes sont examinées par un comité composé de personnes exerçant des fonctions juridictionnelles et universitaires spécifiées. Quant aux motifs sur lesquels une demande de réexamen peut être fondée, des limites

sont fixées dans de nombreux cas, en particulier pour ce qui est du droit de l'organe d'appel de substituer sa propre évaluation discrétionnaire des faits à celle de l'organe dont la décision fait l'objet d'un réexamen.

7. Règlement des différends entre prestataires de services publics

58. Des différends peuvent naître entre partenaires privés rivaux (par exemple, deux opérateurs de systèmes de téléphonie cellulaire) ou entre partenaires privés fournissant des services dans des segments distincts du même secteur d'infrastructure. Ils peuvent donner lieu à des accusations de pratiques commerciales déloyales (par exemple, dumping de prix), de pratiques anticoncurrentielles incompatibles avec la politique du pays en matière d'infrastructure (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 25 à 36) ou de non-respect de certaines obligations des prestataires de services publics (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 91 à 104). De nombreux pays ont estimé nécessaire de promulguer des dispositions législatives pour mettre en place un cadre approprié pour le règlement de ces différends.

59. D'une part, les diverses parties n'ont pas nécessairement conclu entre elles des arrangements contractuels prévoyant un mécanisme approprié de règlement des différends. Même là où il serait possible de le faire, le pays hôte peut avoir intérêt à ce que les différends portant sur certaines questions (par exemple, les conditions d'accès à un réseau donné d'infrastructure) soient réglés par un organe particulier, de façon à assurer une application cohérente des règles pertinentes. D'autre part, certains conflits entre prestataires de services publics peuvent porter sur des questions qui, selon les lois du pays hôte, ne peuvent être réglées par voie d'arbitrage.

60. Le droit interne prévoit souvent des procédures administratives pour le règlement des différends entre prestataires de services publics. En général, ces derniers peuvent porter plainte devant l'organisme de réglementation ou un autre organisme public chargé de l'application des règles dont la violation est alléguée (par exemple, un organisme chargé de faire respecter les lois et les règlements sur la concurrence), organisme qui, dans certains pays, a le pouvoir de rendre des décisions contraignantes. Même lorsqu'ils sont obligatoires, de tels mécanismes n'empêchent pas nécessairement les personnes lésées de saisir des tribunaux, même si, dans certains systèmes juridiques, ceux-ci peuvent uniquement être fondés à vérifier la légalité de la décision (par exemple, garantie d'une procédure régulière), et non à se prononcer sur le fond.

II. Planification et préparation du projet

A. Remarques générales

1. Les partenariats public-privé sont l'un des leviers dont se servent les États pour mettre en place les infrastructures ou les systèmes nécessaires pour fournir un service public ou appuyer les fonctions d'une entité gouvernementale. Lorsqu'ils sont bien conçus et mis en œuvre, les PPP offrent la possibilité de réduire les fonds publics et autres ressources engagés pour la mise en place d'infrastructures ou la prestation de services publics. Ils permettent également de transférer vers le secteur privé un certain nombre de risques que ce dernier pourra contrôler ou atténuer de manière plus efficace ou économique que les pouvoirs publics ne pourraient.

2. La mesure dans laquelle ces avantages escomptés se concrétiseraient dépend de divers facteurs, à savoir notamment l'adéquation et la stabilité du cadre juridique et réglementaire global (voir chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 10 à 12), la sélection d'un partenaire privé qualifié (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 6 à 9), la faisabilité technique et commerciale du projet, la solidité des dispositions contractuelles et leur adéquation pendant tout le cycle de vie du projet (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 130 à 144). Si certains des facteurs qui fondent cette équation peuvent échapper au contrôle des parties, une condition préalable essentielle du succès d'un PPP est que la phase de planification et de préparation soit menée de façon complète, rigoureuse et professionnelle, qu'elle permette de vérifier les hypothèses sur lesquelles repose le projet et qu'elle anticipe les risques et les imprévus susceptibles de survenir tout au long du cycle de vie de ce dernier.

3. Comme l'indique la section B, le cadre juridique des PPP devrait donc exiger l'examen obligatoire des hypothèses sur lesquelles repose un projet, et prévoir des mécanismes à cet effet, afin que les autorités compétentes puissent décider en connaissance de cause si un PPP est l'option adéquate pour la mise en place de l'infrastructure ou du service concerné, ou s'il faut lui préférer la passation d'un marché, le financement et la gestion directes par l'État (par. 5 à 22). Ces études préliminaires devraient également se pencher sur les principaux risques rencontrés dans les PPP, y compris les solutions contractuelles courantes pour la répartition

des risques, et sur le degré de souplesse qui sera nécessaire pour répartir efficacement les risques du projet (voir sect. C, par. 23 à 45). La section D (par. 46 à 55) traite des aspects institutionnels et administratifs de la préparation et de la coordination des projets. La section E (par. 56 à 86) présente certaines considérations de politique générale que l'État pourrait souhaiter prendre en compte lorsqu'il examine le niveau de soutien gouvernemental direct susceptible d'être fourni aux projets d'infrastructure, comme le degré d'intérêt du public pour l'exécution d'un projet donné et la nécessité d'éviter la prise en charge par l'État d'éventuels passifs illimités ou excessifs. Enfin, les sections F (par. 87 à 98) et G (par. 99 à 101) décrivent les garanties et les mesures de soutien qui peuvent être fournies par les organismes de crédit à l'exportation et les organismes de promotion des investissements.

4. D'autres chapitres du présent *Guide* traitent d'aspects du régime juridique du pays hôte qui ont un rapport avec l'analyse des crédits et des risques liés à un projet. Le lecteur est invité à se reporter en particulier aux chapitres IV (« Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP »), V (« Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP »), VI (« Règlement des différends ») et VII (« Autres domaines pertinents du droit »).

B. Évaluation des projets et options

5. Pour garantir la bonne marche d'un PPP, il est important d'exiger de l'autorité publique concernée qu'elle effectue une étude préliminaire de l'opportunité et de la faisabilité du projet, prenant en compte notamment des aspects économiques et financiers tels que les retombées économiques attendues, les coûts estimés et les recettes potentielles de l'exploitation de l'ouvrage, ainsi que les impacts sociaux et environnementaux du projet. Les études réalisées par l'autorité contractante devraient en particulier identifier clairement les résultats attendus du projet, donner une justification suffisante de l'investissement, proposer une modalité de participation du secteur privé et indiquer une solution particulière pour répondre aux exigences de résultat. Ces études, lorsqu'elles sont correctement menées, ne servent pas seulement à étayer les choix stratégiques opérés en ce qui concerne le type de projet de PPP et la structure des procédures d'attribution de contrats. En effet, la phase d'évaluation et de planification d'un projet doit être détaillée et prendre en compte l'ensemble du cycle de vie du projet, afin d'offrir les bases pour la prise de décisions fondamentales relatives à la conception et à la gestion du contrat (y compris les mécanismes de suivi et d'ajustement de ce dernier).

1. Rapport qualité-prix (économie et efficacité)

6. L'un des principaux objectifs de tout système de passation de marchés publics et l'une des principales préoccupations de la Loi type de la CNUDCI sur la

passation des marchés publics sont d'optimiser l'économie et l'efficacité. À cet égard, le *Guide pour l'incorporation de la Loi type* explique que la notion d'« économie » (souvent appelée « meilleur rapport qualité-prix ») désigne un rapport optimal entre le prix payé et d'autres facteurs, dont la qualité de l'objet du marché, et présuppose que les besoins de l'acheteur public sont effectivement satisfaits. Le terme « efficacité » désigne le rapport de proportionnalité entre la valeur du marché d'une part et le coût de l'opération et le temps consacré à l'administration de chaque procédure de passation d'autre part. Il suppose également que le coût du système de passation des marchés dans son ensemble est proportionnel à la valeur de l'ensemble des marchés passés au moyen de ce système. Les principes d'économie et d'efficacité, appliqués aux projets de PPP, sont représentés par la notion de « rapport qualité-prix ».

7. Le souci du rapport qualité-prix est au cœur de tous les projets de PPP. Certains projets peuvent relever du droit général des marchés publics, en particulier lorsque l'autorité contractante s'engage à effectuer des règlements directs au partenaire privé. Toutefois, d'autres types de projets ne nécessitent aucun décaissement de fonds publics pour payer le partenaire du projet et l'autorité contractante peut jouer, en tant que gestionnaire de projet global, un rôle très différent de celui de l'État dans les marchés publics traditionnels. Cela signifie que, s'agissant de PPP, la notion de rapport qualité-prix revêt un sens plus large que dans le strict contexte des marchés publics.

8. En effet, dans le contexte des PPP, plutôt que de se concentrer principalement sur le prix des travaux ou des services fournis par le partenaire privé, l'État doit être en mesure de démontrer que la réalisation du projet en tant que PPP est une option non seulement plus économique mais aussi plus efficace que, par exemple, la passation d'un marché public de travaux ou de services ou l'exploitation publique de l'infrastructure ou du système de services. Une mauvaise conception du projet de PPP peut entraîner l'échec de celui-ci, la perturbation du service public, des dépassements de coûts ou la crainte que le secteur privé ne réalise des bénéfices indus au détriment de l'intérêt général. Afin d'assurer la transparence et la bonne gouvernance, l'autorité contractante doit démontrer que la réalisation du projet en tant que PPP permet de parvenir au meilleur rapport qualité-prix. Par conséquent, la loi devrait exiger que la conduite d'une évaluation approfondie du rapport qualité-prix soit une étape obligatoire du processus d'approbation de tout projet proposé et une condition préalable pour que l'autorité contractante entame les préparatifs en vue de la sélection du partenaire de projet.

9. De manière générale, l'évaluation devrait comprendre une analyse quantitative et qualitative des coûts, des avantages et de la qualité du projet qui démontre de façon concluante que la réalisation du projet en tant que PPP est la meilleure option disponible. Un PPP ne devrait être considéré comme offrant un bon rapport

qualité-prix que si la mise en œuvre du projet sous cette forme permet d'obtenir une meilleure qualité à un coût moins élevé que tout autre arrangement ou méthode qui permettrait de le mener à bien ou d'obtenir un résultat comparable. Il peut même être utile de refaire l'évaluation après la procédure d'appel d'offres afin d'assurer une cohérence totale de la méthode de calcul et des résultats (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 30 et 31).

10. L'autorité contractante peut se servir de divers instruments pour évaluer le rapport qualité-prix. Outil courant et largement utilisé, le « comparateur du secteur public » permet d'estimer le coût hypothétique d'un projet du secteur public tout au long de son cycle de vie s'il était réalisé en maîtrise d'ouvrage public. Il se fonde sur les caractéristiques attendues en matière de résultats et sur la répartition des risques proposée pour comparer l'option du PPP avec un modèle de coût basé sur l'hypothèse de la réalisation la plus efficace par le secteur public, avec le même niveau et la même qualité de service qu'on attendrait du secteur privé et en tenant compte des risques liés au cycle de vie du projet. Le point de départ est généralement l'estimation la plus juste des coûts en capital ainsi que des coûts d'exploitation et d'entretien tout au long du projet s'il est réalisé par le secteur public.

11. La méthodologie de l'évaluation du « rapport qualité-prix » et la liste exacte des facteurs à prendre en compte peuvent varier en fonction de la nature du projet et évoluer dans le temps. Lorsqu'il existe déjà une autorité centrale d'approbation ou un organisme de coordination ou de conseil (voir par. 46 et 47), le pays hôte pourrait envisager de mettre en place des structures spécialisées pour examiner périodiquement ou systématiquement la méthodologie utilisée et fixer des paramètres appropriés à cet effet. Il convient toutefois de noter que l'utilité et l'exactitude de l'évaluation dépendent de la disponibilité de comparateurs du secteur public (qui peut être limitée dans les pays ayant peu d'expérience en matière de PPP ou de pratiques de comptabilité et de gestion administratives avancées, comme certains pays en développement) et de leur fiabilité. En outre, certaines autorités publiques pourraient être incapables d'analyser précisément le « rapport qualité-prix », faute de données complètes ou en nombre suffisant pour entreprendre l'évaluation. De plus, l'efficacité de l'entité gouvernementale devant servir de comparateur du secteur public aurait une incidence importante sur les coûts du projet, et l'autorité contractante pourrait ne pas avoir les capacités voulues pour prendre en compte adéquatement les performances du secteur public dans le cadre d'une analyse comparative. Ces limites potentielles soulignent l'importance de veiller à ce que l'autorité contractante ou les autres organismes chargés de la planification des PPP disposent des ressources humaines et techniques nécessaires pour mener à bien l'évaluation. L'État sera également bien avisé de se tenir au courant des normes et directives

internationales en vigueur pour que l'évaluation du rapport qualité-prix soit adéquate¹.

12. La structure de financement de la plupart des projets de PPP impose plus encore de disposer d'une confirmation précise et réaliste de la justification économique du projet. Autrefois, le financement d'un projet d'infrastructure par l'emprunt se faisait en sollicitant des crédits auprès des promoteurs du projet, d'organismes de crédit à l'exportation multilatéraux et nationaux, des pouvoirs publics et d'autres tiers. Ces sources traditionnelles n'ont toutefois pas pu faire face aux besoins croissants de capitaux pour les infrastructures et, de fait, le financement des PPP est de plus en plus souvent assuré par un financement de projet.

13. Le financement de projet comme mode de financement vise à établir la solvabilité propre du partenaire privé avant même le début des travaux de construction ou la génération de recettes, et à emprunter en se fondant sur cette solvabilité. Des commentateurs ont fait observer que le financement de projet pouvait être un moyen de mobiliser la masse de capitaux théoriquement disponibles sur les marchés financiers pour les investir dans les infrastructures et les services. Toutefois, d'un point de vue financier, ce type de financement présente des caractéristiques particulières et contraignantes. La plus importante est que, dans une structure de ce type, le remboursement des parties au financement dépend essentiellement des actifs et des flux de trésorerie du partenaire privé. Si le projet échoue, les parties n'auront aucun recours, ou qu'un recours limité, pour se faire rembourser sur les fonds d'un promoteur du projet ou d'un autre tiers (voir aussi « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 56 et 57).

14. La méthodologie financière qui sous-tend le financement de projet exige une projection précise des dépenses d'investissement, recettes et coûts, frais, taxes et engagements liés au projet. Pour prévoir ces montants avec précision et certitude, et pour créer un modèle financier pour le projet, il est généralement nécessaire de partir d'une « hypothèse de base » pour les recettes, coûts et frais du partenaire privé sur une longue période – souvent vingt ans ou plus –, afin de déterminer le montant des emprunts et des fonds propres que l'on peut envisager. La détermination et la quantification des risques sont deux éléments fondamentaux de cette

¹ Pour aider les gouvernements à identifier et sélectionner très tôt les projets susceptibles d'être exécutés dans le cadre de PPP, la Commission économique et sociale des Nations Unies pour l'Asie et le Pacifique (CESAP) a conçu la boîte à outils qualitative relative au rapport qualité-prix des PPP, à savoir un instrument en ligne permettant aux gouvernements et aux autorités publiques de bien sélectionner les projets PPP en se fondant sur le rapport qualité-prix. La boîte à outils est disponible à l'adresse suivante : <https://ppp.unescap.org/>. Voir aussi Banque mondiale, 2017, *Public-Private Partnerships : Reference Guide Version 3*, Section 3.2.4, *Assessing Value for Money of the PPP*. Banque mondiale, Washington, D.C. © Banque mondiale ; Institut de la Banque mondiale ; Public-Private Infrastructure Advisory Facility, 2013. *Value-for-Money Analysis-Practices and Challenges: How Governments Choose When to Use PPP to Deliver Public Infrastructure and Services*. Banque mondiale, Washington, D.C. © Banque mondiale.

analyse. C'est pourquoi la détermination, l'évaluation, la répartition et l'atténuation des risques sont, d'un point de vue financier, au cœur même de ce type de financement. En effet, la répartition des risques est fondamentale pour tous les PPP, et il faut absolument, avant de rédiger un contrat, parfaitement comprendre les arrangements en la matière. La bonne application des principes de répartition des risques détermine si un projet de PPP donné sera susceptible d'attirer des financements et s'il sera viable tout au long de son cycle de vie. (On trouvera aux paragraphes 23 à 45 de la section C une présentation succincte des risques les plus courants dans les PPP et un examen général de la répartition des risques.)

2. *Évaluation des incidences budgétaires*

15. S'il importe d'exiger une confirmation précise et réaliste de la justification économique du projet avant de lancer la mise en œuvre d'un projet de PPP, c'est aussi pour éviter que le secteur public n'encoure des coûts inattendus (« risque budgétaire »). Dans de nombreux pays, des projets d'investissement ont été réalisés sous forme de PPP non pas pour des raisons d'efficacité, mais pour contourner les contraintes budgétaires et reporter l'enregistrement des coûts budgétaires liés à la fourniture de services d'infrastructure. C'est ainsi que certains États ont réalisé des projets qui ne pouvaient pas être financés dans le cadre de leur budget ou qui exposaient les finances publiques à des risques budgétaires excessifs sous la forme d'engagements conditionnels mal évalués et inadéquatement pris en compte. Il est donc souhaitable que l'autorité contractante ou toute entité centrale ayant la responsabilité globale de la politique en matière de PPP (voir ci-dessous, par. 47) évalue à un stade précoce les coûts et les risques budgétaires potentiels découlant d'un projet de PPP envisagé, si cette évaluation ne faisait pas déjà partie intégrante de l'analyse obligatoire du « rapport qualité-prix » (voir par. 6 à 14). Une évaluation approfondie des risques budgétaires devrait tenir compte d'un large éventail de facteurs susceptibles d'affecter l'équilibre financier global du projet (voir ci-dessous, par. 23 à 36), ainsi que des possibilités de répartition des risques par le biais des droits et obligations contractuellement convenus (voir ci-dessous, par. 37 à 45). En outre, afin de bien estimer les résultats attendus et les implications budgétaires du projet tout au long de son cycle de vie, l'évaluation doit prendre en compte au moins les quatre principales variables des projets de PPP suivantes :

a) *Qui est à l'origine du projet ?* Les principaux indicateurs budgétaires (déficit et dette) ont des répercussions différentes en fonction de l'entité publique qui est responsable en dernier ressort du projet (par exemple l'administration centrale ou une administration locale, une entreprise publique, etc.) ;

b) *Qui contrôle l'actif ?* La probabilité et l'ampleur du risque budgétaire varient en fonction de la capacité qu'a l'administration de contrôler l'actif lié au PPP – que ce soit par la propriété, la location, le droit d'utilisation ou un autre droit ;

c) *Qui, au bout du compte, assure le paiement de l'infrastructure ?* La structure de financement du projet (c'est-à-dire les réponses aux questions de savoir si l'État assure le paiement de l'ouvrage ou du système en utilisant des fonds publics ; si le partenaire privé perçoit des redevances directement auprès des utilisateurs de l'ouvrage ou du système ; ou si le montage fait intervenir des éléments des deux structures) est déterminante pour ce qui est d'estimer l'incidence du projet sur les principaux agrégats budgétaires ;

d) *L'État fournit-il un soutien supplémentaire au projet ?* L'État peut financer directement les projets de PPP, mais il peut aussi les appuyer de diverses manières, notamment par l'apport de garanties, de fonds propres, ou d'avantages fiscaux et douaniers (voir ci-dessous, par. 56 à 86). Il est fondamental d'effectuer dès l'abord une telle estimation des incidences budgétaires de l'éventuel appui que l'administration pourrait apporter à un projet de PPP, y compris le coût de mesures d'appui telles que l'acquisition forcée de terrains pour la réalisation du projet, afin d'éviter l'exposition du secteur public à des engagements illimités et de garantir une disponibilité à long terme des ressources publiques favorisant la viabilité de la stratégie et des politiques nationales en matière de développement des infrastructures.

16. Les États disposent de divers outils et méthodes pour effectuer cette évaluation. Le Fonds monétaire international et la Banque mondiale ont mis au point un outil d'analyse pour les aider à quantifier les incidences macro-budgétaires des projets de PPP. Destiné essentiellement aux bureaux responsables des PPP au sein des ministères des finances, le P-FRAM (modèle d'évaluation des risques budgétaires liés aux PPP) utilise des logiciels standard pour traiter les données spécifiques au projet ainsi que les données macroéconomiques et générer automatiquement des produits normalisés, y compris : a) les flux de trésorerie du projet ; b) des tableaux et graphiques budgétaires correspondant à la fois à la comptabilité de caisse et à la comptabilité d'exercice ; c) une analyse de viabilité de la dette à la fois dans le cadre du projet de PPP et en dehors ; d) une analyse de sensibilité des principaux agrégats budgétaires face aux variations des paramètres macroéconomiques et des facteurs propres au projet ; et e) une brève matrice des risques associés au projet².

3. *Évaluation de l'impact sur la prospérité économique et la société*

17. L'analyse du rapport qualité-prix vise à permettre aux autorités compétentes de prendre une décision préliminaire éclairée sur la question de savoir si un PPP représente une option efficace et économiquement justifiable face à d'autres modalités de réalisation d'un projet donné par la passation de marchés publics. Le fait

² Le P-FRAM est disponible à l'adresse <http://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/#5>.

que les résultats de l'analyse du rapport qualité-prix soient négatifs ne signifie pas nécessairement que le projet en tant que tel n'est pas réalisable, mais cela devrait inciter l'autorité contractante à envisager des options plus abordables qu'un PPP. De même, le fait qu'un projet proposé présente un bon rapport qualité-prix ne signifie pas nécessairement qu'il devrait être réalisé par le biais d'un PPP. L'administration concernée doit être convaincue que le projet répond à l'ensemble de ses besoins et stratégies en matière de développement des infrastructures et des services publics (voir chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 17 et 18), ainsi que, plus largement, à ses politiques économiques et sociales, en tenant dûment compte des engagements pris en vue de la réalisation de ses objectifs de développement durable.

18. En effet, pour aussi essentielle qu'elle soit, l'analyse du rapport qualité-prix met l'accent sur des paramètres monétairement quantifiables de bonne gouvernance dans le développement d'infrastructures et de services publics. Afin d'évaluer pleinement aussi bien les avantages que les risques potentiels d'un PPP, l'administration devrait envisager de procéder à une autre évaluation du projet. Premièrement, d'un point de vue purement financier, les autorités concernées pourraient souhaiter calculer, outre les flux de trésorerie, l'incidence de la disponibilité de l'infrastructure concernée, ainsi que le rendement de l'investissement. Deuxièmement, les projets de PPP étant par nature très importants pour le public de par leur taille et les services rendus, l'impact social du projet devrait être abordé par l'autorité publique au cours de la phase préparatoire. Une évaluation devrait être effectuée pour prévoir et recenser les moyens d'atténuer les incidences négatives et renforcer les effets positifs pour les communautés locales et la société. Il est particulièrement important que l'administration examine la conformité du projet (qu'il soit réalisé ou non sous forme de PPP) aux objectifs de développement durable des Nations Unies pertinents. Il est recommandé d'évaluer dès le stade de la planification la viabilité du projet et ses impacts environnementaux, économiques et sociaux. Du point de vue de la bonne gouvernance et de la transparence, il est en outre souhaitable de prendre en considération à ce stade les intérêts des partenaires non commerciaux et des parties prenantes – éventuellement par le biais d'un mécanisme de consultation adéquat – afin d'encourager le public à soutenir le projet et de réduire le risque de contestations ou même de litiges ultérieurement.

4. *Étude d'impact sur l'environnement*

19. L'analyse de l'impact d'un projet sur la prospérité économique et la société devrait être complétée par une évaluation approfondie de son impact environnemental. Cette étude d'impact devrait recenser les risques environnementaux, tenir compte des préoccupations environnementales dans la planification et la mise en œuvre du projet et promouvoir le développement durable. La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement demande expressément qu'une étude

d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, soit entreprise « dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendant de la décision d'une autorité nationale compétente »³. Lorsqu'un projet pourrait par ailleurs avoir des « effets transfrontières sérieusement nocifs sur l'environnement », les États sont en outre invités à « prévenir suffisamment à l'avance les États susceptibles d'être affectés » et à « mener des consultations avec ces États rapidement et de bonne foi »⁴. Ce type d'études d'impact sur l'environnement des projets risquant d'avoir un impact préjudiciable important dans un contexte transfrontière, notamment sur des ressources partagées, sont désormais bien acceptées par les États et peuvent être considérées comme une exigence du droit international général. L'étude d'impact sur l'environnement (EIE) est un processus systématique destiné à identifier et à évaluer les conséquences, les effets et les impacts environnementaux potentiels (ainsi que, dans une moindre mesure, les impacts sociaux et économiques) d'un projet envisagé, de telle sorte que des informations puissent être fournies aux décideurs et aux autres parties prenantes en vue de minimiser, d'atténuer ou d'éliminer complètement tout impact négatif potentiel découlant du projet de développement proposé⁵. Les principes de bonne gouvernance et de transparence en matière d'environnement exigent que le processus d'EIE soit ouvert et inclusif, et qu'il repose pour cela sur un mécanisme qui garantit l'accès à l'information et la participation de toutes les parties prenantes potentiellement concernées au processus décisionnel, conformément aux normes internationales pertinentes⁶.

20. Il est essentiel de réaliser une EIE, pour s'assurer que les projets sont durables et n'ont pas d'effets négatifs aussi bien sur les êtres humains que sur l'environnement naturel (si besoin est, on mettra en place des mesures d'atténuation pour enrayer de tels effets). L'EIE devrait aider à comprendre les conséquences ou les incidences des projets proposés sur l'environnement et à identifier les moyens de les améliorer,

³Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992) (A/CONF/151/26 (vol. I), annexe I « Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement », Principe 17.

⁴Ibid., Principe 19. Dans certaines régions, cette obligation a fait l'objet d'un cadre juridique conventionnel, comme la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Espoo, Finlande, 25 février 1991), négociée sous les auspices de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1989, p. 309).

⁵Programme des Nations Unies pour l'environnement, *An Introduction to Environmental Assessment*, 2015, p. 23 (http://apps.unep.org/publications/index.php?option=com_pub&task=download&file=011945_en).

⁶Par exemple, la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus), négociée sous les auspices de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe et adoptée à la quatrième Conférence ministérielle « Un environnement pour l'Europe » (Aarhus, Danemark, 25 juin 1998), exige des États Parties qu'ils garantissent les droits d'accès à l'information, de participation du public au processus décisionnel et d'accès à la justice en matière d'environnement afin de contribuer à protéger le droit de chacun, dans les « générations présentes et futures », de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 2161, p. 447).

par exemple en minimisant les impacts environnementaux négatifs. À cette fin, elle devrait examiner et évaluer l'impact que le projet proposé est susceptible d'avoir sur le milieu naturel, l'environnement local et les communautés locales et définir les mesures nécessaires pour éviter, réduire ou compenser les effets environnementaux après la mise en œuvre du projet. Ces mesures devraient se traduire par des obligations correspondantes pour le partenaire privé à la fois pendant la phase de construction et pendant l'exploitation du projet (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 85, 91 et 92). Il est de plus en plus important que les EIE comportent une évaluation de l'obsolescence probable des ouvrages ou de la technologie qui leur est liée ; il convient également d'élaborer un plan de démantèlement respectueux de l'environnement et d'intégrer des mesures de démantèlement dans le contrat de PPP (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 68 et 69).

5. *Impact sur la concurrence*

21. L'autorité contractante doit également examiner au stade de la planification l'opportunité d'accorder au partenaire privé des droits exclusifs pour l'exploitation de l'infrastructure ou la prestation du service concerné, voire se demander si ledit partenaire pourrait effectivement avoir besoin d'une telle exclusivité pour garantir le recouvrement de son investissement initial. Dans le cadre de cette évaluation préliminaire, il faudrait s'interroger sur l'étendue géographique de l'exclusivité (au cas où des droits exclusifs seraient accordés) et prendre en compte la politique nationale applicable au secteur concerné (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 28 à 36 et chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 19, 20 et 24 à 28). La question de l'exclusivité joue un rôle central dans l'évaluation d'une part de la viabilité financière et commerciale et d'autre part des incidences économiques et sociales du projet. D'un point de vue pratique, l'exclusivité constitue l'une des dispositions fondamentales du contrat (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 99 à 102) et elle affecte également le niveau de soutien gouvernemental dont le partenaire privé pourrait avoir besoin (voir sect. E, Soutien des pouvoirs publics, al. f, Protection contre la concurrence).

22. L'autorité contractante devrait examiner soigneusement l'impact macroéconomique et les inconvénients qui peuvent être liés à l'octroi de droits exclusifs au partenaire privé ainsi que les coûts économiques globaux que peut représenter l'élimination de la concurrence. Dans la mesure où les partenaires privés peuvent tenir à l'exclusivité, le risque de collusion et de corruption dans ce contexte peut être particulièrement élevé. Les lois et les règlements peuvent établir des paramètres appropriés en matière d'exclusivité, et ils devraient généralement prévoir l'obligation, pour l'autorité contractante, de justifier toute recommandation visant à accorder des droits exclusifs.

C. Risques de projet et leur répartition

23. La répartition précise des risques entre les différentes parties concernées est généralement déterminée après l'examen d'un certain nombre de facteurs, y compris l'intérêt du public pour la mise en place de l'infrastructure en question et le niveau de risque assumé par le partenaire privé et par d'autres investisseurs et prêteurs (ainsi que leur capacité et leur volonté d'absorber ces risques à un coût acceptable). Une répartition adéquate des risques est indispensable pour réduire le coût des projets et garantir la réussite de leur exécution. Inversement, une répartition insatisfaisante des risques peut compromettre la viabilité financière du projet ou entraver sa gestion efficace, augmentant ainsi le coût auquel le service est offert.

24. Telle qu'elle est utilisée dans le présent chapitre, la notion de « risques de projet » renvoie aux circonstances qui, de l'avis des parties, pourraient avoir un impact négatif sur le bénéfice qu'elles escomptent tirer du projet. Si certains événements peuvent représenter un risque grave pour la plupart des parties (destruction physique de l'ouvrage par une catastrophe naturelle, par exemple), l'exposition de chaque partie au risque variera en fonction du rôle que celle-ci joue dans le projet.

25. L'expression « répartition des risques » revient à déterminer quelle(s) partie(s) doi(ven)t assumer les conséquences de la survenue d'événements identifiés comme présentant des risques pour le projet. Cela fait généralement l'objet de négociations entre les parties, bien que la réglementation, les politiques ou les directives administratives d'un pays établissent souvent des paramètres pour la répartition de certains risques. L'accord des parties à cet égard se traduit ensuite en droits et obligations énoncés dans le contrat de PPP. Par exemple, s'il doit livrer à l'autorité contractante l'ouvrage doté de certains équipements en état de fonctionnement, le partenaire privé assume le risque que l'équipement ne fonctionne pas conformément aux spécifications convenues. L'existence de ce risque peut, à son tour, avoir une série de conséquences pour le partenaire privé, y compris la mise en jeu de sa responsabilité pour non-respect d'une obligation contractuelle en vertu du contrat de PPP ou du droit applicable (par exemple, versement de dommages-intérêts à l'autorité contractante au titre du retard dans la mise en exploitation de l'ouvrage) ; certaines pertes (par exemple, perte de recettes résultant de la mise en exploitation tardive de l'ouvrage) ; ou des coûts supplémentaires (par exemple, frais de réparation d'équipements défectueux ou de fourniture d'équipements de substitution).

26. La partie assumant un risque donné peut prendre des mesures préventives en vue de limiter la probabilité de ce risque ainsi que des mesures spécifiques pour se protéger, intégralement ou partiellement, contre ses conséquences. Ces mesures sont souvent dites d'« atténuation des risques ». Dans le précédent exemple, le

partenaire privé examinera soigneusement la fiabilité des équipementiers et la technologie proposée. Il pourra exiger de ses équipementiers qu'ils apportent des garanties indépendantes concernant le fonctionnement de leurs équipements. Le fournisseur peut également être tenu de verser au partenaire privé des pénalités ou des dommages-intérêts fixés contractuellement pour les conséquences du non-fonctionnement de ses équipements. Dans certains cas, une chaîne plus ou moins complexe d'arrangements contractuels peut être établie pour atténuer les conséquences d'un risque de projet. Par exemple, le partenaire privé peut combiner les garanties offertes par l'équipementier avec une assurance commerciale couvrant certaines conséquences de l'interruption de son activité en raison du non-fonctionnement des équipements.

1. *Aperçu des principales catégories de risques de projet*

27. À des fins d'illustration, les paragraphes suivants offrent un aperçu des principales catégories de risques de projet et donnent des exemples de certains arrangements contractuels utilisés pour répartir et atténuer ces risques. Pour un examen plus poussé de ce sujet, il est conseillé au lecteur de consulter d'autres sources d'information telles que le *Guide de l'ONUDI sur les projets CET*⁷.

a) *Interruption d'un projet en raison d'événements échappant au contrôle des parties*

28. Les parties courent le risque que le projet soit interrompu par des événements imprévus ou extraordinaires échappant à leur contrôle et pouvant être de nature physique, comme des catastrophes naturelles (inondations, tempêtes, tremblements de terre) ou résulter de l'action de l'homme (guerres, émeutes ou attentats terroristes). Ces événements imprévus ou extraordinaires peuvent entraîner une interruption temporaire de l'exécution du projet ou de l'exploitation de l'ouvrage, provoquant des retards de construction et diverses pertes (notamment de recettes). Des événements graves peuvent causer des dommages physiques à l'ouvrage, voire des destructions irréparables (pour un examen des conséquences juridiques de la survenue de tels événements, voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 145 à 154).

b) *Interruption d'un projet en raison d'actes préjudiciables des pouvoirs publics (« risque politique »)*

29. Le partenaire privé et les prêteurs courent le risque que l'exécution du projet subisse les effets négatifs d'actes de l'autorité contractante, d'une autre entité publique ou de l'organe législatif du pays hôte. Souvent qualifiés de « politiques », ces risques peuvent être classés en trois grandes catégories : risques politiques

⁷ Voir « Introduction et informations générales sur les PPP », note de bas de page n° 2.

« traditionnels » (par exemple, nationalisation des avoirs du partenaire privé ou imposition de nouvelles taxes compromettant l'aptitude de celui-ci à rembourser ses prêts et à amortir ses investissements) ; risques réglementaires (par exemple, introduction de normes plus rigoureuses de prestation des services ou ouverture d'un secteur à la concurrence) et risques « quasi commerciaux » (par exemple, non-respect de ses engagements par l'autorité contractante ou interruptions du projet dues à un changement des priorités et des plans de l'autorité contractante) (pour un examen des conséquences juridiques de la survenue de tels événements, voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 131 à 134). Outre ceux qui sont liés au pays hôte, certains autres risques politiques peuvent résulter d'actes d'un gouvernement étranger (blocus, embargo ou boycottage imposés par le gouvernement du pays d'origine des investisseurs).

c) Risques de construction et d'exploitation

30. Les principaux risques encourus par les parties pendant la phase de construction sont le risque que l'ouvrage ne puisse pas être achevé ou livré conformément au calendrier convenu (risque d'achèvement) ; que les coûts de construction dépassent les estimations initiales (risque de dépassement des coûts de construction) ; ou que l'ouvrage, une fois achevé, ne réponde pas aux critères de performance (risque de performance). De même, pendant la phase d'exploitation, les parties courent le risque que l'ouvrage achevé ne puisse être efficacement exploité ou maintenu pour produire la capacité, le produit ou le rendement escomptés (risque de performance) ; ou que les coûts d'exploitation dépassent les estimations initiales (risque de dépassement des coûts d'exploitation). On notera que les risques de construction et d'exploitation ne touchent pas seulement le secteur privé. L'autorité contractante et les usagers du pays hôte peuvent être gravement touchés par une interruption de la fourniture de services nécessaires. Les pouvoirs publics, en tant que représentant de l'intérêt général, se préoccupent habituellement des risques liés à la sûreté ou des dommages causés à l'environnement par une exploitation défectueuse de l'infrastructure.

31. Certains de ces risques peuvent être occasionnés par le partenaire privé ou par ses entrepreneurs ou fournisseurs. Par exemple, le dépassement des coûts de construction et les retards dans l'achèvement peuvent être le résultat de pratiques de construction inefficaces, de gaspillages, d'une mauvaise budgétisation ou d'un manque de coordination entre les entrepreneurs. Le fait que l'ouvrage ne réponde pas aux critères de performance peut également être le résultat d'une mauvaise conception, d'une inadaptation des techniques utilisées ou d'équipements défectueux livrés par les fournisseurs du partenaire privé. Pendant la phase opérationnelle, les défauts de fonctionnement peuvent être la conséquence, par exemple, d'une maintenance défectueuse de l'ouvrage ou de l'exploitation négligente d'équipements mécaniques. Le dépassement des coûts d'exploitation peut aussi être la conséquence d'une mauvaise gestion.

32. D'autres risques de construction et d'exploitation peuvent résulter de mesures spécifiques prises par l'autorité contractante, par d'autres autorités publiques, voire par l'organe législatif du pays hôte. Les défauts d'exécution ou les dépassements de coûts peuvent être la conséquence de l'insuffisance des spécifications techniques fournies par l'autorité contractante lors de l'attribution du contrat de PPP. Les retards et les dépassements de coûts peuvent également découler de l'action (ou de l'inaction) de l'autorité contractante à la suite de l'attribution du contrat (retards dans l'obtention des autorisations et permis, surcoûts causés par une évolution des besoins du fait d'une planification déficiente, interruptions causées par des organismes de contrôle ou livraison tardive du terrain sur lequel l'ouvrage doit être construit). Des mesures législatives ou réglementaires générales (normes de sécurité ou de travail plus rigoureuses) peuvent également accroître les coûts de construction ou d'exploitation. Des déficits de production peuvent être provoqués par la non-livraison des fournitures nécessaires (par exemple, électricité ou gaz) par les pouvoirs publics.

d) Risques commerciaux

33. Les « risques commerciaux » ont trait à la possibilité que le projet ne puisse générer les recettes escomptées, en raison d'une évolution des prix du marché ou d'une variation de la demande des biens et services qu'il produit. Ces deux formes de risque commercial peuvent gravement limiter la capacité du partenaire privé d'assurer le service de sa dette et compromettre la viabilité financière du projet.

34. Les risques commerciaux varient grandement en fonction du secteur et du type de projet. Le risque peut être considéré comme minime ou modéré lorsque le partenaire privé a un monopole sur le service concerné ou lorsqu'il fournit un client unique en vertu d'un accord d'écoulement permanent. En revanche, les risques commerciaux peuvent être considérables pour des projets qui dépendent de recettes liées au marché, notamment lorsqu'en raison de l'existence d'installations ou de sources d'approvisionnement concurrentes, il est difficile d'établir une prévision fiable de l'usage ou de la demande. Cela peut être le cas, en particulier, de projets de routes payantes affrontant la concurrence de routes gratuites. En fonction de la facilité avec laquelle les conducteurs peuvent accéder à des routes gratuites, les recettes des péages peuvent être difficiles à prévoir, surtout dans des zones urbaines où il peut exister de nombreux itinéraires concurrents et où des routes peuvent être construites ou améliorées en permanence. De surcroît, la circulation est encore plus difficile à prévoir pour de nouvelles routes payantes, surtout lorsqu'elles ne complètent pas un système existant d'ouvrages à péages, car il n'y a pas de modèle de circulation pouvant servir de base actuarielle.

e) Taux de change et autres risques financiers

35. Le risque de change a trait à la possibilité que des mouvements des taux réduisent la valeur de change des liquidités tirées du projet. Les droits et redevances

perçus auprès des usagers ou clients locaux seront vraisemblablement réglés en monnaie locale alors que les prêts et, parfois, les dépenses d'équipement ou de carburant pourront être libellés en devises étrangères. Ce risque peut être considérable, car les taux de change sont particulièrement instables dans de nombreux pays en développement ou à économie en transition. Outre ces fluctuations, le partenaire privé court le risque qu'un contrôle des changes ou une pénurie des réserves de devises étrangères limite l'offre, sur le marché local, des devises dont il a besoin pour assurer le service de sa dette ou rembourser l'investissement initial.

36. Un autre risque pesant sur le partenaire privé a trait à la possibilité que les taux d'intérêt augmentent, le forçant à assumer des coûts de financement supplémentaires. Ce risque peut être élevé pour les projets d'infrastructure étant donné l'importance des emprunts (de manière générale) et la durée des projets, certains prêts s'étendant sur plusieurs années. Les prêts sont souvent consentis à un taux d'intérêt fixe (obligation à taux fixe, par exemple) pour réduire le risque lié aux taux d'intérêt. En outre, le montage financier peut comprendre des mécanismes de couverture du risque lié aux taux d'intérêt revêtant, par exemple, la forme d'échanges ou de plafonnements des taux d'intérêt.

2. Arrangements contractuels pour la répartition et l'atténuation des risques

37. Il découle de ce qui précède que les parties doivent tenir compte de nombreux facteurs pour répartir efficacement les risques de projet. C'est pourquoi il n'est généralement pas souhaitable de prévoir des dispositions réglementaires qui limiteraient de façon injustifiée la capacité des négociateurs de répartir les risques de façon équilibrée et adaptée à chaque projet. Néanmoins, il peut être utile que l'État donne des lignes directrices générales aux responsables intervenant au nom des autorités contractantes locales, par exemple en formulant des principes indicatifs sur la répartition des risques.

38. Les lignes directrices pratiques données aux autorités contractantes dans un certain nombre de pays font souvent référence aux principes généraux de la répartition des risques de projet. L'un de ces principes veut que les risques spécifiques soient normalement supportés par la partie la mieux à même de les évaluer, de les contrôler et de les gérer. D'autres principes prévoient de faire supporter les risques de projet à la partie ayant les meilleures possibilités de couverture (à savoir mécanismes d'investissement permettant de compenser les pertes subies dans une opération en réalisant un profit simultané dans une autre opération) ou ayant la plus grande aptitude à diversifier les risques ou à les atténuer au moindre coût. En pratique, toutefois, la répartition des risques dépend souvent à la fois de considérations de politique générale (intérêt général du projet ou somme des risques pris par l'autorité contractante au titre de divers projets, par exemple) et du pouvoir de

négociation des parties. En outre, il est important, pour répartir les risques, de prendre en compte la solidité financière des parties qui seront amenées à supporter un risque spécifique et leur aptitude, au cas où ce risque se concrétiserait, à en assumer les conséquences.

39. C'est habituellement le partenaire privé et ses entrepreneurs qui assument les risques ordinaires liés à la construction et à l'exploitation de l'infrastructure. Ainsi, les risques d'achèvement, de dépassement des coûts et autres risques qui existent généralement lors de la phase de construction sont habituellement supportés par le ou les constructeurs en vertu d'un contrat de construction clefs en main, par lequel le constructeur assume l'entière responsabilité de la conception et de la construction de l'ouvrage pour un prix et une date donnés et en respectant des spécifications techniques particulières (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 78). Le constructeur est généralement tenu de verser des dommages-intérêts fixés contractuellement ou une amende pour tout retard. En outre, il est généralement tenu de fournir une garantie de bonne exécution telle qu'une garantie bancaire ou un cautionnement. Chaque équipementier est également tenu, en règle générale, de fournir des garanties quant aux caractéristiques techniques de son matériel. Les garanties de bonne exécution fournies par les entrepreneurs et les équipementiers sont souvent complétées par des garanties similaires fournies par le partenaire privé au bénéfice de l'autorité contractante. De même, le partenaire privé atténue habituellement son risque d'exploitation en concluant un contrat d'exploitation et de maintenance par lequel la société d'exploitation s'engage à fournir le produit exigé et à assumer la responsabilité en cas de défaillances d'exploitation. Dans la plupart des cas, des arrangements de ce type sont indispensables à la réussite du projet. Les prêteurs, quant à eux, s'efforceront de se mettre à l'abri des conséquences de ces risques en exigeant, par exemple, la cession du produit de toute caution émise pour garantir le travail de l'entrepreneur. Les accords de prêt prévoient en général que le produit de cautionnements soit déposé sur un compte gagé au profit des prêteurs (à savoir un « compte séquestre ») à titre de garantie contre les détournements de fonds dont le partenaire privé pourrait se rendre responsable ou les saisies que pourraient opérer des tiers (par exemple, d'autres créanciers). Néanmoins, les fonds versés au titre de ces cautionnements sont mis régulièrement à la disposition du partenaire privé selon les besoins pour couvrir les frais des réparations ou les dépenses de fonctionnement ou autres.

40. L'autorité contractante, de son côté, devra supporter les risques relatifs à des événements dépendant d'elle, comme la fourniture de spécifications techniques insuffisantes lors du processus de sélection ou un retard dû à la non-fourniture en temps voulu du matériel prévu. Elle peut aussi être amenée à assumer les conséquences de perturbations dues à des actes des pouvoirs publics en acceptant, par exemple, de dédommager le partenaire privé en cas de diminution des recettes liée à des mesures de contrôle des prix (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre

juridique et contrat de PPP », par. 42). Si certains risques politiques peuvent être atténués en contractant une assurance, l'obtention d'une telle assurance, en supposant qu'elle soit possible dans le pays concerné, ne le sera peut-être pas à un coût acceptable. Ainsi, les investisseurs et prêteurs potentiels pourraient s'adresser aux pouvoirs publics afin, par exemple, d'obtenir des garanties contre l'expropriation ou la nationalisation et l'assurance d'être convenablement dédommagés au cas où de telles mesures seraient prises (voir par. 76). En fonction de leur évaluation du niveau de risque encouru dans le pays hôte, les investisseurs et prêteurs potentiels ne voudront peut-être pas s'engager dans un projet sans recevoir de telles assurances ou garanties.

41. La plupart des risques de projet auxquels il est fait allusion dans les paragraphes ci-dessus peuvent, dans une certaine mesure, être considérés comme contrôlables par l'une ou l'autre partie. Cela dit, de très nombreux risques de projet tiennent à des événements sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle ou qui sont imputables aux actes de tiers, et il peut donc être nécessaire d'appliquer d'autres principes de répartition des risques.

42. Par exemple, le partenaire privé pourrait s'attendre à ce que le risque lié aux taux d'intérêt ainsi que le risque d'inflation soient supportés par les utilisateurs finals ou les clients de l'infrastructure par le biais d'une hausse des tarifs, mais ce n'est pas toujours faisable, pour des raisons liées au marché ou pour cause de contrôle des prix. La structure tarifaire négociée entre l'autorité contractante et le partenaire privé définira la mesure dans laquelle ce dernier sera dispensé de supporter ces risques ou devra en absorber une partie (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 40 à 50).

43. Une autre catégorie de risques pouvant être répartis selon différentes modalités regroupe les risques liés à des événements extérieurs au projet tels que guerres, troubles civils, catastrophes naturelles ou autres, sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle. Dans le cas de projets d'infrastructure traditionnels, réalisés par le secteur public, l'entité publique concernée supporte généralement le risque, par exemple, de destruction de l'ouvrage par une catastrophe naturelle ou par un événement analogue, dans la mesure où ce risque ne peut être assuré. Dans le cas de projets de PPP, les pouvoirs publics préféreront peut-être que ce type de risques soit supporté par le partenaire privé. Toutefois, selon la façon dont il évalue ces risques particuliers dans le pays hôte, le secteur privé peut ne pas être disposé à les supporter. Il n'existe donc pas, en pratique, de solution unique pour couvrir cette catégorie de risque, et des arrangements spéciaux sont souvent conclus pour chacun d'eux. Ainsi, les parties peuvent convenir que la survenue d'un de ces événements dispense la partie affectée des conséquences d'un défaut d'exécution prévues dans le contrat de PPP, auquel cas des arrangements contractuels prévoient des solutions à certaines des conséquences néfastes de ces événements, comme l'extension du contrat en vue de compenser le retard dû auxdits événements, voire, dans certaines

circonstances, une forme de paiement direct (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 145 à 154 et chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 9 et 10). Ces arrangements seront complétés par une assurance commerciale contractée, s'il s'en trouve pour un coût abordable, par le partenaire privé (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 128 et 129).

44. Il peut également être nécessaire de négocier des arrangements spéciaux pour la répartition des risques commerciaux. Des projets de PPP tels que ceux portant sur les télécommunications mobiles ont généralement un potentiel relativement élevé de recouvrement des coûts directs et, dans la plupart des cas, on attend du partenaire privé qu'il supporte ces risques sans les partager avec l'autorité contractante et sans pouvoir recevoir d'appui des pouvoirs publics. Pour d'autres projets de PPP en matière d'infrastructure, comme les projets de centrale électrique, le partenaire privé peut revoir les arrangements contractuels passés avec l'autorité contractante ou une autre autorité publique en vue de réduire son exposition aux risques commerciaux en négociant, par exemple, des accords d'enlèvement à long terme qui lui garantissent des débouchés pour un prix défini. Les paiements peuvent refléter la consommation réelle ou la mise à disposition du produit, ou une combinaison d'éléments des deux variantes, et les tarifs applicables font généralement l'objet d'une clause de révision ou d'indexation visant à protéger la valeur réelle des recettes contre l'augmentation des coûts d'exploitation due au vieillissement de l'ouvrage (voir aussi chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 58 et 59). Enfin, il existe des projets à forte intensité de capital et au potentiel de recouvrement des coûts plus lent, comme les projets d'adduction d'eau ou de routes à péage, que le secteur privé ne voudra peut-être pas entreprendre sans une forme ou une autre de partage des risques avec l'autorité contractante par l'intermédiaire, par exemple, de garanties de recettes fixes ou de paiements convenus visant à rémunérer la mise à disposition de capacités, indépendamment de l'usage réel qui en est fait (voir aussi chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 53 à 57).

45. La répartition des risques convenue entre l'autorité contractante et le partenaire privé influera sur leurs droits et obligations mutuels, énoncés dans le contrat de PPP. Les possibles incidences législatives de certaines dispositions fréquentes dans les accords de projet sont abordées dans d'autres chapitres du *Guide* (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP » et V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP »). Divers autres accords seront également négociés par les parties en vue d'atténuer les risques ou de modifier leur répartition (par exemple, accords de crédit ; contrats de construction, de fourniture de matériel, d'exploitation et de maintenance ; accords directs entre l'autorité contractante et les prêteurs ; et accords d'enlèvement ou de fourniture de matériel à long terme, au besoin).

D. Coordination administrative

46. Selon la structure administrative du pays hôte, les PPP peuvent exiger l'intervention de plusieurs autorités publiques à différents niveaux de l'État. Par exemple, l'établissement des règlements régissant l'activité concernée peut relever en totalité ou en partie de la compétence d'une autorité publique située à un autre niveau que celle qui est chargée de fournir le service correspondant. Il se peut également que les fonctions réglementaires et opérationnelles soient regroupées au sein d'une seule entité, mais que le pouvoir d'octroyer des contrats publics soit centralisé et exercé par une autorité publique différente. Pour les projets où interviennent des investisseurs étrangers, il peut également arriver que certaines questions ressortent de la compétence d'un organisme chargé d'approuver les propositions d'investissements étrangers.

47. L'expérience internationale a montré l'intérêt qu'il y avait à confier à un organe central de l'administration du pays hôte la responsabilité à la fois de formuler la politique à suivre et de fournir des orientations pratiques concernant les PPP. Cet organe peut aussi être chargé de coordonner les apports des principales autorités publiques qui sont en relation avec le partenaire privé. Un tel arrangement peut toutefois être impossible dans certains pays, en raison de leur organisation administrative particulière. En pareil cas, d'autres mesures peuvent être envisagées pour assurer un niveau de coordination adéquat entre les diverses autorités publiques concernées, comme le montrent les paragraphes qui suivent.

1. Coordination des mesures préparatoires

48. Lorsque le futur projet a été identifié et qu'une analyse a permis de déterminer qu'un PPP était la meilleure modalité pour sa réalisation, c'est à l'État qu'il incombe de fixer le rang de priorité de ce projet et d'affecter des ressources (humaines et autres) à son exécution. Il est alors souhaitable que l'autorité contractante fasse le point sur les exigences législatives ou réglementaires existantes en matière d'exploitation d'infrastructures du type proposé afin de recenser les principales autorités publiques dont la contribution sera nécessaire à l'exécution du projet. Il importe également, à ce stade, d'envisager les mesures qui pourraient être requises pour que l'autorité contractante et les autres autorités publiques concernées s'acquittent des obligations auxquelles elles peuvent raisonnablement s'attendre dans le cadre du projet. Par exemple, l'État peut être amené à prendre des dispositions budgétaires prévisionnelles pour permettre à l'autorité contractante ou aux autres autorités publiques de faire face à des engagements financiers qui s'étendront sur plusieurs cycles budgétaires, tels que des engagements à long terme pour l'achat des produits du projet (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 55 à 59). En outre, un train de mesures administratives peut être nécessaire pour mettre en œuvre certaines formes d'aide au projet, telles que les

exonérations fiscales et la facilitation des formalités douanières (voir par. 77 à 80 ci-dessous), ce qui peut prendre beaucoup de temps.

2. *Préparatifs en vue de la sélection du partenaire privé*

49. Le choix du meilleur partenaire privé, qui sera à même de mettre en œuvre le projet en répondant pleinement aux attentes de l'autorité contractante, joue un rôle fondamental pour la réussite du projet. C'est pourquoi l'autorité contractante doit s'attacher le plus tôt possible à préparer une procédure de sélection appropriée pour assurer ce résultat (voir chap. III, « Attribution du contrat »). À l'instar de la plupart des lois modernes dans ce domaine, la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics laisse de manière générale à l'entité adjudicatrice la latitude de déterminer le meilleur rapport qualité-prix pour chaque passation de marché et de conduire la procédure de passation d'une manière permettant de l'obtenir. Plus précisément, conformément à cette Loi type, l'entité adjudicatrice jouit d'une grande liberté pour décider de ce qu'elle achète et déterminer ce qui sera jugé conforme à ses besoins (art. 10), qui peut participer et à quelles conditions (art. 9, 18 et 49) et les critères qui seront appliqués pour déterminer la soumission à retenir (art. 11). Ce niveau de souplesse est également souhaitable s'agissant de sélectionner un partenaire privé pour réaliser un projet de PPP.

50. Cependant, la souplesse ne signifie pas que l'autorité contractante devrait être libre de prendre ces décisions à tout moment ou de modifier la nature de la procédure sans motif valable. Au contraire, il est essentiel que, dès le stade de la planification, l'autorité contractante identifie et étudie en détail la procédure de sélection la mieux adaptée parmi celles qui sont prévues par la législation nationale générale en matière de marchés publics ou par les lois spécifiques sur les PPP (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 17 et 18). En effet, le choix de la procédure appropriée dépend d'un certain nombre d'aspects pratiques dont elle doit tenir compte conjointement lors de la phase de préparation du projet. Le choix du régime de PPP (voir chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 16), les modalités prévues pour la propriété et l'entretien de l'ouvrage (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 48 à 55), le modèle de paiement (à savoir facturation de frais aux usagers ou règlements effectués par l'administration, voire une combinaison de deux) et d'autres éléments essentiels de la conception du projet détermineront, par exemple, la mesure dans laquelle l'autorité contractante se penchera sur les aspects physiques des travaux et pourront, à leur tour, influencer la mesure dans laquelle elle souhaitera contrôler certains aspects techniques en préparant un ensemble de spécifications, ou si elle préférera permettre aux soumissionnaires de proposer leurs propres solutions de bout en bout pour atteindre les résultats escomptés. Différentes procédures de sélection peuvent exister et permettre de répondre aux préférences de l'autorité contractante (voir chap. III, « Attribution du contrat »).

51. L'autorité contractante devra également tenir compte d'aspects importants du processus d'attribution des marchés dès cette étape. Il lui faudra s'interroger quant au besoin ou à l'opportunité d'organiser une procédure de présélection, compte tenu du niveau de concurrence présent sur le marché et de la nécessité d'assurer une procédure de sélection robuste et transparente. Le cas échéant, elle devra examiner attentivement les critères de présélection à la lumière à la fois des résultats escomptés et de la nature du PPP envisagé. Elle devra également préparer des critères d'évaluation appropriés en vue de classer les propositions pour ensuite sélectionner le soumissionnaire offrant le meilleur rapport qualité-prix. D'un point de vue pratique, elle devra s'assurer qu'elle sera en mesure de disposer de l'expertise technique nécessaire pour évaluer les propositions, sur le plan tant technique que financier et commercial.

52. L'affinement des hypothèses de répartition des risques prises en compte lors de l'analyse du rapport qualité-prix et la détermination des conditions essentielles du contrat (y compris celles qui ne sont pas négociables) constitue une autre étape cruciale de la préparation pour l'autorité contractante ; il s'agit là d'un élément central du processus de sélection et de l'une des bases de comparaison des propositions reçues (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 75 à 79). Une fois le partenaire privé sélectionné, il faut souvent très longtemps pour conclure le contrat de PPP, ce qui augmente le coût global du projet. L'autorité contractante peut contribuer à raccourcir ce délai et à rendre les négociations finales plus structurées et plus efficaces en utilisant autant que possible des documents types qui, sur la base de l'expérience et de la pratique antérieures, reflètent les conditions essentielles du PPP (adaptés, bien entendu, aux circonstances du projet en question).

3. Mesures visant à faciliter la délivrance de licences et de permis

53. La législation peut jouer un rôle utile en facilitant la délivrance des licences et des permis qui peuvent être nécessaires dans le cours d'un projet (par exemple, autorisations dans le cadre de la réglementation des changes ; licences pour l'enregistrement du partenaire privé ; autorisations d'employer des étrangers ; droits d'enregistrement et de timbre pour l'utilisation ou la propriété de terrains ; licences d'importation de matériel et de fournitures ; permis de construire ; permis d'installation de câbles ou de conduites ; licences pour la mise en service de l'installation ; et attribution de fréquences pour les communications mobiles). Les licences ou les permis nécessaires peuvent relever de la compétence de divers organes à différents niveaux de l'administration et les délais nécessaires pour les obtenir peuvent être longs, en particulier lorsque les organes en question n'ont pas été associés au départ à la conception ou à la négociation du projet. Des retards dans la mise en service d'un projet d'infrastructure du fait de l'absence de licences ou de permis pour des raisons non imputables au partenaire privé risquent de majorer le coût du projet et le prix payé par les usagers.

54. Ainsi, il convient de déterminer très tôt les licences et les permis nécessaires pour un projet particulier afin d'éviter des retards dans la phase d'exécution. Une mesure susceptible d'améliorer la coordination dans la délivrance des licences et permis pourrait être d'habiliter un seul organe à recevoir les demandes de licences et de permis, à les transmettre aux organismes compétents et à contrôler la délivrance de la totalité des licences et permis énumérés dans la demande de propositions ainsi que de toute autre licence qui pourrait être introduite par des règlements ultérieurs. La loi peut également autoriser les organismes compétents à délivrer des licences et permis provisoires et prévoir un délai au-delà duquel ces derniers sont réputés être accordés à moins d'avoir été refusés par écrit.

55. Toutefois, il convient de noter que la répartition du pouvoir administratif entre les divers niveaux de l'État (par exemple, local, régional et central) reflète souvent les principes fondamentaux de l'organisation politique d'un pays. C'est pourquoi, dans certains cas, l'administration centrale n'est pas en mesure d'assumer la responsabilité de la délivrance de la totalité des licences et permis ou de confier cette fonction de coordination à un organisme unique. Dans de tels cas, il serait important de prendre des mesures pour éviter les retards qui pourraient résulter d'une telle répartition du pouvoir administratif, par exemple conclure des accords entre l'autorité contractante et les autres autorités publiques concernées afin de faciliter les procédures dans le cas d'un projet particulier, ou prendre d'autres mesures visant à assurer un degré de coordination satisfaisant entre les diverses autorités publiques concernées et à rendre le processus d'obtention des licences plus transparent et plus efficace. En outre, l'État pourrait peut-être envisager de donner l'assurance qu'il fera tout son possible pour aider le partenaire privé à obtenir les licences requises par la législation nationale, par exemple en fournissant des renseignements et une assistance aux soumissionnaires en ce qui concerne les licences requises ainsi que les procédures et conditions pertinentes. Sur le plan pratique, outre le besoin d'assurer la coordination entre les divers niveaux de l'État et les différentes autorités publiques, il est nécessaire de veiller à la cohérence de l'application des critères de délivrance des licences et à la transparence des procédures administratives.

E. Soutien des pouvoirs publics

56. La section C montre que les parties peuvent recourir à divers arrangements contractuels pour répartir et atténuer les risques de projet des PPP. Toutefois, ces arrangements ne suffisent peut-être pas toujours à inspirer la confiance nécessaire aux investisseurs privés pour participer à de tels projets. Un soutien supplémentaire des pouvoirs publics peut également se révéler nécessaire pour rendre plus attrayants les investissements privés dans des projets de PPP dans le pays hôte.

57. Le soutien des pouvoirs publics peut revêtir plusieurs formes. En général, toute mesure qu'ils prennent pour créer un climat plus propice aux investissements en faveur de projets de PPP peut être considérée comme une forme de soutien. De ce point de vue, l'existence d'une législation permettant aux pouvoirs publics d'attribuer des contrats de PPP ou l'établissement d'une structure hiérarchique claire pour la négociation et le suivi de ces contrats (voir chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 29 à 36) peuvent constituer d'importantes mesures d'appui à l'exécution de ces projets. Telle qu'elle est employée dans le *Guide*, l'expression « soutien des pouvoirs publics » a toutefois un sens plus restreint puisqu'elle désigne en particulier les mesures spéciales, dans la plupart des cas financières ou économiques, que les pouvoirs publics peuvent prendre pour créer des conditions plus favorables à l'exécution d'un projet donné ou aider le partenaire privé à faire face à certains risques liés au projet, ces mesures dépassant le cadre normal des arrangements contractuels sur lesquels se sont entendues l'autorité contractante et le partenaire privé pour répartir les risques. Lorsqu'elles existent, les mesures de soutien des pouvoirs publics font généralement partie intégrante des programmes que ceux-ci élaborent pour attirer des investissements privés en faveur de projets d'infrastructure.

1. *Considérations stratégiques concernant le soutien gouvernemental*

58. Dans la pratique, les pouvoirs publics décident d'appuyer ou non l'exécution d'un projet après en avoir évalué l'utilité économique ou sociale et avoir déterminé si un soutien supplémentaire de leur part se justifie. Ils peuvent estimer que le secteur privé n'est peut-être pas en mesure de financer à lui seul certains projets à un coût acceptable. Ils peuvent également considérer que certains projets risquent de ne pas se concrétiser si aucune mesure d'appui n'est mise en place pour atténuer une partie des risques qui y sont liés. En effet, s'agissant de grands projets, les investisseurs privés et les prêteurs prennent leur décision non seulement en fonction de leur appréciation des risques liés à un projet donné, mais également selon que le climat d'investissement dans le pays hôte, en particulier dans le secteur des infrastructures, leur inspire ou non confiance. Les investisseurs privés attacheront probablement une importance particulière à des facteurs comme le système économique du pays hôte et le niveau de développement des structures du marché ou encore les éventuels projets de PPP que le pays a menés à bien sur une certaine période.

59. Compte tenu de ce qui précède, un certain nombre de pays ont adopté une stratégie souple en matière de soutien des pouvoirs publics. Dans certains d'entre eux, des dispositions législatives ont été introduites, qui permettent de varier le niveau et le type d'appui en fonction des besoins de chaque secteur d'infrastructure. Dans d'autres, la loi donne aux pouvoirs publics le pouvoir d'accorder ou de refuser

certains types d'assurances ou de garanties. Les pouvoirs publics souhaiteront toutefois s'assurer que le niveau et le type d'appui fourni à un projet n'entraînent pas une prise de responsabilité illimitée. En effet, s'ils octroient des garanties trop importantes pour un projet donné, ils risquent de ne plus pouvoir en accorder pour d'autres projets présentant un intérêt général qui pourrait être supérieur.

60. Il est possible d'accroître l'efficacité des programmes de soutien gouvernemental visant à promouvoir les investissements privés en faveur d'infrastructures en adoptant des techniques appropriées permettant de budgétiser les mesures d'appui ou d'évaluer le coût total d'autres formes de soutien. Ainsi, les garanties de prêt accordées par les autorités publiques ont généralement un coût inférieur à celles octroyées par un prêteur commercial. La différence (diminuée du montant des frais et intérêts dus par le partenaire privé) représente un coût pour les pouvoirs publics et une subvention pour le partenaire privé. Par conséquent, l'État qui envisagerait d'offrir une forme ou une autre d'appui gouvernemental à un PPP devrait examiner attentivement les incidences budgétaires globales d'une telle mesure, afin d'éviter le risque d'un éventuel passif imprévu (voir ci-dessus, par. 15 et 16). Par exemple, les garanties de prêt ne sont souvent pas inscrites au titre de dépenses tant que personne ne fait valoir ses droits. Ainsi, le montant réel de la subvention octroyée par les pouvoirs publics n'est pas comptabilisé, ce qui peut laisser croire, à tort, que les garanties de prêt représentent une charge moindre que le versement de subventions directes. Dans le même ordre d'idées, le coût financier et économique des exonérations fiscales accordées par les pouvoirs publics peut passer inaperçu, ce qui rend celles-ci moins transparentes que d'autres formes d'aide directe. C'est pourquoi les pays qui envisagent d'élaborer des programmes d'appui aux projets de PPP devront probablement mettre au point des méthodes spécifiques pour estimer le coût budgétaire de mesures telles que les exonérations fiscales, les prêts et les garanties de prêt accordés par les autorités publiques, de manière à tenir compte du montant escompté des coûts ou pertes de revenu futurs.

2. Formes de soutien gouvernemental

61. L'offre d'un soutien direct par les pouvoirs publics, que ce soit sous la forme de garanties financières, de prêts publics ou de garanties de recettes, peut être un instrument important dans la structuration financière d'un projet. Les paragraphes suivants décrivent brièvement des formes d'appui qui sont parfois autorisées par la loi nationale et examinent les éventuelles incidences législatives qu'elles peuvent avoir pour le pays hôte, sans en privilégier aucune.

62. En règle générale, outre les mesures administratives et budgétaires qui peuvent être nécessaires pour garantir le respect des engagements pris par les pouvoirs publics pendant toute la durée du projet, il est souhaitable que l'organe législatif examine l'éventuelle nécessité d'une autorisation législative expresse pour fournir

certaines formes d'appui. Lorsqu'un appui des pouvoirs publics est jugé souhaitable, il importe que l'organe législatif garde à l'esprit les obligations qu'a contractées le pays hôte en vertu d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges, qui peuvent limiter l'aptitude des autorités publiques des États contractants à fournir un appui, financier ou autre, aux sociétés opérant sur leur territoire. De surcroît, lorsque les pouvoirs publics envisagent d'appuyer l'exécution d'un projet d'infrastructure, cette circonstance devrait être précisée à tous les soumissionnaires potentiels en temps opportun pendant la procédure de sélection (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 76, al. c et i).

a) *Prêts publics et garanties de prêt*

63. Dans certains cas, la loi autorise les pouvoirs publics à accorder des prêts sans intérêt ou à faible taux d'intérêt au partenaire privé pour réduire le coût financier du projet. En fonction des règles comptables à appliquer, certains prêts sans intérêt accordés par des organismes publics peuvent être comptabilisés comme recettes dans les livres du partenaire privé, les prêts étant considérés comme des frais déductibles sur les plans fiscal et comptable. De plus, des prêts subordonnés accordés par les pouvoirs publics peuvent améliorer les termes financiers du projet en complétant des prêts privilégiés accordés par des banques commerciales sans concurrencer ceux-ci pour ce qui est du remboursement. Des prêts publics peuvent être généralement accordés à tous les partenaires privés d'un secteur donné ou ils peuvent viser uniquement à offrir une assistance temporaire au partenaire privé donné en cas de survenue de certains risques de projet. Le montant total de tout prêt de ce type peut en outre être limité à une somme fixe ou à un pourcentage du coût total du projet.

64. Outre les prêts publics, certaines lois nationales autorisent l'autorité contractante ou tout autre organisme du pays hôte à accorder des garanties de prêt pour le remboursement d'emprunts contractés par le partenaire privé. Les garanties de prêt ont pour objet de protéger les prêteurs (et, parfois, aussi les investisseurs qui accordent des fonds au projet) contre toute défaillance du partenaire privé. Elles n'entraînent pas de décaissement immédiat de fonds publics et peuvent paraître plus attrayantes aux yeux des pouvoirs publics que des prêts directs. Cependant, elles peuvent représenter un passif éventuel important et l'exposition des pouvoirs publics peut être considérable, surtout en cas de faillite totale du partenaire privé. En effet, les pouvoirs publics ne trouveraient, dans la plupart des cas, que peu de réconfort dans une éventuelle subrogation dans les droits des prêteurs à l'encontre d'un partenaire privé insolvable.

65. Ainsi, en plus d'introduire des mesures générales visant à améliorer l'efficacité des programmes de soutien gouvernemental (voir par. 60), il peut être souhaitable d'envisager des dispositions concrètes limitant l'exposition de l'État au titre de garanties de prêt. Les règles régissant l'offre de garanties de prêt peuvent prévoir

un plafond, qui pourrait être exprimé sous la forme d'un montant fixe ou, si l'on a besoin de davantage de souplesse, d'un certain pourcentage de l'investissement total dans tout projet donné. Une autre mesure permettant de limiter le passif éventuel de l'organisme se portant garant peut consister à définir les cas dans lesquels ces garanties peuvent être octroyées, compte tenu des types de risque de projet que les pouvoirs publics peuvent être disposés à partager. Si, par exemple, les pouvoirs publics envisagent de ne partager que les risques d'une interruption temporaire causée par des événements sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle, les garanties pourraient se limiter au cas où le partenaire privé est mis temporairement dans l'incapacité de payer les intérêts de ses emprunts en raison de la survenue d'événements imprévisibles spécifiés sur lesquels il n'a aucun contrôle. Si les pouvoirs publics souhaitent accorder un plus grand degré de protection aux prêteurs, les garanties peuvent couvrir l'incapacité permanente du partenaire privé de rembourser ses emprunts pour les mêmes raisons. Dans ce cas, cependant, il est souhaitable de ne pas supprimer les mécanismes incitant les prêteurs à faire en sorte que le projet se poursuive, par exemple en identifiant un autre partenaire privé adéquat ou en intervenant par l'intermédiaire d'un agent désigné pour pallier la défaillance du partenaire privé (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 162 à 165). La mise en jeu d'une garantie des pouvoirs publics pourrait ainsi être conditionnée à l'épuisement préalable des autres voies de recours dont disposent les prêteurs en vertu du contrat de PPP, des accords de prêt ou des accords qu'ils ont conclus directement, le cas échéant, avec l'autorité contractante. Quoi qu'il en soit, l'offre par les pouvoirs publics de garanties de prêt intégrales représentant une protection totale des prêteurs contre le risque de défaillance du partenaire privé n'est pas un élément fréquent des projets d'infrastructure exécutés dans le cadre de la formule du financement de projet.

b) Prise de participation

66. Une prise de participation directe ou indirecte dans l'entreprise du partenaire privé peut constituer une autre forme de soutien supplémentaire des pouvoirs publics. Elle peut aider à obtenir un ratio d'endettement plus favorable en complétant les capitaux fournis par les promoteurs du projet, en particulier lorsque d'autres sources de capital social telles que des fonds d'investissement ne peuvent être mises à contribution par le partenaire privé. Elle peut également être utile pour satisfaire aux exigences légales du pays hôte concernant la composition des sociétés établies localement. Le droit des sociétés de certains pays, ou des législations spécifiques régissant les projets d'infrastructure, exigent un certain niveau de participation d'investisseurs locaux dans les sociétés établies localement. Cependant, il est parfois impossible d'assurer le niveau requis de participation locale à des conditions acceptables. Les investisseurs locaux peuvent ne pas être intéressés ou ne pas disposer des ressources financières nécessaires pour investir dans de grands projets d'infrastructure ; ils peuvent également ne pas souhaiter supporter certains risques de projet ou manquer de l'expérience requise à cette fin.

67. La participation des pouvoirs publics peut comporter certains risques que ces derniers souhaiteront peut-être prendre en compte. En particulier, il existe un risque que cette participation soit comprise comme une garantie implicite, qui peut inciter les parties, voire des tiers, à escompter que les pouvoirs publics appuieront pleinement le projet, voire, éventuellement, le reprendront à leurs frais si le partenaire privé est défaillant. Lorsqu'une telle garantie implicite n'est pas prévue, des dispositions appropriées devraient être énoncées pour préciser les limites de la participation des pouvoirs publics.

c) Subventions

68. Des subventions tarifaires sont utilisées dans certains pays pour compléter les recettes du partenaire privé lorsque les recettes réelles du projet sont inférieures à un certain niveau minimum. L'offre de services dans certaines régions où le partenaire privé est tenu d'opérer peut ne pas être rentable du fait de la faible demande ou du montant élevé des coûts d'exploitation, ou parce que le partenaire privé est tenu d'offrir le service à une certaine partie de la population à faible prix. Aussi la législation de certains pays autorise-t-elle les pouvoirs publics à fournir des subventions au partenaire privé afin qu'il puisse offrir les services à un prix réduit.

69. Les subventions prennent généralement la forme de versements directs au partenaire privé, qui sont soit forfaitaires, soit calculés spécifiquement pour compléter ses recettes. Dans ce dernier cas, les pouvoirs publics devraient veiller à mettre sur pied des mécanismes adéquats permettant de vérifier l'exactitude des subventions versées en incluant, par exemple, des dispositions en matière d'audit et de transparence financière dans le contrat de PPP. Une autre forme de subvention peut consister à autoriser le partenaire privé à subventionner des activités peu rentables à l'aide des recettes dégagées par d'autres qui le sont plus. Cela peut se faire en associant dans le même contrat de PPP des activités ou des secteurs d'exploitation rentables et moins rentables, ou en confiant au partenaire privé l'exploitation commerciale d'une activité accessoire distincte et plus rentable (voir ci-dessous par. 84 à 86).

70. Cependant, il importe que l'organe législatif examine les incidences concrètes et les obstacles juridiques éventuels à l'octroi de subventions au partenaire privé. Par exemple, on constate que les subventions faussent la libre concurrence, et le droit de la concurrence de nombreux pays interdit d'accorder des subventions ou d'autres formes d'aide financière directe qui ne sont pas expressément autorisées par la législation. L'octroi de subventions peut aussi être incompatible avec les obligations internationales du pays hôte en vertu d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges.

d) *Garanties souveraines*

71. S'agissant de projets de PPP, l'expression « garanties souveraines » est parfois utilisée pour désigner deux types de garanties accordées par les autorités du pays hôte. Le premier type comprend les garanties émises par les autorités du pays hôte pour couvrir le non-respect d'obligations assumées par l'autorité contractante au titre du contrat de PPP. Une seconde catégorie comprend des garanties conformément auxquelles le partenaire privé ne sera pas empêché par les pouvoirs publics d'exercer certains droits qui lui sont accordés en vertu du contrat de PPP, ou qui découlent des lois du pays, comme le droit de rapatrier des bénéfices à l'achèvement du projet. Quelle que soit la forme que revêtent ces garanties, il importe que les pouvoirs publics et l'organe législatif examinent l'aptitude des pouvoirs publics à estimer et à gérer efficacement leur propre exposition aux risques de projet et à déterminer le niveau acceptable de responsabilités directes ou éventuelles qu'ils peuvent assumer.

i) *Garanties de bonne exécution par l'autorité contractante*

72. Des garanties de bonne exécution peuvent être utilisées lorsque l'autorité contractante est une personne morale distincte ou autonome qui n'engage pas la responsabilité des pouvoirs publics à proprement parler. Ces garanties peuvent être émises au nom des pouvoirs publics ou d'une institution financière publique du pays hôte. Elles peuvent également prendre la forme d'une garantie émise par des institutions financières internationales qui sont couvertes par une contre-garantie des pouvoirs publics (voir ci-dessous par. 88 à 92). Les garanties données par les pouvoirs publics peuvent se révéler utiles pour protéger le partenaire privé des conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante ou de toute autre autorité publique assumant des obligations spécifiques au titre du contrat de PPP. Les situations les plus fréquentes dans lesquelles ces garanties sont utilisées sont notamment les suivantes :

a) *Garanties d'enlèvement.* En vertu de ces arrangements, les pouvoirs publics garantissent le paiement de biens et de services fournis par le partenaire privé à des entités publiques. Des garanties de paiement sont souvent utilisées en rapport avec des obligations de paiement contractées au titre d'accords d'enlèvement conclus dans le secteur de la production d'électricité (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 58 et 59). Ces garanties peuvent revêtir une importance particulière lorsque le client principal ou unique du partenaire privé est un monopole d'État. Une sécurité supplémentaire est offerte au partenaire privé et aux prêteurs lorsque la garantie est souscrite par une institution financière internationale ;

b) *Garanties d'approvisionnement.* Des garanties d'approvisionnement peuvent également être offertes pour protéger le partenaire privé contre les conséquences d'une incapacité dans laquelle pourraient se trouver des entités publiques de fournir

des biens et du matériel nécessaires à l'exploitation de l'ouvrage – combustible, électricité ou eau, par exemple – ou pour assurer le versement d'indemnités que l'entité contractante peut être tenue de régler en vertu de l'accord d'approvisionnement ;

c) *Garanties générales.* Il s'agit de garanties destinées à protéger le partenaire privé contre toute forme de défaillance de l'autorité contractante, plutôt que contre un manquement à des obligations spécifiées. Bien que les garanties générales ne soient pas très fréquentes, il existe des cas dans lesquels le partenaire privé et les prêteurs peuvent les considérer comme une condition nécessaire à l'exécution du projet, par exemple lorsque les obligations assumées par l'autorité contractante ne sont pas proportionnelles à sa solvabilité (en cas d'attribution d'importants contrats de PPP par des municipalités ou des entités autonomes, par exemple). Des garanties des pouvoirs publics peuvent être utiles pour obtenir un résultat précis, par exemple lorsque les autorités du pays hôte s'engagent à se substituer à l'entité contractante pour la réalisation de certaines activités (livraison d'un site approprié pour l'élimination de sous-produits, par exemple).

73. En règle générale, il importe de ne pas surestimer l'aptitude des garanties souveraines à protéger à elles seules le partenaire privé contre les conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante. Sauf lorsqu'elles ont pour objet d'obtenir un résultat précis, ces garanties exercent généralement une fonction compensatoire. Ainsi, elles ne remplacent pas les recours contractuels appropriés en cas de défaillance de l'autorité contractante (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 156 et 157). Différents types de recours contractuels ou de combinaisons de tels recours peuvent être utilisés pour faire face à divers cas de défaillance : des dommages-intérêts fixés contractuellement en cas de défaillance et des augmentations tarifaires ou des prorogations de contrat en cas de retard supplémentaire dans l'exécution du projet imputable à des actes de l'autorité contractante. En outre, pour limiter l'exposition des pouvoirs publics et réduire le risque de mise en jeu de la garantie, il est souhaitable de prévoir des mesures incitant l'autorité contractante à respecter ses obligations contractuelles ou à s'attaquer aux causes de la défaillance. Ces mesures peuvent comprendre des droits de subrogation expresse du garant à l'encontre de l'autorité contractante ou des mécanismes de contrôle interne mettant en jeu la responsabilité de l'autorité contractante ou de ses agents en cas, par exemple, de manquement délibéré ou imprudent à ses obligations contractuelles entraînant la mise en jeu de la garantie souveraine.

ii) *Garanties contre des actes préjudiciables des pouvoirs publics*

74. À la différence des garanties de bonne exécution, qui protègent le partenaire privé contre les conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante, les garanties examinées ici ont trait aux actes d'autres autorités du pays hôte qui nuisent aux droits du partenaire privé ou compromettent gravement d'une autre manière

la mise en œuvre du contrat de PPP. Ces garanties sont souvent appelées « garanties contre les risques politiques ».

75. Parmi les garanties envisagées dans les législations nationales figurent les garanties de change, qui remplissent généralement trois fonctions : garantir la convertibilité des bénéfices réalisés localement en devises étrangères ; garantir la disponibilité des devises étrangères nécessaires et garantir la transférabilité à l'étranger des sommes converties. Les garanties de change sont fréquentes dans les projets de PPP faisant appel à d'importants emprunts libellés en devises autres que la monnaie locale, notamment dans les pays n'ayant pas de monnaie librement convertible. Certaines législations prévoient également qu'une telle garantie peut être adossée à une garantie bancaire émise en faveur du partenaire privé. Une garantie de change n'a généralement pas pour vocation de protéger le partenaire privé et les prêteurs contre les risques liés à la fluctuation des changes ou aux dévaluations induites par le marché, qui sont considérés comme des risques commerciaux ordinaires. Dans la pratique, toutefois, les pouvoirs publics acceptent parfois d'aider le partenaire privé lorsque celui-ci n'est pas en mesure de rembourser ses dettes en devises étrangères en raison d'une dévaluation extrême de la monnaie locale.

76. Un autre type important de garantie peut consister à assurer au partenaire privé et à ses actionnaires qu'ils ne seront pas expropriés sans compensation adéquate. Une telle garantie couvre généralement à la fois la confiscation de biens détenus par le partenaire privé dans le pays hôte et sa nationalisation proprement dite, c'est-à-dire la confiscation de ses actions. Ce type de garantie est généralement prévu dans les lois traitant des investissements étrangers directs et dans les traités bilatéraux de protection des investissements (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 4 à 6).

e) Avantages fiscaux et douaniers

77. Une autre méthode qui peut être utilisée par les autorités du pays hôte pour appuyer l'exécution de projets de PPP est de consentir des exemptions, des réductions ou d'autres avantages fiscaux et douaniers. Le droit interne relatif aux investissements étrangers directs prévoit souvent des régimes fiscaux spéciaux visant à encourager les investissements étrangers et, dans certains pays, on a jugé utile d'étendre expressément ce régime fiscal aux sociétés étrangères participant à des projets de PPP (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 35 à 40).

78. Généralement, les exemptions ou avantages fiscaux incluent l'exemption d'impôt sur le revenu ou sur les bénéfices ou d'impôt foncier sur l'infrastructure, ou l'exemption d'impôt sur les intérêts de prêts et d'autres obligations financières contractées par le partenaire privé. Certaines lois prévoient que toutes les transactions liées à un projet de PPP seront exemptées de droit de timbre ou de droits analogues. Dans certains cas, la loi établit un traitement fiscal préférentiel ou prévoit

que le partenaire privé bénéficiera du traitement fiscal favorable accordé généralement aux investissements étrangers. Parfois, l'avantage fiscal prend la forme d'un taux d'imposition des revenus plus favorable associé à un niveau dégressif d'exemption pendant les premières années du projet. Ces exemptions et avantages sont parfois étendus aux entrepreneurs engagés par le partenaire privé, en particulier les entrepreneurs étrangers.

79. Comme autres mesures fiscales parfois utilisées pour promouvoir des projets de PPP, on peut citer les exemptions de retenues fiscales consenties aux prêteurs étrangers qui accordent des prêts au projet. Dans de nombreux systèmes juridiques, tout intérêt ou toute commission se rapportant à un prêt ou à une dette qui est contracté(e) directement ou indirectement par des sociétés établies localement ou est déductible des bénéfices réalisés localement est considéré(e) comme une recette locale aux fins de la taxation. Ainsi, les institutions tant locales qu'étrangères qui prêtent aux projets d'infrastructure peuvent être astreintes à acquitter un impôt sur le revenu dans le pays hôte, que le partenaire privé peut être tenu de retenir sur les versements effectués aux prêteurs étrangers, en leur qualité de non-résidents dans le pays hôte. L'impôt sur le revenu acquittable par les prêteurs dans le pays hôte est généralement pris en compte dans les négociations entre le partenaire privé et les prêteurs et peut rehausser le coût financier du projet. Dans certains pays, les organes compétents sont autorisés à consentir des exemptions de retenues fiscales pour les versements à des non-résidents qui sont effectués dans le but de promouvoir et de favoriser le développement économique ou technologique du pays hôte ou sont réputés servir l'intérêt général d'une autre manière.

80. Outre les avantages et exemptions d'ordre fiscal, les lois nationales facilitent parfois l'importation d'équipements destinés au partenaire privé au moyen d'une exemption de droits de douane. Cette exemption s'applique généralement au paiement de droits d'importation sur les équipements, les machines, les accessoires, les matières premières et le matériel importés dans le pays pour réaliser des études préliminaires et concevoir, construire et exploiter des projets d'infrastructure. Lorsque le partenaire privé souhaite transférer ou vendre les équipements importés sur le marché intérieur, l'approbation de l'autorité contractante doit généralement être obtenue et les droits d'importation, impôts sur le chiffre d'affaires et autres taxes doivent être acquittés conformément aux lois du pays. Parfois, la loi autorise les pouvoirs publics soit à accorder une exemption de droits de douane, soit à garantir que le niveau d'imposition ne sera pas augmenté au détriment du projet.

f) Protection contre la concurrence

81. Une autre forme d'appui des pouvoirs publics peut consister à offrir l'assurance au partenaire privé qu'aucun projet d'infrastructure concurrent ne sera construit pendant une certaine période ou qu'aucun organisme public n'entrera en concurrence avec lui, directement ou par l'intermédiaire d'un autre partenaire privé. Les

assurances de ce type servent à garantir que les droits d'exclusivité qui peuvent être accordés au partenaire privé (voir chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 19 et 20) ne seront pas abolis pendant la durée du projet. La protection contre la concurrence peut être considérée par le partenaire privé et les prêteurs comme une condition essentielle pour participer à la construction d'infrastructures dans le pays hôte. Certaines lois nationales contiennent des dispositions en vertu desquelles les pouvoirs publics s'engagent à ne pas faciliter ou appuyer l'exécution d'un projet parallèle qui pourrait faire concurrence au partenaire privé. Dans certains cas, la loi contient un engagement des pouvoirs publics qu'ils ne modifieront pas les conditions de cette exclusivité au détriment du partenaire privé sans le consentement de ce dernier.

82. Les dispositions de ce type peuvent avoir pour objet de convaincre les promoteurs du projet et les prêteurs que les conditions de base auxquelles le projet a été attribué seront respectées. Cependant, elles peuvent être incompatibles avec les obligations internationales du pays hôte en vertu d'accords d'intégration économique régionale et de libéralisation des échanges. En outre, elles peuvent limiter l'aptitude des pouvoirs publics à répondre à une augmentation de la demande pour les services concernés alors que l'intérêt général exige de garantir l'accès aux services de différentes catégories d'utilisateurs. Il importe donc d'examiner soigneusement les intérêts des différentes parties concernées. Par exemple, le niveau de tarification requis pour permettre l'exploitation rentable d'une route à péage peut dépasser la capacité de paiement des couches à faible revenu de la population. Ainsi, l'autorité contractante peut avoir intérêt à maintenir ouverte au public une route gratuite parallèlement à une nouvelle route à péage. Dans le même temps, cependant, si l'autorité contractante décide d'améliorer ou de rénover l'autre route, le flux de circulation risque d'être détourné de la route à péage construite par le partenaire privé, compromettant ainsi ses rentrées de recettes. De même, les pouvoirs publics souhaiteront peut-être introduire une libre concurrence pour l'offre de services téléphoniques à longue distance afin de développer l'offre et de réduire le coût des services de télécommunication (pour un bref aperçu des questions relatives à la concurrence, voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 28 à 32). Une telle mesure peut cependant avoir pour conséquence une érosion importante des recettes escomptées par le partenaire privé.

83. En règle générale, il peut être utile d'autoriser les pouvoirs publics à donner, s'il y a lieu, l'assurance au partenaire privé que ses droits exclusifs ne seront pas indûment affectés par un changement subséquent de la politique gouvernementale sans une compensation appropriée. Cependant, il peut ne pas être souhaitable d'adopter des dispositions législatives excluant toute possibilité de changement subséquent de la politique gouvernementale dans le secteur concerné, y compris une décision de favoriser la concurrence ou de construire une infrastructure parallèle. Les éventuelles conséquences d'un tel changement pour le partenaire privé

devraient être envisagées par les parties dans les clauses contractuelles traitant des changements de circonstances (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 130 à 144). Il est particulièrement souhaitable d'accorder à l'autorité contractante le pouvoir nécessaire de négocier avec le partenaire privé la compensation qui pourrait être due pour tout dommage ou perte pouvant résulter du lancement ultérieur par l'autorité contractante d'un projet d'infrastructure concurrent ou de toute mesure équivalente prise par les pouvoirs publics qui porterait atteinte aux droits exclusifs du partenaire privé.

g) Sources de recettes accessoires

84. Une autre forme d'appui à l'exécution de projets de PPP peut consister à autoriser le partenaire privé à diversifier son investissement en offrant des services accessoires ou en exploitant d'autres activités. Dans certains cas, d'autres sources de recettes peuvent également être utilisées comme une subvention permettant au partenaire privé d'appliquer au service principal une politique de tarifs réduits ou contrôlés. À condition d'être suffisamment rentables, les activités accessoires peuvent renforcer la viabilité financière d'un projet : le droit de percevoir des péages sur un pont existant, par exemple, peut inciter le partenaire privé à exécuter un nouveau projet de pont à péage. Cependant, il convient de ne pas surestimer l'importance relative des sources de recettes accessoires.

85. Pour permettre au partenaire privé de mener des activités accessoires, il peut être nécessaire que la loi autorise les pouvoirs publics à lui accorder le droit d'utiliser des biens appartenant à l'autorité contractante aux fins de ces activités (terrain adjacent à une autoroute pour la construction de zones de services, par exemple) ou le droit de percevoir des droits pour l'utilisation d'un ouvrage construit par l'autorité contractante. Lorsqu'il est jugé nécessaire de contrôler la mise en œuvre et, éventuellement, le développement de ces activités accessoires, l'approbation de l'autorité contractante peut être requise avant que le partenaire privé n'entreprenne d'importantes extensions des installations utilisées pour les activités accessoires.

86. Dans certains systèmes juridiques, certains types de source de recettes accessoires autorisés par les pouvoirs publics peuvent être considérés comme une concession distincte de la concession principale, et il est donc souhaitable d'étudier les limites éventuellement imposées à la liberté qu'aura le partenaire privé de conclure des contrats d'exploitation d'installations accessoires (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 109 et 110).

F. Garanties accordées par des institutions financières internationales

87. Aux garanties émises directement par les autorités du pays hôte peuvent s'ajouter des garanties accordées par des institutions financières internationales telles que la Banque mondiale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements et les banques de développement régionales. Elles prémunissent généralement le partenaire privé contre certains risques politiques mais peuvent aussi, dans certains cas, couvrir la violation de l'accord de projet, par exemple lorsque le partenaire privé ne rembourse pas ses emprunts en raison de l'inexécution d'une obligation par l'autorité contractante.

1. *Garanties accordées par des institutions de prêt multilatérales*

88. Outre les prêts qu'elles consentent aux États et aux autorités publiques, les institutions de prêt multilatérales telles que la Banque mondiale et les banques de développement régionales ont également mis au point des programmes visant à accorder des prêts au secteur privé. Parfois, elles accordent également des garanties à des prêteurs commerciaux pour des projets publics et privés. Dans la plupart des cas, les garanties accordées par ces institutions nécessitent une contre-garantie des autorités du pays hôte.

89. Les garanties accordées par les institutions de prêt multilatérales ont pour objet d'atténuer les risques liés à un éventuel manquement à des obligations contractées par des États ou liés à des prêts à long terme que des prêteurs privés ne sont pas disposés à endosser et qu'ils ne sont pas en mesure d'évaluer. Par exemple, les garanties offertes par la Banque mondiale peuvent couvrir certains risques (garanties de risque partielles) ou tous les risques de crédit pendant une certaine partie de la période de financement (garanties de crédit partielles), comme il est exposé ci-après. La plupart des banques de développement régionales accordent des garanties à des conditions analogues à celles de la Banque mondiale.

a) *Garanties de risque partielles*

90. Les garanties de risque partielles couvrent certains risques découlant de l'inexécution d'obligations contractuelles par un État ou liés à certains événements politiques de force majeure. Ces garanties assurent le paiement en cas de non-acquittement du service de la dette résultant d'un manquement à des obligations contractées par les pouvoirs publics et par leurs organismes. Elles peuvent couvrir différents types de manquement : modification du cadre réglementaire convenu, y compris des formules tarifaires ; non-livraison d'intrants tels que le carburant fourni à une compagnie d'électricité privée ; non-paiement de produits tels que l'électricité achetée par une entreprise publique à une compagnie d'électricité ou l'eau achetée

en gros par une société de distribution publique locale ; non-compensation de retards ou d'interruptions du projet dus à l'action des pouvoirs publics ou à des événements politiques ; retards de procédure ; modifications préjudiciables de la législation ou de la réglementation relatives au contrôle des changes.

91. Lorsque des institutions de prêt multilatérales participent au financement d'un projet, elles peuvent apporter un appui en renonçant à exercer les recours dont elles disposeraient normalement à l'encontre du partenaire privé si la défaillance de ce dernier est due à des événements tels que des risques politiques. Par exemple, une institution de prêt multilatérale recevant une garantie d'achèvement de la part du partenaire privé peut accepter de ne pas faire jouer cette garantie si le non-achèvement du projet s'explique par un risque politique.

b) Garanties de crédit partielles

92. Des garanties de crédit partielles sont accordées à des emprunteurs privés munis de contre-garanties des pouvoirs publics. Elles ont pour objet de garantir la partie du financement due après la durée normale de prêts accordés par des prêteurs privés. Ces garanties sont généralement utilisées pour des projets faisant appel à une participation du secteur privé et nécessitant des fonds à long terme pour être financièrement viables. Une garantie de crédit partielle prolonge généralement l'échéance des prêts et couvre tout défaut de paiement pour une partie spécifiée du service de la dette.

2. Garanties accordées par l'Agence multilatérale de garantie des investissements

93. L'Agence multilatérale de garantie des investissements (en anglais MIGA pour Multilateral Investment Guarantee Agency) assure contre les risques politiques à long terme les nouveaux investissements originaires de tout pays membre et destinés à tout pays membre en développement autre que le pays d'où provient l'investissement. Les investissements liés à l'extension, à la modernisation ou à la restructuration financière de projets existants peuvent également bénéficier de cette assurance, de même que les acquisitions associées à la privatisation d'entreprises publiques. Les formes d'investissement étranger pouvant bénéficier de cette assurance sont notamment les prises de participation, les prêts d'actionnaires et les garanties de prêt émises par des actionnaires, à condition que les prêts et les garanties de prêt aient une échéance minimum de trois ans. Les prêts consentis à des emprunteurs indépendants peuvent également être assurés aussi longtemps que l'investissement d'un actionnaire du projet est assuré parallèlement. Parmi les autres formes d'investissement pouvant bénéficier de cette assurance, on peut citer l'assistance technique, les contrats de gestion ainsi que les accords de franchise et de licence à condition qu'ils portent sur au moins trois ans et que la rémunération de

l'investisseur soit liée aux résultats d'exploitation du projet. L'Agence assure contre les risques suivants : restriction des transferts de devises étrangères, expropriation, rupture de contrat, guerres et troubles civils, non-respect d'obligations financières.

a) Restriction des transferts

94. Les garanties concernant le transfert de devises étrangères accordées par l'Agence sont analogues aux garanties de change pouvant être accordées par les autorités du pays hôte (voir par. 75). Ces garanties protègent contre les pertes découlant de l'incapacité d'un investisseur à convertir une monnaie locale (capital, intérêt, principal, bénéfices, redevances et autres revenus) en devises étrangères en vue d'un transfert hors du pays hôte. La garantie assure contre les délais excessifs d'acquisition de devises étrangères causés par l'action ou l'inaction des autorités du pays hôte, par des modifications préjudiciables de la législation ou de la réglementation relative au contrôle des changes et par la détérioration des conditions régissant la conversion et le transfert de la monnaie locale. La dévaluation de la monnaie n'est pas assurée. Dès que l'Agence reçoit d'un investisseur la monnaie locale bloquée, elle verse une compensation dans la monnaie stipulée dans le contrat de garantie.

b) Expropriation

95. Cette garantie prémunit contre la perte de l'investissement assuré du fait de mesures prises par le pays hôte ayant pour effet de limiter ou de supprimer la propriété et le contrôle dudit investissement ainsi que les droits liés à celui-ci. Outre la nationalisation et la confiscation pures et simples, l'expropriation « larvée » – série d'actes qui, à terme, ont un effet d'expropriation – est également couverte. La garantie est accordée de façon limitée en cas d'expropriation partielle (confiscation de fonds ou de biens corporels, par exemple). Les mesures de bonne foi non discriminatoires prises par les autorités du pays hôte dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire légitime ne sont pas couvertes. En cas d'expropriation totale d'investissements sous forme de participation, l'Agence rembourse l'investissement assuré à hauteur de sa valeur comptable nette. En cas de dépossession de fonds, elle rembourse la fraction assurée des fonds bloqués. Dans le cas de prêts et de garanties de prêt, elle assure l'encours du principal et la totalité des intérêts courus et non payés. Des compensations sont versées à l'investisseur lorsque celui-ci transfère à l'Agence ses intérêts dans l'investissement exproprié (parts de capital social ou participation à un accord de prêt, par exemple).

c) Rupture de contrat

96. Cette garantie protège contre les pertes causées par la rupture ou la dénonciation, par les autorités du pays hôte, d'un contrat passé avec l'investisseur. En cas de rupture ou de dénonciation présumée, l'investisseur doit pouvoir avoir recours,

aux termes du contrat sous-jacent, à un mécanisme de règlement des différends (arbitrage, par exemple) et obtenir des dommages-intérêts. Si, après un délai spécifié, l'investisseur n'a reçu aucun versement ou si le mécanisme de règlement des différends ne fonctionne pas à cause de mesures prises par les autorités du pays hôte, l'Agence multilatérale de garantie des investissements lui verse une indemnité.

d) Guerre et troubles civils

97. Cette garantie prémunit contre les pertes dues à des dommages causés à des biens corporels ou à la destruction ou disparition de ces biens par suite de faits de guerre ou de troubles civils motivés par des raisons politiques dans le pays hôte, qu'il s'agisse d'une révolution, d'une insurrection, d'un coup d'État, de sabotage ou de terrorisme. Dans le cas d'une prise de participation, l'Agence verse la part de l'investisseur correspondant au plus faible des montants suivants : la valeur comptable des actifs, leur coût de remplacement ou le coût de réparation des biens endommagés. Dans le cas de prêts et de garanties de prêt, elle le dédommage à hauteur de la fraction assurée du principal et des intérêts qui restent impayés en conséquence directe des dommages causés aux biens du projet par la guerre ou les troubles civils. La couverture en cas de guerre ou de troubles civils joue également lorsqu'un événement provoque l'interruption, pendant un an, d'opérations essentielles à la viabilité financière générale du projet. Dans ce cas, la garantie prend effet lorsque l'investissement est jugé entièrement perdu ; l'Agence rembourse alors à hauteur de la valeur comptable nette du montant total de la participation assurée.

e) Non-respect d'obligations financières

98. Cette garantie protège contre les pertes subies lorsque des entités souveraines et territoriales, ou des entreprises d'État, ne respectent pas leurs obligations de paiement au titre d'une obligation financière ou garantie inconditionnelle liée à un investissement éligible. Les principaux bénéficiaires sont les prêteurs commerciaux qui accordent des prêts à des entités du secteur public intervenant dans des investissements liés au développement. Cette couverture ne peut être mise à la disposition des investisseurs que si l'obligation de paiement financier est inconditionnelle et non susceptible d'être contestée, ce qui signifie qu'il n'existe aucun motif en vertu duquel l'entreprise souveraine, territoriale ou d'État pourrait légalement arguer du fait que l'obligation n'est pas due ou payable. La garantie de l'Agence relative au non-respect des obligations financières offre également l'avantage de ne pas obliger l'investisseur à obtenir une sentence arbitrale pour déposer une demande d'indemnisation auprès de l'Agence.

G. Garanties accordées par les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements

99. Les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements proposent des prêts directs et la couverture de certains risques politiques, commerciaux et financiers. Ils ont été créés dans un certain nombre de pays, en règle générale pour faciliter l'exportation de biens ou de services d'origine locale. Ils interviennent au nom des pouvoirs publics des pays qui fournissent les biens et les services pour le projet. La plupart sont membres de l'Union d'assureurs des crédits et investissements internationaux (Union de Berne), qui vise principalement à promouvoir la coopération internationale et à encourager l'instauration d'un climat favorable aux investissements ; à élaborer et à faire respecter les principes d'une saine pratique de l'assurance sur les crédits à l'exportation ; et à imposer et maintenir une certaine discipline s'agissant des termes du crédit dans le commerce international.

100. Si les formes de soutien varient d'un pays à l'autre, les organismes de crédit à l'exportation proposent généralement deux types de couverture :

a) *L'assurance des crédits à l'exportation.* Dans le contexte du financement des projets de PPP, cette assurance vise essentiellement à garantir au vendeur le versement des sommes qui lui sont dues dans le cas où l'acheteur étranger des biens ou services exportés est autorisé à différer son paiement. Elle peut prendre la forme d'un mécanisme d'assurance « crédit fournisseur » ou « crédit acheteur ». Dans le premier cas, l'exportateur et l'importateur conviennent de clauses commerciales prévoyant un paiement différé garanti par des instruments négociables (lettres de change ou billets à ordre, par exemple) émis par l'acheteur. Sous réserve de prouver sa solvabilité, l'exportateur obtient cette assurance auprès d'un organisme de crédit à l'exportation de son pays. Selon la modalité de l'assurance-crédit acheteur, l'obligation de paiement de l'acheteur est financée par la banque de l'exportateur, qui, de son côté, contracte une assurance auprès d'un organisme de crédit à l'exportation. Les crédits à l'exportation sont généralement classés en crédits à court terme (remboursables dans un délai habituellement inférieur à deux ans), à moyen terme (de deux à cinq ans le plus souvent) et à long terme (plus de cinq ans). L'appui des pouvoirs publics par l'intermédiaire d'organismes de crédit à l'exportation peut prendre la forme d'une « garantie pure », c'est-à-dire d'une assurance ou d'une garantie donnée aux exportateurs ou aux institutions de prêt sans aide au financement, ou la forme d'une « aide au financement », à savoir de crédits directs à l'acheteur étranger, d'un refinancement et de toutes formes de soutien des taux d'intérêt ;

b) *L'assurance des investissements.* Les organismes de crédit à l'exportation peuvent couvrir soit les exportateurs soit les emprunteurs directement contre certains risques politiques et commerciaux, notamment les guerres, les insurrections ou les

révolutions ; l'expropriation, la nationalisation ou la réquisition de biens ; la non-convertibilité des devises ; et la pénurie de devises étrangères. Habituellement, l'assurance des investissements fournie par les organismes de crédit à l'exportation prémunit les investisseurs du partenaire privé établi à l'étranger, mais pas le partenaire privé lui-même, contre les risques couverts. Ce type d'assurance tend à couvrir de nombreux risques politiques, mais les organismes de crédit à l'exportation disposés à les couvrir ont généralement besoin de renseignements précis sur le système juridique du pays hôte.

101. Les conditions auxquelles les organismes de crédit à l'exportation de la plupart des pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) proposent leur appui aux opérations de crédit-fournisseur et de crédit-acheteur doivent être conformes à l'Arrangement de l'OCDE relatif à des lignes directrices pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public (également appelé « Consensus de l'OCDE »), dont le principal objectif est d'offrir un cadre institutionnel satisfaisant qui empêche toute concurrence déloyale par le biais d'un appui des pouvoirs publics au crédit à l'exportation. Afin d'éviter que des subventions ne faussent le marché, cet instrument régleme les conditions d'octroi des assurances, des garanties ou des prêts directs bénéficiant d'un appui des pouvoirs publics.

III. Attribution du contrat

A. Remarques générales

1. Le présent chapitre porte sur les méthodes et les procédures recommandées pour l'attribution de contrats de PPP. Conformément aux conseils d'organisations internationales telles que la Banque mondiale¹ et l'ONUDI², le *Guide* exprime une préférence évidente et marquée pour l'emploi de procédures d'attribution concurrentielles, qui sont largement reconnues comme étant les mieux à même de promouvoir l'économie, l'efficacité et la transparence, entre autres principes généraux qui devraient sous-tendre les lois et règlements relatifs aux PPP (voir chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 3 à 20). C'est aussi conforme à l'article 9-1 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, qui exige des États parties qu'ils prennent « les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption ». Le *Guide* reconnaît toutefois que, dans des circonstances exceptionnelles, des contrats peuvent être attribués sans mise en concurrence, compte tenu des aspects particuliers du projet, mais sous réserve des mesures de sauvegarde recommandées plus loin (voir par. 99 à 131).

2. Les procédures d'attribution recommandées dans ce chapitre présentent certaines caractéristiques de la demande de propositions avec dialogue prévue à l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics³. À côté de cette méthode de passation de marchés, la Loi type en prévoit d'autres, comme l'appel d'offres en deux étapes (art. 48) ou les négociations avec appel à la concurrence (art. 51), qui peuvent aussi être utilisées pour l'attribution de contrats de PPP, selon les caractéristiques du projet et l'évaluation effectuée par l'autorité contractante au cours de la phase de planification (voir chap. II, « Planification et

¹ *Public-Private Partnerships Reference Guide* (guide de référence sur les PPP) – version 3, Banque mondiale et partenaires, p. 160 et suiv. (Banque internationale pour la reconstruction et le développement/Banque mondiale, 2017).

² *Guide sur le développement des infrastructures selon la formule construction-exploitation-transfert (CET)*, Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI), p. 91 et suiv. (publication de l'ONUDI destinée à la vente, numéro UNIDO.95.6.F).

³ Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (2011).

préparation du projet », par. 49 à 52). Chaque fois que cela est approprié, le présent chapitre renvoie le lecteur à ces dispositions, ainsi qu'à d'autres dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics qui complètent utilement la procédure d'attribution décrite ci-après. En choisissant la méthode d'attribution du contrat la plus appropriée et en décidant de la structure et des modalités pratiques de sa mise en œuvre, l'autorité contractante gardera à l'esprit les principes généraux qui sous-tendent les lois et règlements relatifs aux PPP et les objectifs qu'un processus d'attribution adéquat devrait atteindre (voir ci-après, par. 5 à 16).

1. Procédures d'attribution visées par le Guide

3. L'autorité contractante peut, par le biais d'un projet de PPP, regrouper plusieurs activités qui devraient, sinon, faire l'objet de procédures de passation séparées (conception, construction, exploitation et maintenance, mais aussi financement et gestion en général de l'infrastructure ou du service pendant tout son cycle de vie). L'objectif général est de redistribuer les risques entre les secteurs public et privé de manière à encourager la mise en place d'infrastructures ou de services publics. Néanmoins, même dans les projets qui sont censés être entièrement financés par le secteur privé et remboursés à travers les redevances ou autres droits payés par les utilisateurs, l'État reste responsable, en dernier ressort, de la qualité et du coût de l'infrastructure ou des services. C'est pourquoi, sauf pour certaines questions qui se rapportent spécifiquement aux PPP et ne sont par conséquent généralement pas réglementées dans les procédures de passation de marchés publics, la sélection du partenaire privé devrait, pour l'essentiel, s'aligner sur les principes pertinents et les meilleures pratiques en matière de passation de marchés publics, ou coexister avec eux.

4. Le présent chapitre traite essentiellement des procédures d'attribution adaptées aux projets d'infrastructure qui comportent l'obligation, de la part du partenaire privé sélectionné, de se charger du financement, de la conception et des travaux de construction, de réparation ou d'expansion de l'infrastructure considérée en vue d'une exploitation privée ultérieure et de la fourniture de services au public par le partenaire privé. Les procédures d'attribution examinées dans le présent chapitre peuvent aussi être utilisées pour l'attribution de contrats de PPP dans le cadre desquels l'ouvrage qui doit être construit ou remis en état sera utilisé par l'autorité contractante ou un autre organisme public pour ses besoins propres, ou pour héberger des services publics, tout en étant géré et entretenu par le partenaire privé. Le présent chapitre ne porte pas spécifiquement sur d'autres méthodes de sélection de prestataires de services publics à travers l'octroi de licences ou des procédures similaires, ou de simple cession de biens de l'État ou d'entreprises publiques par le biais d'augmentations de capital ou d'émissions d'actions.

2. Objectifs généraux des procédures d'attribution

5. Pour l'attribution de contrats de PPP, l'autorité contractante peut appliquer des méthodes et des procédures déjà prévues dans la législation du pays ou établir des procédures spécialement adaptées à cette fin. La législation du pays peut préciser et réglementer la méthode de sélection du partenaire privé la plus appropriée afin de garantir la transparence de la procédure. Dans tous les cas, il importe de veiller à ce que ces procédures soient généralement de nature à permettre d'atteindre les principaux objectifs des règles qui régissent l'attribution de contrats publics. Ces objectifs sont brièvement examinés ci-après.

a) Économie et efficacité

6. Dans le cas des projets de PPP, le terme « économie » renvoie à la sélection d'un partenaire privé capable d'exécuter des travaux et de fournir des services de la qualité voulue au prix le plus avantageux, ou faisant la meilleure proposition commerciale. L'expérience montre que l'un des meilleurs moyens d'assurer cette économie consiste à promouvoir la concurrence entre les soumissionnaires. Celle-ci les encourage en effet à offrir les conditions les plus avantageuses et peut aussi les amener à adopter pour cela des technologies ou des méthodes de production efficaces ou novatrices.

7. Il convient de noter, toutefois, que la mise en concurrence ne signifie pas nécessairement la participation d'un grand nombre de soumissionnaires à une procédure d'attribution du contrat donnée. Pour les grands projets, l'autorité contractante peut même avoir des raisons de garder le nombre des participants dans des limites raisonnables (voir par. 19, 34 et 35). À condition que des procédures appropriées existent, l'autorité contractante peut mettre à profit une concurrence effective même lorsque le nombre de participants est limité.

8. La participation d'entreprises étrangères à la procédure d'attribution peut souvent favoriser l'économie. Non seulement elle contribue à augmenter le nombre de concurrents, mais elle peut aussi conduire l'autorité contractante et son pays à acquérir des technologies qui ne sont pas disponibles sur place. Elle peut aussi s'avérer indispensable lorsque n'existent pas dans le pays les connaissances spécialisées exigées par l'autorité contractante. Un pays qui souhaite bénéficier des avantages d'une participation étrangère devrait veiller à ce que les lois et procédures applicables favorisent une telle participation.

9. Le terme « efficacité » désigne la sélection d'un partenaire privé dans un délai raisonnable, moyennant un minimum de formalités administratives et des dépenses modérées aussi bien pour l'autorité contractante que pour les soumissionnaires participant à la procédure. En plus des pertes que des procédures d'attribution inefficaces peuvent entraîner directement pour l'autorité contractante (lenteur de

la procédure de sélection ou dépenses administratives élevées, par exemple), des procédures excessivement coûteuses et contraignantes risquent d'entraîner une majoration du coût total du projet, voire de dissuader totalement des entreprises compétentes de participer à la procédure d'attribution, ce qui compromettrait l'objectif final, à savoir attirer les meilleurs opérateurs économiques potentiels pour le projet.

b) Promotion de l'intégrité de la procédure d'attribution et de la confiance dans cette procédure

10. Un autre objectif important des règles qui régissent la sélection du partenaire privé est de promouvoir l'intégrité de la procédure et la confiance dans celle-ci. C'est pourquoi un système de sélection approprié contiendra généralement des dispositions destinées à assurer un traitement équitable des soumissionnaires, à réduire et à décourager les abus, intentionnels ou non, de la part des personnes qui administrent la procédure d'attribution ou des entreprises qui y participent, et à garantir la régularité des décisions de sélection.

11. En encourageant l'intégrité de la procédure d'attribution du contrat, on contribue à accroître la confiance qu'inspirent cette procédure et le secteur public en général. Les soumissionnaires hésiteront souvent à dépenser beaucoup de temps et parfois beaucoup d'argent pour participer à une procédure d'attribution s'ils n'ont pas la certitude qu'ils seront traités équitablement et que leurs propositions ou offres ont une chance raisonnable d'être acceptées. Ceux qui participent effectivement à une procédure d'attribution dans laquelle ils n'ont pas confiance majoreraient probablement le coût du projet pour couvrir le surcroît de risques et de frais de participation. En veillant à ce que la procédure d'attribution se déroule de façon régulière, on pourrait réduire ou éliminer cette tendance et donner aussi à l'autorité contractante la possibilité d'obtenir des conditions plus favorables.

12. Pour se prémunir contre la corruption de la part des agents publics, notamment des agents des autorités contractantes, le pays hôte devrait avoir un système efficace de sanctions. Celles-ci pourraient comprendre des sanctions de caractère pénal qui s'appliqueraient aux actes illicites des agents conduisant la procédure d'attribution et des soumissionnaires participants, comme la suspension ou l'exclusion de la procédure d'attribution. Il faudrait aussi éviter les conflits d'intérêts, par exemple en exigeant des responsables de l'autorité contractante ou de chaque membre de la commission d'évaluation ou de l'évaluateur unique qu'ils remplissent une déclaration d'absence de conflits d'intérêts au début de la procédure. Il devrait être interdit aux responsables de l'autorité contractante, à leurs conjoint, parents et associés, d'être créanciers ou actionnaires d'une société qui participe à la procédure d'attribution ou d'accepter un poste de directeur ou d'employé dans une telle société. En outre, conformément aux dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (art. 21), la loi régissant la procédure

d'attribution devrait faire obligation à l'autorité contractante de rejeter les offres ou propositions soumises par une partie qui donne ou convient de donner, directement ou indirectement, à tout administrateur ou employé, ou ancien administrateur ou employé, de l'autorité contractante ou de toute autre autorité publique un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre objet ou service de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'autorité contractante liés à la procédure d'attribution. Cette obligation devrait s'appliquer tout au long de la procédure d'attribution et ne pas se limiter à la période de soumission. Ces dispositions peuvent être complétées par d'autres mesures telles que l'obligation pour toutes les entreprises invitées à participer à la procédure d'attribution de s'engager à ne pas chercher à influencer indûment sur les décisions des fonctionnaires participant à la procédure, ni à fausser autrement la concurrence par une collusion ou d'autres pratiques illicites (ce que l'on appelle l'« accord d'intégrité »). Par ailleurs, dans les pratiques de passation de marchés adoptées par certains pays, les soumissionnaires sont tenus de garantir qu'aucun représentant de l'entité adjudicatrice n'a été ou ne sera autorisé par le soumissionnaire à tirer un avantage direct ou indirect du contrat ou de l'attribution de ce dernier. La violation d'une telle disposition constitue normalement une violation d'une clause fondamentale du contrat.

13. On peut renforcer encore la confiance des investisseurs par des dispositions appropriées visant à protéger la confidentialité des informations protégées soumises pendant la procédure d'attribution. Il faudrait à ce titre leur garantir que l'autorité contractante traitera les demandes de préqualification ou de présélection, ainsi que les propositions reçues ultérieurement, de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents ou à toute autre personne non autorisée ; que toutes les discussions ou négociations seront confidentielles ; et que les informations commerciales ou autres que les soumissionnaires peuvent inclure dans leur proposition ne seront pas communiquées à leurs concurrents.

c) Transparence des lois et procédures

14. La transparence des lois et procédures, y compris les décisions judiciaires et administratives ayant valeur de précédent, qui régissent l'attribution au partenaire privé aidera à atteindre un certain nombre d'objectifs généraux mentionnés plus haut. Des lois transparentes sont des lois dans lesquelles les règles et procédures que devront appliquer l'autorité contractante et les soumissionnaires sont entièrement divulguées, ne sont pas inutilement complexes et sont présentées de manière systématique et compréhensible. Des procédures transparentes sont celles qui permettent aux soumissionnaires de déterminer quelles procédures ont été suivies par l'autorité contractante et sur quelle base elle a pris ses décisions. La publication, par l'autorité publique, des possibilités de marchés à venir constitue un autre moyen de favoriser la transparence, car elle aide les soumissionnaires potentiels à identifier ce qui fera l'objet d'une procédure de passation, ainsi que la méthode qui sera retenue.

15. L'un des principaux moyens d'encourager la transparence et la redevabilité consiste à prévoir des dispositions exigeant de l'autorité contractante qu'elle archive les documents de la procédure d'attribution (voir par. 134 à 141). L'existence d'un tel dossier résumant les principaux éléments de cette procédure facilite l'exercice par les soumissionnaires lésés de leur droit de recours, ce qui contribue à assurer que les règles régissant cette procédure sont « autorégulées » et s'imposent d'elles-mêmes dans la mesure du possible. Par ailleurs, l'existence de dispositions adéquates relatives à l'établissement de procès-verbaux dans la loi facilite l'action des autorités publiques qui ont une fonction d'audit ou de contrôle et souligne la redevabilité des autorités contractantes à l'égard du public pour ce qui est de l'attribution des projets d'infrastructure. En effet, les législations nationales sont de plus en plus nombreuses à exiger, à des fins de transparence et de redevabilité, la divulgation d'informations sur les marchés attribués (voir par. 109 ci-dessous). Les obligations de divulgation qui incombent aux autorités contractantes et aux organismes de réglementation ne se limitent pas forcément aux principales clauses du contrat de PPP et peuvent également porter sur certains éléments essentiels à son exécution, comme le niveau des paiements versés par les organismes publics au partenaire privé, ou l'évaluation de l'exécution du contrat par le partenaire privé au regard des critères contractuels ou réglementaires (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 52, 103 et 104).

16. Un important corollaire des objectifs d'économie, d'efficacité, d'intégrité et de transparence est l'existence de procédures administratives et judiciaires permettant un recours contre les décisions prises par les autorités participant à la procédure d'attribution (voir par. 142 et 143).

3. Caractéristiques particulières des procédures d'attribution pour les PPP

17. Les systèmes de passation modernes offrent aux autorités publiques un large éventail de méthodes de passation et une plus grande liberté pour choisir la procédure qui répondra le mieux à leurs besoins. La formalité ainsi que l'objectivité et la prévisibilité qui caractérisent les procédures d'attribution concurrentielles créent en général des conditions optimales pour la concurrence, la transparence et l'efficacité. C'est pourquoi le recours à ces procédures pour les PPP a été recommandé par l'ONUDI, qui a rédigé un guide pratique détaillé sur la façon de les structurer⁴. Les politiques de la Banque mondiale en matière de passation de marchés préconisent elles aussi le recours aux procédures d'attribution concurrentielles au niveau national, lorsqu'il existe une législation interne adaptée. Un partenaire privé sélectionné conformément à des procédures d'appel d'offres jugées

⁴ Guide de l'ONUDI sur les projets CET.

acceptables par la Banque mondiale sera généralement libre d'adopter ses propres procédures pour attribuer les contrats nécessaires à l'exécution du projet.

18. Il convient de noter toutefois qu'il n'existe pas encore de modèle législatif international portant spécifiquement sur les procédures d'attribution concurrentielles pour les PPP. Les lois internes récentes relatives aux procédures d'attribution pour les services des marchés publics peuvent être adaptées aux PPP, voire contenir des dispositions spécifiques les concernant. Dans les projets de petite échelle, ou lorsque les exigences de l'autorité contractante présentent si peu d'ambiguïtés qu'elles permettent de formuler des spécifications et des critères d'évaluation sans devoir engager une quelconque forme de consultation ou de dialogue avec les soumissionnaires potentiels, il sera peut-être possible d'utiliser les procédures généralement disponibles pour les appels d'offres ouverts. Dans la plupart des cas, toutefois, il est souhaitable que l'État envisage d'examiner si les procédures existantes sont adaptées à la sélection du partenaire privé dans un projet de PPP, compte tenu des problèmes particuliers, brièvement examinés ci-après, que soulèvent les PPP.

a) Soumissionnaires à inviter

19. L'attribution de contrats de PPP entraîne généralement des procédures complexes, longues et coûteuses, et l'échelle même de la plupart des projets d'infrastructure limite la probabilité d'obtenir des propositions d'un grand nombre de soumissionnaires ayant les qualifications voulues. En fait, les soumissionnaires qui ont les compétences recherchées peuvent hésiter à soumettre une offre pour des projets coûteux si le nombre de soumissionnaires est trop élevé et s'ils courent le risque de voir leurs propositions mises en concurrence avec des propositions irréalistes ou présentées par des soumissionnaires non qualifiés. Par conséquent, les appels d'offres ouverts sans présélection ne sont pas à recommander pour l'attribution de la plupart des contrats de PPP.

b) Définition du cahier des charges du projet

20. Dans la passation traditionnelle de marchés publics de travaux de construction, l'entité adjudicatrice joue généralement le rôle de maître d'ouvrage ou d'employeur, tandis que l'entrepreneur sélectionné joue celui d'exécuteur des travaux. Les procédures de passation de marchés mettent l'accent sur les intrants que doit fournir l'entrepreneur ; autrement dit l'autorité contractante définit clairement ce qui doit être construit, de quelle manière et selon quelles méthodes. Les appels d'offres pour des travaux de construction s'accompagnent donc couramment de spécifications techniques très détaillées sur la nature des travaux et des services demandés. L'autorité contractante est alors chargée de veiller à ce que les spécifications correspondent au type d'infrastructure à construire et à ce que ladite infrastructure puisse être exploitée de manière efficace.

21. Pour de nombreux PPP, en revanche, l'autorité contractante peut envisager une répartition différente des responsabilités entre le secteur public et le secteur privé. Elle peut alors, après avoir établi l'existence d'un besoin particulier, préférer laisser au secteur privé la responsabilité de proposer la meilleure façon de satisfaire ce besoin, en stipulant cependant certaines exigences (par exemple, exigences réglementaires ou de sécurité, preuves suffisantes que les solutions techniques proposées ont déjà été essayées et satisfont aux normes de sécurité et autres normes internationalement acceptables). La procédure d'attribution choisie par l'autorité contractante peut ainsi mettre l'accent davantage sur les résultats attendus du projet (c'est-à-dire les services ou les biens à fournir) que sur les détails techniques des travaux à exécuter ou sur les moyens à mettre en œuvre pour fournir ces services (voir par. 70 à 72).

c) Critères d'évaluation

22. Pour les projets devant être financés, détenus et exploités par des autorités publiques, les biens, travaux de construction et services sont généralement achetés au moyen des fonds disponibles au titre des crédits budgétaires approuvés. Ayant des sources de financement habituellement sûres, l'entité adjudicatrice a pour principal objectif de tirer le meilleur parti possible des fonds qu'elle dépense. Par conséquent, dans ce type de marché, le facteur décisif pour choisir entre les offres conformes et techniquement acceptables (c'est-à-dire celles qui ont atteint le seuil fixé pour les aspects qualitatifs et techniques) est souvent le prix global proposé pour les travaux, qui est calculé sur la base du coût de ces travaux et d'autres coûts assumés par l'entrepreneur majorés d'une certaine marge bénéficiaire.

23. De leur côté, de nombreux PPP sont censés s'autofinancer, les recettes qu'ils procurent devant permettre de rembourser les coûts de construction et d'exploitation, même si certains projets (« PPP non concessifs ») peuvent prévoir un paiement spécifique par l'autorité contractante (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 15 et 16). Par conséquent, il convient de prendre en considération, outre les coûts de construction et d'exploitation et la redevance devant être versée par l'utilisateur ou l'autorité publique, un certain nombre d'autres facteurs liés à la capacité du partenaire privé potentiel de gérer certains risques du projet que le secteur public n'est pas disposé à assumer (principalement, mais pas uniquement, en relation avec la technologie ou le secteur particulier). Ainsi, l'autorité contractante devra examiner avec soin la faisabilité financière et commerciale du projet, telle qu'elle sera présentée par les soumissionnaires dans le cadre de l'évaluation préliminaire effectuée par l'autorité publique, la rationalité des arrangements financiers proposés par les soumissionnaires et la fiabilité des solutions techniques employées et leur adaptabilité au contexte local. Cela vaut même en l'absence de garanties ou de paiements des pouvoirs publics, car les projets inachevés ou les projets dans lesquels les prévisions de dépenses sont largement dépassées

ou les frais de maintenance sont plus élevés que prévu ont souvent un effet négatif sur la disponibilité générale des services nécessaires et sur l'opinion publique du pays hôte. En outre, l'autorité contractante aura pour objectif de formuler des critères de qualification et d'évaluation qui donnent l'importance voulue à la nécessité d'assurer la continuité du service public visé et, selon les cas, l'accès universel à ce service. Par ailleurs, étant donné la durée, généralement longue, des contrats de PPP, l'autorité contractante devra s'assurer de la viabilité et de l'acceptabilité des arrangements proposés pour la phase d'exploitation et évaluera soigneusement les éléments des propositions ayant trait aux services (voir par. 72.). Conformément aux bonnes pratiques suivies dans les grands projets de construction, les coûts pendant l'intégralité du cycle de vie devraient également être pris en compte dans les critères d'évaluation. Cela vaut d'autant plus pour les projets de PPP dans lesquels les soumissionnaires ont la possibilité de faire un certain nombre de propositions techniques pour atteindre les objectifs, dont certaines peuvent être plus coûteuses à appliquer que d'autres.

d) *Négociations avec les soumissionnaires*

24. Les lois et règlements qui régissent les procédures d'appel d'offres pour des biens ou services interdisent souvent toute négociation entre l'autorité contractante et les entrepreneurs au sujet d'une proposition soumise par ces derniers. Le raisonnement à la base de cette interdiction stricte, qui figure également à l'article 44 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, est que ces négociations pourraient aboutir à des « enchères », dans lesquelles une proposition faite par un entrepreneur servirait à faire pression sur un autre entrepreneur pour l'amener à baisser ses prix ou à faire une proposition plus avantageuse à d'autres égards. En raison de cette interdiction absolue, les entrepreneurs choisis pour fournir des biens ou des services conformément à une procédure traditionnelle de passation des marchés sont normalement tenus de signer des documents contractuels types qui leur sont soumis au cours de cette procédure.

25. Il en va autrement dans l'attribution de contrats de PPP. Du fait de la complexité et de la durée de ces projets, il est peu probable que l'autorité contractante soit en mesure de déterminer les exigences techniques et autres du projet sans examiner au préalable les besoins et les différentes options possibles avec les soumissionnaires qualifiés. C'est la raison pour laquelle le *Guide* recommande le recours à une procédure d'attribution telle que la demande de propositions avec dialogue prévue à l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, qui prévoit une structure transparente pour les négociations entre l'autorité contractante et les soumissionnaires à une étape de la procédure qui ne conduit pas à remettre en cause les critères de départ (voir par. 95 à 98 ; en ce qui concerne l'importance d'une bonne planification et d'une bonne préparation du projet pour ce qui est de définir la marge de négociation à l'étape de la sélection, voir aussi chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 52 ; en ce qui concerne la

nécessité de préserver les éléments ayant conduit à l'attribution pendant la phase d'exécution du contrat, voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 140 à 144).

4. *Préparatifs de la procédure d'attribution*

26. L'attribution de contrats de PPP est dans la plupart des cas une opération complexe qui doit être soigneusement planifiée et coordonnée entre les services concernés. En garantissant que les structures administratives et le personnel adéquats sont disponibles pour mener à bien le type de procédure d'attribution retenu, les pouvoirs publics contribuent de façon décisive à inspirer la confiance dans cette procédure. Par ailleurs, l'intervention d'un service ou d'un bureau chargé des PPP à l'échelle nationale ou locale est largement considérée comme constituant une bonne pratique pour rationaliser les préparatifs de la procédure d'attribution.

a) *Diffusion précoce d'informations sur les projets de PPP à venir*

27. Les États qui incluent des projets de PPP dans leur planification d'infrastructures à moyen et long termes, comme le *Guide* les y encourage (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 17), peuvent souhaiter publier des informations relatives aux procédures de sélection prévues ou possibles pour des projets de PPP pour les mois ou les années à venir, comme l'envisage l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. L'objectif de cette diffusion précoce d'informations est de permettre à un plus grand nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs d'être informés des possibilités de marchés à venir, de déterminer s'ils sont intéressés à participer et de se préparer en conséquence. La publication de ces informations peut aussi avoir un effet positif dans le contexte plus général de la gouvernance, notamment en ouvrant la passation de marchés à l'examen du grand public et à la participation de la société civile et des communautés locales. Dans la pratique, de tels préavis peuvent être utiles, par exemple, pour déterminer, avant de lancer une procédure de sélection, si le marché est susceptible de répondre aux besoins de l'autorité contractante. Ce type d'étude de marché peut s'avérer utile dans les secteurs à évolution rapide (comme celui de l'information et des télécommunications) pour permettre au secteur public de déterminer si des solutions novatrices sont déjà proposées ou envisagées. Les réactions au préavis peuvent montrer qu'il ne serait pas possible ou souhaitable de mener à bien le projet de la manière prévue par l'autorité publique. Sur la base des données recueillies, l'autorité contractante peut prendre une décision plus éclairée quant à la méthode de sélection la plus appropriée pour l'attribution du contrat. Il ne faut pas confondre ce préavis avec l'appel à manifestation d'intérêt qui est généralement publié dans une procédure de demande de propositions (voir sect. C, par. 51 à 64), car la publication d'un tel appel n'oblige pas l'autorité contractante à solliciter des propositions auprès de tous ceux qui ont manifesté leur intérêt.

b) *Désignation des membres du comité d'attribution*

28. Une mesure préparatoire importante est la désignation des membres du comité chargé d'évaluer les propositions et de soumettre une recommandation à l'autorité contractante. La désignation de personnes qualifiées et impartiales, non seulement est indispensable pour effectuer une bonne évaluation des propositions, mais peut aussi renforcer la confiance des soumissionnaires dans la procédure d'attribution.

29. Une autre mesure préparatoire importante est la désignation des conseillers indépendants qui seront chargés d'aider l'autorité contractante dans la procédure d'attribution. L'autorité contractante peut en effet avoir besoin, à ce stade, de s'assurer les services d'experts ou de conseillers indépendants pour l'aider à établir des critères de qualification et d'évaluation appropriés, à définir les indicateurs de résultats (et, si nécessaire, le cahier des charges), et à préparer la documentation qui devra être fournie aux soumissionnaires. Des consultants et conseillers peuvent aussi l'aider à évaluer les propositions et à rédiger et négocier l'accord de projet. Ils peuvent enfin apporter de vastes connaissances techniques spécialisées dont l'administration publique de l'autorité contractante ne dispose pas toujours, comme des conseils en ingénierie (par exemple, sur l'évaluation technique du projet ou des installations et les clauses techniques du contrat) ; des conseils dans le domaine de l'environnement (par exemple, sur l'évaluation des aspects environnementaux et les spécifications d'exploitation) ; ou des conseils d'ordre juridique et financier (par exemple, sur les projections financières, l'examen des sources de financement, la détermination du ratio d'endettement adéquat, ainsi que la rédaction des documents contractuels et d'information financière).

c) *Étude de faisabilité et autres études*

30. Ainsi qu'il a déjà été indiqué (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 5 à 21), l'une des premières mesures que devraient prendre les pouvoirs publics lorsqu'un projet d'infrastructure est envisagé est d'effectuer une évaluation préliminaire de sa faisabilité, y compris d'aspects économiques et financiers tels que les avantages économiques attendus, le coût estimé et les recettes potentielles de l'exploitation de l'ouvrage, ainsi que de son impact social et environnemental. Pour choisir de construire une infrastructure dans le cadre d'un PPP, il faut que les études de faisabilité et de viabilité financière du projet aboutissent à des conclusions positives et établissent que cette forme de projet est préférable à toute autre méthode de passation. Dans certains pays, il a été jugé utile de prévoir une participation des pouvoirs publics à l'évaluation préliminaire de l'impact du projet sur la société et l'environnement et des diverses options possibles pour le réduire au minimum.

31. Avant d'entamer la procédure qui aboutira à la sélection d'un partenaire privé éventuel, il est souhaitable que l'autorité contractante examine et, dans la plupart

des cas, élargisse la portée de ces études initiales. Dans certains pays, il est conseillé aux autorités contractantes d'élaborer des projets types à des fins de référence (ces projets comportent généralement à la fois une estimation des investissements, des dépenses d'exploitation et de maintenance) avant d'inviter le secteur privé à soumettre des propositions. Ces projets types ont pour objet de démontrer la viabilité de l'exploitation commerciale de l'infrastructure et l'accessibilité du projet en termes de coût global d'investissement et de coût pour le public. Ils constituent aussi pour l'autorité contractante un instrument utile de comparaison et d'évaluation des propositions. La confiance des soumissionnaires sera renforcée s'ils ont la certitude que l'autorité contractante a examiné avec soin les hypothèses techniques, économiques et financières du projet, tout comme le rôle envisagé du secteur privé.

d) Préparation de la documentation

32. La procédure de sélection pour l'attribution de contrats de PPP exige généralement la préparation d'un dossier exhaustif, comprenant un descriptif du projet, le dossier de présélection, la demande de propositions, les instructions pour l'établissement des propositions et un projet du contrat de PPP. La qualité et la clarté du dossier fourni par l'autorité contractante contribuent beaucoup à garantir l'efficacité et la transparence de la procédure d'attribution. Là encore, le travail des services chargés des PPP est largement jugé positif en ce qu'ils regroupent la publication de documents clairs et concis qui sont conformes à la pratique des soumissionnaires.

33. Une documentation type rédigée en des termes suffisamment précis peut être un élément important qui facilitera les négociations entre les soumissionnaires et les prêteurs et investisseurs potentiels. Elle peut aussi être utile pour assurer le traitement cohérent des questions communes à la plupart des projets dans un secteur donné. Toutefois, lorsqu'on utilise des clauses contractuelles types, il faut garder à l'esprit le fait qu'un projet particulier peut soulever des problèmes qui n'avaient pas été envisagés lors de l'élaboration du document type ou qu'il peut appeler des solutions qui pourraient s'écarter des clauses types. Il convient de veiller à trouver un équilibre approprié entre le degré d'uniformité souhaité pour les accords de projet d'un type particulier et la souplesse que peut exiger la recherche de solutions adaptées à chaque projet.

B. Présélection des soumissionnaires

34. Compte tenu de la nature technique de la plupart des projets de PPP et de leur fréquente complexité, l'autorité contractante devrait uniquement solliciter des propositions auprès de soumissionnaires qui remplissent certains critères de qualification. Dans la passation traditionnelle de marchés publics, la procédure de

préqualification peut consister à vérifier certaines conditions de forme telles que des preuves adéquates de la capacité technique ou une expérience antérieure du type de marché visé, de façon que tous les soumissionnaires qui répondent aux critères de présélection soient automatiquement admis à la procédure d'appel d'offres. Pour les marchés complexes ou les projets de PPP, la procédure de présélection peut comporter des éléments de comparaison et de sélection. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque l'autorité contractante établit un classement des soumissionnaires présélectionnés.

35. Dans certains pays, des lignes directrices pratiques sur les procédures d'attribution encouragent les autorités contractantes nationales à limiter le nombre de propositions au plus petit nombre possible qui suffit pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple). À cette fin, ces pays appliquent un système de notation quantitative pour les normes de conformité techniques, de gestion, financières, environnementales, éthiques et autres (par exemple, absence d'exclusion dans le passé, statut en matière de lutte contre la corruption), en tenant compte de la nature du projet. Les critères de présélection quantitatifs sont jugés plus facilement applicables et plus transparents que les critères qualitatifs qui exigent le recours à des points de valeur. Toutefois, lorsqu'on élabore un système de notation quantitative, il est important d'éviter de limiter inutilement la marge de manœuvre dont dispose l'autorité contractante pour évaluer les qualifications des soumissionnaires. Cette dernière peut aussi devoir tenir compte du fait que les principes directeurs en matière de passation de marchés de certaines institutions financières multilatérales peuvent limiter le recours à une procédure de présélection visant à limiter le nombre de soumissionnaires. En tout état de cause, l'application d'un tel système de notation doit être clairement indiquée dans le dossier de présélection. Dans certains projets plus petits et moins complexes, en raison du nombre important de fournisseurs ou d'entrepreneurs aux qualifications à peu près équivalentes susceptibles d'être qualifiés pour participer à l'appel d'offres, l'autorité contractante peut éprouver des difficultés à sélectionner les soumissionnaires potentiels en appliquant un système de notation quantitative. Dans ce type de situations hautement concurrentielles, elle aurait du mal à formuler des critères de soumission et à mettre au point des méthodes de qualification des soumissionnaires qui garantissent l'efficacité du processus d'attribution. Dans certains pays, les autorités contractantes tentent d'y parvenir par la sélection aléatoire des fournisseurs ou des entrepreneurs, en tirant par exemple au sort parmi des fournisseurs ou des entrepreneurs préqualifiés figurant sur une liste de fournisseurs déjà établie. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ne prévoit pas, quant à elle, de listes de fournisseurs, parce qu'il a semblé que les dispositions très souples sur les accords-cadres énoncées dans son chapitre VII permettaient de bénéficier des avantages présentés par ces listes sans devoir assumer les risques élevés qu'elles sont réputées poser en matière de transparence et de concurrence.

1. Invitation à participer à la procédure de présélection

36. Afin de favoriser la transparence et la concurrence, il est souhaitable de diffuser l'invitation à participer à la procédure de présélection de manière à atteindre une audience suffisamment large pour garantir une véritable concurrence. Dans de nombreux pays, la loi précise dans quelle publication, généralement le journal officiel ou une autre publication officielle, cette invitation doit être diffusée. La publication électronique de l'invitation sur un portail spécialement conçu à cet effet (par exemple le site Web du service chargé des PPP, s'il en existe un), constitue aussi un moyen de diffusion efficace et largement utilisé. Pour encourager la participation de sociétés étrangères et favoriser au maximum la concurrence, l'autorité contractante peut exiger que les invitations à participer à la procédure de présélection soient diffusées à l'échelle internationale, par exemple dans des revues spécialisées, lors de conférences, sur des sites Web gouvernementaux et dans des journaux internationaux, de manière à atteindre d'éventuels soumissionnaires intéressés dans d'autres pays. On peut également passer par le site Web du United Nations Development Business⁵.

37. Le dossier de présélection devrait contenir suffisamment de renseignements pour que les soumissionnaires puissent déterminer s'ils seraient en mesure de réaliser les travaux et fournir les services visés dans le projet et, dans l'affirmative, de quelle manière ils peuvent participer à la procédure de sélection. L'invitation à la procédure de présélection devrait non seulement indiquer l'infrastructure à construire ou à rénover, mais également donner des informations sur d'autres éléments essentiels du projet, tels que les services à fournir par le partenaire privé, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple, si le projet sera entièrement financé par les redevances des usagers ou des péages ou si des fonds publics peuvent être dégagés sous forme de paiements directs, de prêts ou de garanties) et, le cas échéant, résumer les principales clauses de l'accord de projet qui sera conclu à l'issue de la procédure de sélection (répartition des risques).

2. Critères de présélection

38. En outre, l'invitation à participer à la procédure de présélection devrait donner des informations générales analogues à celles que contient normalement le dossier de présélection prévu dans les règles générales relatives à la passation des marchés publics⁶.

39. En règle générale, les soumissionnaires devraient être tenus de fournir la preuve qu'ils possèdent les qualifications professionnelles, techniques et

⁵ <https://devbusiness.un.org/>.

⁶ Voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 7, 8 et 10.

environnementales, les ressources financières et humaines, les équipements et autres moyens matériels, les compétences de gestion, la fiabilité et l'expérience nécessaires pour mener à bien le projet. D'autres critères pourraient être particulièrement pertinents pour les projets de PPP, comme la capacité de gérer les aspects financiers du projet et une expérience antérieure de l'exploitation d'une infrastructure publique ou de la fourniture de services sous surveillance réglementaire (par exemple, indicateurs de qualité de leurs réalisations passées, dimension et type des projets déjà réalisés par les soumissionnaires) ; le niveau d'expérience du personnel clef appelé à s'occuper du projet ; des moyens organisationnels suffisants (dont le matériel minimum pour les travaux de construction, d'exploitation et de maintenance) ; la capacité de faire face aux besoins financiers des phases d'ingénierie, de construction et d'exploitation du projet (étayée, par exemple, par la preuve de la capacité des soumissionnaires d'investir suffisamment de fonds propres, ainsi que des preuves suffisantes de leur solidité financière, données par des banques de renom). Conformément aux engagements politiques de haut niveau et aux obligations conventionnelles de développement durable, de bonne gouvernance, de transparence et d'éthique des affaires, les autorités contractantes exigent souvent que les soumissionnaires prouvent qu'ils répondent à des critères éthiques reconnus (certification environnementale, absence de condamnation pour corruption, déclaration concernant la politique du travail). Les exigences en matière de qualifications devraient porter sur toutes les phases d'un projet d'infrastructure, y compris, au besoin, la gestion du financement, l'ingénierie, la construction, l'exploitation et la maintenance. En outre, les soumissionnaires devraient être tenus de démontrer qu'ils satisfont aux autres critères de qualification normalement appliqués dans le cadre de la législation générale sur la passation des marchés du pays concerné⁷. Les critères de présélection devraient être objectivement justifiables et adaptés à l'objet du contrat de PPP. En outre, ils ne devraient pas être utilisés de manière discriminatoire pour exclure automatiquement les soumissionnaires potentiels de certains pays.

40. L'une des questions importantes que devra examiner l'autorité contractante concerne la relation entre l'attribution d'un projet donné et la politique suivie par les pouvoirs publics dans le secteur concerné (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 28 à 32). S'ils recherchent la concurrence, les pouvoirs

⁷ Par exemple, avoir la capacité de conclure le contrat de PPP ; ne pas être en situation d'insolvabilité, de règlement judiciaire, de faillite ou de liquidation, ne pas avoir leurs affaires gérées par un tribunal ou un administrateur judiciaire, ne pas être sous le coup d'une mesure de suspension des activités commerciales et ne pas faire l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons susmentionnées ; s'être acquittés de leurs obligations en matière d'impôts ou de cotisations sociales dans l'État ; ne pas avoir été, non plus que leurs administrateurs ou leurs dirigeants, condamnés pour une infraction pénale liée à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution d'un marché, durant un certain nombre d'années précédant l'ouverture de la procédure de sélection, ou n'avoir été de nulle autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou d'exclusion (voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 9-2).

publics peuvent avoir intérêt à veiller à ce que le marché ou le secteur visé ne soit pas dominé par une seule entreprise. Pour mettre en œuvre une telle politique et éviter une domination du marché par des soumissionnaires auxquels un contrat de PPP a déjà pu être attribué dans un secteur donné de l'économie, l'autorité contractante peut souhaiter inclure, dans le dossier de présélection concernant de nouveaux PPP, des dispositions limitant la participation de tels soumissionnaires ou empêchant qu'ils ne bénéficient d'une autre attribution. À des fins de transparence, il est souhaitable que la loi prévoit que lorsque l'autorité contractante se réserve le droit de rejeter une proposition pour les raisons susmentionnées ou pour des raisons analogues, ce fait soit dûment indiqué dans l'invitation à la procédure de présélection.

41. Les exigences en matière de qualifications doivent s'appliquer de la même manière à tous les soumissionnaires. Une autorité contractante ne devrait appliquer en la matière aucun critère, aucune condition ni aucune procédure non énoncés dans le dossier de présélection. Lors de l'examen des qualifications professionnelles, techniques et environnementales d'un consortium soumissionnaire, l'autorité contractante devrait prendre en considération les spécialisations des différents membres du consortium et déterminer si la combinaison de ces qualifications permettrait de répondre aux besoins, à toutes les étapes du projet.

3. Questions relatives à la participation de consortiums soumissionnaires

42. Étant donné l'envergure de la plupart des projets d'infrastructure, les entreprises intéressées participent généralement à la procédure d'attribution par le biais de consortiums spécialement créés à cette fin. Par conséquent, les renseignements demandés aux membres d'un consortium devraient concerner à la fois ce dernier dans son ensemble et ses différents participants. Afin de faciliter la liaison avec l'autorité contractante, il peut être utile de spécifier dans le dossier de présélection que chaque consortium doit charger l'un de ses membres de coordonner toutes les communications avec elle. Il est généralement souhaitable que l'autorité contractante exige des membres du consortium qu'ils soumettent une déclaration sous serment dans laquelle ils s'engagent, si le contrat leur est octroyé, à être liés conjointement et solidairement pour les obligations assumées au nom du consortium au titre du contrat de PPP, tout au moins jusqu'à ce qu'ils constituent et financent une société de projet revêtant la forme d'une entité ad hoc, et que celle-ci conclue le contrat de PPP avec l'autorité contractante. Les membres d'un consortium sont, de fait, rarement disposés à porter le projet en leur nom propre. L'autorité contractante peut elle-même préférer que le projet soit mis en œuvre par une personne morale qui ait son siège dans le pays hôte, soit spécialement constituée à cette fin et, partant, ne soit pas entravée par des passifs antérieurs ou des activités parallèles. C'est pourquoi, dans la pratique, l'autorité contractante se réserve

généralement le droit de demander ultérieurement que les membres du consortium sélectionné créent une personne morale indépendante pour mener à bien le projet (voir aussi chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 13 et 14).

43. Il est également souhaitable que l'autorité contractante examine avec soin la composition des consortiums et des sociétés mères dont ils dépendent. Il peut arriver qu'une société s'associe, directement ou par l'intermédiaire de filiales, à plusieurs consortiums pour soumettre des propositions pour un même projet. Cette situation ne devrait pas être autorisée, car elle comporte le risque de fuite de renseignements ou de collusion entre consortiums concurrents, portant ainsi atteinte à la crédibilité de la procédure d'attribution. Il est donc recommandé de spécifier dans l'invitation à participer à la procédure de présélection que chacun des membres d'un consortium qualifié ne peut participer, directement ou par le biais de filiales, qu'à une seule soumission pour un projet donné. Une violation de cette règle devrait entraîner la disqualification du consortium et de chacun de ses membres, sauf dans des circonstances exceptionnelles dans lesquelles la participation à plusieurs consortiums peut être autorisée, par exemple lorsque le projet en question nécessite des connaissances ou une méthode ou technologie exclusive qu'une seule ou un très petit nombre d'entreprises possèdent.

4. *Présélection et préférences nationales*

44. Les lois de certains pays prévoient une forme ou une autre de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement particulier aux soumissionnaires qui s'engagent à utiliser des produits fabriqués dans le pays ou à employer de la main-d'œuvre locale. Un tel traitement préférentiel ou spécial peut être prévu dans les conditions de qualification (pourcentage minimum de participation nationale dans le consortium, par exemple) ou à titre de condition préalable pour participer à la procédure d'attribution (désignation d'un partenaire local à la tête du consortium soumissionnaire, par exemple). Le traitement préférentiel donné aux exploitants nationaux, voire l'exclusion pure et simple des entités étrangères, peuvent aussi parfois se justifier dans des secteurs stratégiques et sensibles comme la défense nationale et les opérations de sécurité. L'autorité contractante devrait déclarer dès le début ce genre de limites parmi les critères d'éligibilité, les consigner dans le procès-verbal de la procédure d'attribution et en indiquer les motifs, à toute personne qui en fait la demande, conformément à l'article 8 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

45. Les préférences nationales peuvent engendrer divers problèmes. Tout d'abord, elles ne sont pas autorisées dans les principes directeurs de certaines institutions financières internationales et peuvent être incompatibles avec des obligations internationales contractées par de nombreux États en vertu d'accords relatifs au commerce

international ou à l'intégration économique régionale ou la libéralisation des échanges. En outre, du point de vue du pays hôte, il est important de mettre en balance les avantages attendus et l'inconvénient qu'il y a à priver l'autorité contractante de la possibilité d'obtenir de meilleures options pour répondre aux besoins nationaux d'infrastructure. Il importe également de ne pas s'isoler complètement de la concurrence étrangère afin de ne pas perpétuer dans les secteurs visés de l'industrie nationale de faibles niveaux d'économie, d'efficacité et de compétitivité. C'est la raison pour laquelle de nombreux pays qui souhaitent offrir des incitations aux fournisseurs nationaux, tout en mettant à profit la concurrence internationale, n'envisagent pas d'exclure systématiquement toute participation étrangère ou d'avoir recours à des règles de qualification restrictives. Les préférences nationales peuvent prendre la forme de critères spéciaux d'évaluation qui fixent des marges de préférence pour les soumissionnaires nationaux ou les soumissionnaires qui s'engagent à acheter des fournitures, des services et des produits sur le marché local. La formule de la marge de préférence, qui est prévue au paragraphe 3 de l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, est plus transparente que des critères de qualification ou d'évaluation subjectifs. En outre, cette formule permet à l'autorité contractante de donner la préférence à des soumissionnaires locaux qui peuvent se rapprocher des normes de la concurrence internationale, et à le faire sans exclure complètement la concurrence étrangère. Par ailleurs, on a observé que le fait d'exiger des soumissionnaires qu'ils recourent à du contenu local pouvait entraîner une réduction de leur responsabilité au regard de la qualité, voire du résultat final du projet. Lorsque l'application de préférences nationales est envisagée, il faudrait l'annoncer à l'avance, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

5. Contribution aux frais de participation à la procédure d'attribution

46. Conformément à l'article 38 et au paragraphe 4 de l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, le prix demandé pour le dossier de présélection ne devrait pas dépasser le coût de la distribution aux soumissionnaires. Compte tenu du coût élevé des études préliminaires et des travaux préparatoires, y compris pour l'établissement de la demande de propositions, de contrats types et d'autres documents liés à la soumission, il n'est pas rare, dans la pratique internationale, que l'autorité contractante cherche à recouvrer au moins une partie de ces frais à travers des « frais d'établissement » fixés à un montant supérieur au simple coût d'impression du dossier d'appel d'offres. L'autorité contractante devrait s'efforcer d'en aligner le montant sur des projets similaires, en tenant compte des pratiques et des attentes du marché. De fait, ces frais d'établissement ne devraient pas constituer un moyen supplémentaire de limiter le nombre de soumissionnaires. Une telle pratique est inefficace et renchérit encore le coût, déjà élevé, de la participation à la procédure de préqualification. Le coût élevé de

l'élaboration de propositions pour des projets d'infrastructure et le risque relativement important qu'une procédure d'attribution n'aboutisse pas à l'attribution d'un contrat peuvent dissuader certaines entreprises de s'associer à un consortium pour soumettre une proposition, en particulier lorsqu'elles connaissent mal les procédures d'attribution appliquées dans le pays hôte.

47. C'est pourquoi certains pays autorisent l'autorité contractante à envisager des arrangements pour indemniser les soumissionnaires présélectionnés lorsqu'il ne peut être donné suite au projet pour des raisons indépendantes de leur volonté ou pour participer aux dépenses qu'ils encourent après la phase de présélection, lorsque la complexité du projet et la perspective d'améliorer sensiblement la qualité de la concurrence le justifient. Lorsqu'une telle participation ou indemnisation est envisagée, il faudrait en aviser dûment les soumissionnaires potentiels sans tarder, de préférence dans l'invitation à participer à la procédure de présélection.

6. Procédure de présélection

48. L'autorité contractante devrait répondre à toute demande d'éclaircissements relative au dossier de présélection qu'elle reçoit d'un consortium soumissionnaire dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes, afin de permettre aux soumissionnaires de présenter leur demande dans les délais. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres soumissionnaires devrait être communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les soumissionnaires auxquels l'autorité contractante a envoyé le dossier de présélection.

49. Une fois la phase de présélection terminée, l'autorité contractante établit en général une liste des soumissionnaires présélectionnés qui seront ensuite invités à soumettre des propositions. Elle peut parfois se heurter à un problème pratique lorsque des modifications de la composition d'un consortium soumissionnaire sont proposées au cours de la procédure d'attribution. Elle doit faire preuve de prudence lorsqu'une telle proposition intervient après la clôture de la phase de présélection. Des changements dans la composition d'un consortium risquent en effet de modifier sensiblement la base sur laquelle elle s'est fondée pour établir sa liste sélective et peuvent susciter des doutes quant à l'intégrité de la procédure d'attribution. En règle générale, seuls les soumissionnaires présélectionnés devraient être autorisés à participer à la phase d'attribution, sauf si un nouveau membre du consortium satisfait aux critères de présélection essentiellement dans la même mesure que le membre dont il a pris la place.

50. S'il ne convient pas de revoir les critères établis pour la présélection des soumissionnaires lors de la phase d'évaluation, l'autorité contractante peut néanmoins souhaiter se réserver le droit de demander, à tout moment de la procédure

d'attribution, que les soumissionnaires apportent de nouveau la preuve de leurs qualifications conformément aux mêmes critères que ceux qui ont été appliqués pour la présélection.

C. Procédures de demande de propositions

51. La présente section examine les procédures utilisées pour solliciter des propositions auprès des soumissionnaires présélectionnés. Comme indiqué plus haut, celles-ci suivent les principales caractéristiques des méthodes de passation prévues dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, avec quelques adaptations nécessaires pour répondre aux besoins des autorités contractantes.

1. Structure et étapes de la procédure

52. Il est souhaitable, après la présélection des soumissionnaires, que l'autorité contractante revoie son étude de faisabilité initiale ainsi que la définition des prescriptions en matière de résultats et d'exécution et se demande si une révision de ces prescriptions est nécessaire à la lumière des renseignements obtenus pendant la procédure de présélection. À ce stade, elle devrait avoir déjà déterminé si elle recourra à une procédure en une seule étape ou en deux étapes pour solliciter des propositions, ou s'il serait plus efficace de recourir à la demande de propositions avec dialogue.

a) Procédure en une seule étape

53. Le choix de la procédure de demande de propositions dépendra de la nature du contrat, de la précision avec laquelle l'autorité contractante pourra définir les spécifications techniques et de la décision de prendre ou non en considération le produit demandé (ou les indicateurs de résultats) pour la sélection du partenaire privé. S'il est possible et souhaitable que l'autorité contractante formule des indicateurs de résultats ou un cahier des charges suffisamment précis ou définitifs, la procédure d'attribution peut ne comporter qu'une seule étape. Dans ce cas, après avoir terminé la présélection, elle émettra directement une demande définitive de propositions (voir par. 65 à 79). Le contrat sera attribué au soumissionnaire présentant la proposition qui répond le mieux *a)* aux critères autres que le prix précisés dans la demande de propositions et *b)* au critère du prix (voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 47-10). On pourra introduire une certaine souplesse dans le processus (par exemple lorsque l'autorité contractante doit évaluer les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance avant d'examiner et de négocier les aspects financiers des propositions) en autorisant une dernière série de négociations consécutives avec les soumissionnaires qui ont présenté une proposition jugée conforme, dans l'ordre de leur classement (voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 50).

54. La procédure d'attribution en une seule étape peut convenir pour des projets relativement simples et modestes, pour lesquels l'autorité contractante possède des connaissances techniques suffisantes et ne s'attend pas à ce que le secteur privé apporte des solutions, des technologies ou des connaissances novatrices. Dans la plupart des projets de PPP, toutefois, l'autorité contractante ne sera pas toujours en mesure d'établir un cahier des charges ou des indicateurs de résultats suffisamment détaillés et précis pour que les propositions puissent être formulées, évaluées et comparées de manière uniforme, sur la base de ce cahier des charges et de ces indicateurs. Il peut en être ainsi, par exemple, lorsqu'elle n'a pas déterminé le type d'intrants techniques et matériels qui conviendrait pour un projet donné (par exemple, le type de matériaux de construction à utiliser pour un pont). Plus un projet est grand et complexe, moins il y a de chances qu'une procédure d'attribution en une seule étape convienne ou donne des résultats satisfaisants. Dans de tels cas, il ne sera peut-être pas jugé souhaitable, si l'on désire obtenir le meilleur rapport qualité-prix, que l'autorité contractante se fonde sur des spécifications ou des indicateurs élaborés sans échange de vues avec les soumissionnaires quant aux capacités exactes et aux modifications pouvant être apportées aux offres faites. Par conséquent, dans la plupart des cas, l'autorité contractante juge qu'il est nécessaire d'avoir des échanges avec les fournisseurs ou entrepreneurs pour *a*) préciser ses besoins et les présenter dans une description commune (appel d'offres en deux étapes) ou *b*) définir ses besoins et solliciter des propositions qui y répondent (demande de propositions avec dialogue).

b) Procédure en deux étapes

55. Lorsque la procédure d'attribution se divise en deux étapes⁸, les soumissionnaires sont généralement invités, dans la demande initiale de propositions, à présenter des propositions en fonction des résultats d'ensemble recherchés et des autres caractéristiques du projet ainsi que des clauses contractuelles proposées. L'appel d'offres permet aux soumissionnaires de proposer leurs propres solutions pour répondre aux besoins particuliers conformément aux normes de service définies. Les propositions soumises à ce stade consistent normalement dans des solutions fondées sur un schéma théorique ou sur des indicateurs de résultats sans indication d'éléments financiers, tels que le prix ou le niveau de rémunération escompté. Elles ne devraient pas être considérées comme constituant des propositions définitives et l'autorité contractante ne devrait même pas demander d'engagement de prix à cette étape⁹.

⁸ L'article 48 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics traite de l'appel d'offres en deux étapes.

⁹ Voir *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, p. 199.

56. Dans la mesure où les clauses des arrangements contractuels sont déjà connues de l'autorité contractante, elles devraient être incluses dans la demande de propositions, éventuellement sous forme de projet du contrat de PPP. La connaissance de certaines de ces clauses, telles que la répartition des risques envisagée par l'autorité contractante, est importante pour que les soumissionnaires puissent formuler leurs propositions et examiner avec les prêteurs potentiels les possibilités d'obtenir un financement (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 26). La réaction initiale à ces clauses contractuelles, en particulier la répartition des risques envisagée, peut aider l'autorité contractante à réévaluer la faisabilité du projet dans sa conception initiale. Toutefois, il est important d'établir une distinction entre la procédure de demande de propositions et la négociation du contrat final, une fois le projet attribué. Cette première étape a pour but de donner à l'autorité contractante la possibilité de formuler ultérieurement ses exigences de manière que la concurrence s'exerce en fin de compte sur la base d'un ensemble unique de paramètres. L'invitation à soumettre des propositions initiales ne devrait pas conduire à une négociation des clauses du contrat avant son attribution définitive.

57. L'autorité contractante peut ensuite réunir les soumissionnaires afin de tirer au clair certaines questions concernant la demande de propositions et le dossier qui l'accompagne. Elle peut, au cours de cette première étape, procéder à des échanges de vues avec tout soumissionnaire au sujet d'un aspect quelconque de sa proposition. Elle devrait traiter les propositions de manière à éviter que leur contenu ne soit dévoilé aux soumissionnaires concurrents ou à toute autre personne qui ne serait pas expressément autorisée à obtenir ces informations. Les échanges de vues doivent être confidentiels et l'une des parties à ces échanges ne doit en aucun cas révéler à autrui des informations techniques, financières ou autres y ayant trait sans le consentement de l'autre partie.

58. À l'issue de ces échanges de vues, l'autorité contractante devrait examiner et, dans les limites prévues par la législation, réviser le cahier des charges initial quant à ses caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance. Ce faisant, elle ne devrait pas modifier l'objet du projet, mais elle peut supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques initialement indiquées dans la demande de propositions. Elle peut aussi, à ce stade, supprimer ou modifier tout critère d'examen ou d'évaluation des propositions énoncé initialement et ajouter de nouveaux critères pour tenir compte, le cas échéant, de la modification des caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance du projet. Tout ajout, suppression ou modification ainsi décidé devrait être communiqué aux soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives. Les soumissionnaires qui ne souhaitent pas présenter de proposition définitive devraient avoir la possibilité de se retirer de la procédure d'attribution sans renoncer à une garantie qu'ils ont pu avoir à fournir.

c) Demande de propositions avec dialogue

59. Pour choisir le partenaire privé d'un projet de PPP, l'autorité contractante pourra aussi avoir recours à la procédure de demande de propositions avec dialogue¹⁰. Il s'agit d'une procédure conçue pour l'achat de biens ou de services relativement complexes. Cette méthode sera généralement choisie quand on recherche des solutions novatrices à des problèmes techniques, comme réaliser des économies d'énergie, promouvoir l'achat public responsable ou répondre à des besoins d'infrastructure. Diverses solutions techniques peuvent exister dans ces cas : les matériaux employés peuvent varier et utiliser une source d'énergie plutôt qu'une autre (énergie éolienne contre énergie solaire contre énergie fossile).

60. La demande de propositions avec dialogue est similaire, sur le plan procédural, à l'appel d'offres en deux étapes, mais elle présente des caractéristiques distinctes. Avec cette méthode, l'autorité contractante et les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels discutent des caractéristiques techniques, qualitatives et de performance et des aspects financiers des besoins identifiés, toujours dans le cadre d'un processus transparent et structuré. Ce dernier aboutit à une demande de « meilleures offres définitives » pour répondre aux besoins de l'autorité contractante, qui n'établit toutefois pas d'ensemble unique et commun de spécifications techniques mais seulement des exigences techniques minimales. Les meilleures offres définitives peuvent présenter diverses solutions techniques pour répondre à ces besoins ; en ce sens, ce sont les fournisseurs et entrepreneurs qui sont chargés de concevoir les solutions techniques. L'autorité contractante examine ces solutions pour vérifier si elles répondent à ses besoins ; l'évaluation sur une base concurrentielle mais équitable est une procédure plus complexe que dans l'appel d'offres en deux étapes.

61. En résumé, cette méthode vise à permettre aux fournisseurs et entrepreneurs de comprendre par le dialogue avec l'autorité contractante les besoins de celle-ci, énoncés dans sa demande de propositions. Le dialogue, qui peut comporter plusieurs étapes, est un échange entre l'autorité contractante et les fournisseurs ou entrepreneurs, tant sur les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de leurs propositions que sur leurs aspects financiers. Il peut comprendre une discussion sur les incidences financières de certaines solutions techniques, notamment le prix ou la fourchette de prix. Toutefois, comme dans l'appel d'offres en deux étapes, il n'est pas censé donner lieu à des négociations contraignantes entre les parties. À l'issue de ce dialogue, les fournisseurs ou entrepreneurs présentent leur meilleure offre définitive qui répond aux besoins de l'autorité contractante. Les offres des divers fournisseurs ou entrepreneurs peuvent être similaires en certains points et différer considérablement sur d'autres, notamment en ce qui concerne les solutions techniques proposées. Cette méthode permet donc à l'autorité contractante de comparer différentes solutions techniques en fonction de ses besoins.

¹⁰ Voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 49.

62. Les méthodes fondées sur ce type de dialogue se sont avérées avantageuses pour l'autorité contractante dans les passations de marchés de biens et de services relativement complexes où le fait de ne pas engager de dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs entraîne un coût d'opportunité élevé alors que les bénéfices économiques du dialogue sont évidents. Outre les utilisations typiques décrites plus haut, ces méthodes peuvent convenir, par exemple, à la passation de marchés de travaux d'architecture ou de construction, où il peut y avoir de nombreuses solutions aux besoins de l'autorité contractante et où le dialogue est le seul moyen d'évaluer les compétences et les connaissances spécialisées du fournisseur ou de l'entrepreneur. La complexité ne doit pas nécessairement être de nature technique : dans les projets d'infrastructure, par exemple, le lieu et le type de travaux peuvent être les principales variables. Dans de telles situations, cette méthode permet à l'autorité contractante de déterminer et d'obtenir la solution répondant le mieux à ses besoins.

63. La demande de propositions avec dialogue comporte deux étapes. À la première étape, l'autorité contractante émet une sollicitation, décrivant ses besoins sous la forme d'un cahier des charges pour aider les fournisseurs ou entrepreneurs à rédiger leurs propositions. Ces besoins peuvent être exprimés en termes fonctionnels, de performance ou de résultat, mais doivent inclure des exigences techniques minimales. Contrairement à l'appel d'offres en deux étapes, il n'est pas prévu dans ce cas que l'autorité contractante fournisse une description technique complète de l'objet du marché.

64. Cette méthode suppose que l'autorité contractante établisse une description de ses besoins avec des exigences techniques minimales, qu'elle comprenne les solutions techniques proposées et les évalue en les comparant. Elle peut donc exiger des responsables de la passation de marché des capacités que n'exigent pas d'autres méthodes, notamment pour éviter qu'elle ne serve de substitut à une bonne préparation. Le risque est alors de laisser au marché ou aux fournisseurs ou entrepreneurs la responsabilité de définir les besoins faisant l'objet de la passation de marché. Or si les fournisseurs ou entrepreneurs formulent des propositions pour répondre aux besoins de l'autorité contractante, ils ne doivent pas jouer un rôle de premier plan dans la définition de ces besoins. De manière générale, il est essentiel de faire en sorte que tous les soumissionnaires reçoivent les mêmes informations à chaque étape du dialogue et que l'ensemble du processus soit dûment consigné et assorti de garanties appropriées de façon à prévenir les abus et les comportements répréhensibles.

2. *Teneur de la demande de propositions*

65. L'autorité contractante devrait inviter les soumissionnaires à présenter des propositions sur la base du cahier des charges, des indicateurs de résultats et des

clauses contractuelles. La demande de propositions devrait généralement inclure toutes les informations nécessaires pouvant servir de base aux soumissionnaires pour présenter des propositions qui répondent aux besoins de l'autorité contractante et que celle-ci puisse comparer de manière objective et équitable. Le contenu et le niveau de détail des informations fournies aux soumissionnaires à cette étape varieront en fonction du type de PPP envisagé et de la nature de la procédure d'attribution utilisée par l'autorité contractante. Ces informations pourront être moins détaillées et moins mettre l'accent sur les aspects techniques dans les cas où elle utilise la procédure de demande de propositions avec dialogue visée à l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Par contre, lorsqu'elle a recours à une procédure en deux étapes, elle aura déjà précédemment diffusé une demande de propositions initiale moins détaillée, sans indication de prix, et engagé des discussions avec les soumissionnaires dont la proposition n'a pas été rejetée. Par conséquent, à cette étape, l'autorité contractante aura établi un ensemble plus complet de conditions, comme le prévoient les paragraphes 2 et 3 de l'article 48 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics¹¹.

a) Informations générales à communiquer aux soumissionnaires

66. Les informations générales à communiquer aux soumissionnaires devraient comprendre, selon les besoins, les éléments qui figurent normalement dans le dossier de sollicitation ou les demandes de propositions pour la passation de marchés de biens, de travaux et de services¹². Il est particulièrement important de communiquer les critères qui seront utilisés par l'autorité contractante pour déterminer la proposition qui sera retenue, et le poids donné à chacun de ces critères ou son importance relative (voir par. 82 à 87). Les plateformes électroniques de téléchargement et de partage de documents et d'informations destinés aux soumissionnaires peuvent être particulièrement utiles pour renforcer l'efficacité et accélérer la procédure, eu égard à la grande quantité d'informations dont les soumissionnaires

¹¹ « 2. Le dossier de sollicitation exige des fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils présentent, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, une offre initiale contenant leurs propositions sans indication de prix. Il peut solliciter des propositions tant sur les caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance de l'objet du marché que sur les conditions contractuelles de sa fourniture et, s'il y a lieu, les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs. 3. L'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, engager, avec les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre initiale n'a pas été rejetée en application des dispositions de la présente Loi, des discussions au sujet de tout aspect de leur offre initiale. Lorsqu'elle engage des discussions avec un fournisseur ou entrepreneur, elle offre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs des chances égales de participer aux discussions. »

¹² Par exemple, instructions pour l'établissement et la soumission des propositions, y compris le mode, le lieu et la date limite de soumission ainsi que la période de validité des propositions et toutes exigences concernant les garanties de soumission ; modalités selon lesquelles les soumissionnaires peuvent demander des éclaircissements sur la demande de propositions, et mention indiquant si l'autorité contractante a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de soumissionnaires ; lieu, date et heure de l'ouverture des propositions et procédures à suivre pour leur ouverture et leur examen ; manière dont les propositions seront évaluées ; exigences minimales auxquelles les propositions doivent satisfaire pour être jugées conformes (voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 47-2 et 49-2).

auront généralement besoin. Les réunions préalables aux appels d'offres auxquelles tous les soumissionnaires intéressés peuvent assister sont également un bon moyen de clarifier en toute transparence les questions qu'ils peuvent se poser.

i) Informations sur les études de faisabilité

67. Il est souhaitable d'inclure dans les informations générales communiquées aux soumissionnaires des instructions concernant la préparation des études de faisabilité qu'il peut leur être demandé de fournir en même temps que leurs propositions. Ces études ne sauraient remplacer les études du rapport qualité-prix, des risques financiers et autres études de faisabilité et d'évaluation d'impact auxquelles l'autorité contractante doit procéder avant d'obtenir l'approbation du projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 5 à 22). Les études de faisabilité réalisées par les soumissionnaires mêmes couvriront, par exemple, les aspects suivants :

a) Viabilité commerciale. En particulier dans les projets assortis d'un financement sans recours ou à recours limité, il est indispensable de définir les objectifs du projet ainsi que d'évaluer et de projeter leur réalisation sur le cycle de vie opérationnel proposé du projet, y compris la demande escomptée (prévision de trafic pour une route, par exemple) et la tarification (péages, par exemple). Pour faciliter l'examen par l'autorité contractante, les soumissionnaires devraient aussi décrire les scénarios utilisés pour démontrer la viabilité commerciale de leur proposition ;

b) Conception technique et faisabilité opérationnelle. Les soumissionnaires devraient démontrer en quoi les technologies qu'ils proposent, y compris le matériel et les procédés, sont adaptées aux conditions nationales, locales et environnementales et quelles sont leurs chances d'atteindre le niveau de performance prévu, et prouver que les méthodes de construction et le calendrier des travaux sont adéquats. Cette étude devrait aussi définir l'organisation, les méthodes et les procédures proposées pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage achevé ; et fournir des informations sur l'évolution technologique attendue ;

c) Viabilité financière. Les soumissionnaires devraient indiquer les sources de financement envisagées pour les phases de construction et d'exploitation, y compris les emprunts et les apports de fonds propres. Si, dans la plupart des cas, les accords de prêt et autres modalités de financement ne prennent effet qu'après la signature du contrat de PPP, les soumissionnaires devraient néanmoins être tenus de présenter suffisamment de preuves de l'intention des prêteurs de fournir le financement spécifié. Dans certains pays, les soumissionnaires sont également tenus d'indiquer le taux interne de rendement financier escompté par rapport au coût effectif d'investissement correspondant aux arrangements financiers proposés. Ces renseignements doivent permettre à l'autorité contractante d'estimer si les prix ou redevances envisagés par le partenaire privé sont raisonnables et acceptables et d'évaluer le risque d'augmentations ultérieures ;

d) *Impact sur l'environnement.* Cette étude devrait déterminer les effets négatifs ou néfastes que le projet pourrait avoir sur l'environnement et indiquer les mesures correctives à prendre pour assurer le respect des normes environnementales applicables. Elle devrait examiner, le cas échéant, les normes environnementales pertinentes des institutions financières internationales ainsi que des autorités nationales, provinciales et locales.

ii) *Informations sur les garanties de soumission*

68. Il est souhaitable que la demande de propositions indique quelles sont les exigences de l'autorité contractante en ce qui concerne l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et autres conditions principales de toute garantie de soumission demandée aux soumissionnaires pour couvrir les pertes qui pourraient résulter du retrait de certaines propositions ou de l'incapacité du soumissionnaire retenu de conclure un contrat de PPP. Afin d'assurer un traitement équitable de tous les soumissionnaires, les exigences qui se rapportent directement ou indirectement à leur conduite ne devraient concerner que les faits suivants : retrait ou modification de la proposition après la date limite fixée pour la soumission des propositions, ou avant cette date limite si la demande de propositions le prévoit ainsi ; défaut de preuve du montage financier ; défaut de signature du contrat de PPP alors que l'autorité contractante l'exige ; et défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution du contrat de PPP après l'acceptation de la proposition ou manquement à toute autre condition préalable à la signature du contrat de PPP spécifiée dans la demande de propositions. Des mesures devraient être prévues pour que l'exigence d'une garantie de soumission soit imposée équitablement et uniquement dans le but recherché¹³. L'opportunité et les conditions d'une garantie de soumission devraient être examinées à la lumière du processus d'attribution retenu et, le cas échéant, adaptées à ses besoins. Ainsi, ces garanties ne sont pas adaptées dans une demande de propositions avec dialogue, car elles n'apporteraient pas de solution pratique pour ce qui est d'assurer une participation suffisante au dialogue ou de lier les fournisseurs ou entrepreneurs en ce qui concerne leurs propositions successives pendant la phase de dialogue (par opposition à l'étape de la meilleure offre définitive)¹⁴.

¹³ Le paragraphe 2 de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics prévoit certaines garanties importantes, à savoir notamment : l'impossibilité pour l'autorité contractante de réclamer le montant de la garantie de soumission et l'obligation de retourner, ou de faire retourner, promptement le document de garantie dès que se produit l'un des faits suivants : a) l'expiration de la garantie de soumission ; b) l'entrée en vigueur de l'accord de projet et la fourniture d'une garantie de bonne exécution du contrat si la demande de propositions exige une telle garantie ; c) la clôture de la procédure de sélection sans l'entrée en vigueur d'un accord de projet ; ou d) le retrait de la proposition avant la date limite de soumission des propositions, à moins que la demande de propositions n'interdise un tel retrait.

¹⁴ Voir *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, p. 106 et 107, par. 5.

iii) *Qualification des soumissionnaires*

69. Dans les rares cas où il n'y a pas eu de présélection des soumissionnaires avant la publication de la demande de propositions ou lorsque l'autorité contractante a gardé le droit de demander aux soumissionnaires d'apporter de nouveau la preuve de leurs qualifications, la demande de propositions devrait indiquer les informations qu'ils doivent fournir à cette fin (voir par. 38 à 41).

b) *Cahier des charges et indicateurs de résultats*

70. Le type de projet de PPP, le régime de propriété de l'infrastructure et la répartition envisagée des risques et des responsabilités entre le secteur public et le secteur privé détermineront si l'autorité contractante a intérêt à contrôler les intrants et les spécifications techniques des travaux que le partenaire privé réalisera, ou si elle préfère laisser le soin aux soumissionnaires de proposer leurs propres solutions pour répondre à ses besoins. Cette décision aura à son tour des conséquences sur la question de savoir si elle procédera à un appel d'offres en deux étapes, afin de définir un ensemble commun de caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance auxquelles les soumissionnaires devront se conformer dans leur proposition définitive, ou si elle donnera à ceux-ci une plus grande liberté pour développer leurs propres solutions. Idéalement, l'autorité contractante aura soigneusement examiné ces options lors des préparatifs de l'appel d'offres (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 49 à 52), car ces éléments sont essentiels pour déterminer l'équilibre approprié entre les intrants et les produits dans la description du projet.

71. Il est généralement souhaitable que l'autorité contractante tienne compte des besoins à long terme du projet et formule ses spécifications d'une manière qui lui permette d'obtenir suffisamment de renseignements pour sélectionner le soumissionnaire qui offre le meilleur rapport qualité-prix.

72. Par conséquent, l'autorité contractante peut juger utile de rédiger le cahier des charges d'une manière qui définisse clairement le produit et les résultats attendus sans être trop directive sur les modalités d'exécution. Le cahier des charges et les indicateurs de résultats portent généralement sur des éléments tels que ceux qui sont énumérés ci-après :

a) *Description du projet et du produit escompté.* Si les services exigent des bâtiments particuliers, tels qu'un terminal de transport ou un aéroport, l'autorité contractante peut souhaiter ne fournir que des indications générales de planification pour la division du site en zones d'utilisation, au lieu de donner des plans qui montrent l'emplacement et les dimensions de chaque bâtiment, comme cela serait normalement le cas dans une passation classique de marchés de travaux. Toutefois, lorsqu'elle estime qu'il est essentiel que les soumissionnaires fournissent des spécifications techniques détaillées,

les demandes de propositions devraient comprendre au moins les informations suivantes : description des travaux à effectuer et des services à fournir, y compris les spécifications techniques, plans, dessins et modèles ; calendrier d'exécution des travaux et de la fourniture des services ; et exigences techniques pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage ;

b) Normes minimales applicables pour la conception et les résultats, y compris normes environnementales appropriées. Les normes de résultat sont généralement formulées en termes de quantité et de qualité souhaitées du produit. Les propositions qui s'en écartent devraient être considérées comme non conformes ;

c) Qualité des services. Dans le cas de projets comportant la fourniture de services publics, les indicateurs de résultats devraient comprendre une description des services à fournir et les normes de qualité utilisées par l'autorité contractante pour évaluer les propositions. Il faudrait faire référence, selon qu'il convient, aux obligations générales imposées aux prestataires de service public pour ce qui est d'assurer l'extension et la continuité des services de manière à répondre à la demande de la collectivité ou du territoire desservi, en assurant la mise à disposition non discriminatoire des services aux usagers et l'accès non discriminatoire d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques exploité par le partenaire privé, conformément aux termes et conditions définis dans le contrat de PPP (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 91 à 102).

73. Il faudrait donner pour instruction aux soumissionnaires de fournir les informations nécessaires pour que l'autorité contractante puisse évaluer la pertinence technique des propositions, leur faisabilité opérationnelle et leur conformité aux normes de qualité et aux prescriptions techniques, et notamment :

- a) Le projet d'ingénierie préliminaire, avec le calendrier des travaux proposé ;*
- b) Le coût du projet, y compris les coûts d'exploitation et de maintenance et le plan de financement proposé (apport de fonds propres ou emprunts, par exemple) ;*
- c) L'organisation, les méthodes et procédures d'exploitation et de maintenance envisagées ;*
- d) La description de la qualité des services.*

74. Chacun des indicateurs de résultats susmentionnés peut exiger la communication de renseignements supplémentaires par les soumissionnaires, en fonction du projet concerné. Ainsi, dans le cas d'un contrat de PPP concernant la distribution d'électricité dans une région donnée, ces indicateurs pourront inclure des normes techniques minimales telles que : *a) les fluctuations de tension (et de fréquence) au niveau des consommateurs ; b) la durée des interruptions (exprimée en heures par an) ; c) la fréquence des interruptions (exprimée en nombre par an) ; d) les pertes ; e) le nombre de jours nécessaires pour raccorder un nouveau client ;*

et f) les normes commerciales applicables aux relations avec les clients (par exemple, le nombre de jours pour payer les factures, reconnecter les installations ou répondre aux plaintes des clients).

c) *Clauses contractuelles*

75. À l'issue des études du rapport qualité-prix et autres études préliminaires effectuées à l'étape de la planification du projet et de l'évaluation de la faisabilité (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 5 à 22), l'autorité contractante devrait être en mesure d'indiquer dans le dossier d'appel d'offres la manière dont elle entend répartir les risques liés au projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet » et chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP »). Cela est important pour poser les termes du débat lors du dialogue et des demandes d'éclaircissements qui ont lieu pendant la procédure d'attribution (voir par. 92 à 94), mais aussi pour définir les limites d'un éventuel ajustement du contrat après la sélection du partenaire privé (voir par. 95 à 98). Si la répartition des risques est laissée entièrement ouverte, les soumissionnaires pourront chercher à réduire au minimum ceux qu'ils acceptent, ce qui peut être contraire à l'objectif poursuivi dans la recherche d'un financement privé pour le projet.

76. C'est pourquoi l'autorité contractante devrait distribuer un projet du contrat de PPP contenant les clauses contractuelles proposées. Cela contribuerait aussi à réduire au minimum le risque que le consortium sélectionné tente de rouvrir les discussions sur les principales modalités du contrat et de prolonger les négociations. S'il n'est pas possible, à ce stade, d'élaborer un projet complet du contrat de PPP, la demande de propositions devrait au moins contenir des informations sur les éléments essentiels des arrangements contractuels envisagés par l'autorité contractante, y compris toute clause du contrat de PPP qu'elle juge non négociable. Parmi les éléments essentiels qui figurent habituellement dans la demande de propositions à ce stade, on mentionnera :

- a) La durée du contrat ou l'invitation faite aux soumissionnaires à présenter des propositions pour la durée du contrat ;
- b) Les formules et indices à utiliser pour les ajustements des prix ;
- c) Le soutien gouvernemental et les aides à l'investissement, le cas échéant ;
- d) Les exigences en matière de cautionnement ;
- e) Les exigences des organismes réglementaires, le cas échéant ;
- f) Les règles et réglementations monétaires régissant les envois de fonds en devises étrangères ;
- g) Les arrangements concernant le partage des recettes, le cas échéant ;

h) L'indication, selon qu'il convient, des catégories d'avoirs que le partenaire privé serait tenu de transférer à l'autorité contractante ou de mettre à la disposition d'un partenaire privé qui lui succéderait à la fin de la durée du projet ;

i) Lorsqu'un nouveau partenaire privé est sélectionné pour exploiter une infrastructure existante, la description des avoirs et des biens qui seront mis à sa disposition ;

j) Les éventuelles sources de recettes alternatives, supplémentaires ou accessoires (par exemple, des concessions pour l'exploitation d'infrastructures existantes), le cas échéant, pouvant être offertes au soumissionnaire retenu ;

k) La mention des principales conditions dans lesquelles les droits et obligations du partenaire privé sélectionné peuvent être transférés à un tiers, de toute restriction ou condition au recours à des sous-traitants, et de toute restriction au transfert de parts du capital du partenaire privé à des tiers ;

l) Toute disposition contractuelle requise par le droit national.

77. Il faudrait donner pour instruction aux soumissionnaires de fournir à l'autorité contractante les informations nécessaires pour évaluer les éléments techniques, financiers et commerciaux des propositions et leur conformité aux clauses contractuelles proposées. Par ailleurs, les soumissionnaires devraient être tenus d'indiquer quels membres du consortium ou sous-traitants seraient chargés des travaux pendant la phase de construction, ainsi que de l'exploitation et de la maintenance de l'ouvrage après sa mise en service, et de fournir à l'autorité contractante des informations complètes sur les qualifications de tout sous-traitant qui n'est pas déjà membre du consortium soumissionnaire. Les propositions financières devraient normalement comprendre les éléments suivants :

a) Pour les projets dans lesquels le partenaire privé est censé tirer ses revenus essentiellement des péages, redevances ou droits payés par les clients ou les usagers de l'ouvrage (PPP concessif), la proposition financière devrait indiquer la structure des prix proposée. Pour les projets dans lesquels le partenaire privé est censé tirer ses revenus essentiellement des paiements effectués par l'autorité contractante ou une autre autorité publique pour amortir ses investissements, ou du cumul de ces paiements et des péages, redevances ou autres droits payés par les clients ou les usagers, la proposition financière devrait indiquer le plan d'amortissement et de remboursement proposé, ainsi que la répartition envisagée entre les paiements du partenaire public et les contributions des usagers ;

b) La valeur actuelle des prix ou des paiements directs proposés sur la base du taux d'escompte et du taux de change indiqués dans le dossier d'appel d'offres ;

c) S'il est estimé que le projet aura besoin d'un appui financier des pouvoirs publics, l'importance de cet appui, y compris, selon les besoins, toute subvention ou garantie attendue des pouvoirs publics ou de l'autorité contractante ;

d) L'étendue des risques supportés par les soumissionnaires pendant la phase de construction et d'exploitation (y compris les événements et les changements d'ordre économique ou réglementaire imprévus), ainsi que, s'il y a lieu, des informations sur l'assurance, l'apport de fonds propres et autres garanties envisagés contre ces risques, et une indication du niveau du soutien financier, de l'indemnisation ou des autres aménagements contractuels, le cas échéant, que les soumissionnaires proposent pour compenser les conséquences financières desdits risques.

78. Afin de limiter et d'établir clairement les points sur lesquels porteront les négociations qui auront lieu pendant le dialogue suivant l'évaluation des propositions (voir par. 95 à 98), la demande définitive de propositions devrait indiquer les clauses du contrat de PPP que l'autorité contractante considère comme non négociables.

79. L'autorité contractante a intérêt à demander aux soumissionnaires d'inclure dans leurs propositions définitives des preuves montrant que leurs principaux prêteurs sont satisfaits des conditions commerciales et de la répartition des risques proposées, comme prévu dans la demande de propositions. Une telle exigence peut être utile pour résister aux pressions tendant à revenir sur les conditions commerciales au stade des négociations finales. Dans certains pays, les soumissionnaires sont tenus de signer et renvoyer à l'autorité contractante le projet de contrat de PPP accompagné de leurs propositions définitives pour confirmer qu'ils acceptent toutes les conditions pour lesquelles ils n'ont pas proposé d'amendement particulier.

3. *Éclaircissements et modifications*

80. Il importe que l'autorité contractante ait le droit de modifier la demande de propositions afin de pouvoir obtenir ce dont elle a besoin. Il est donc souhaitable de lui donner la faculté de modifier celle-ci, que ce soit de sa propre initiative ou à la suite d'une demande d'éclaircissements présentée par un soumissionnaire, en publiant un additif à tout moment avant la date limite fixée pour la soumission des propositions. Toutefois, lorsqu'elle apporte des modifications qui nécessitent raisonnablement que les soumissionnaires consacrent plus de temps à la préparation de leurs propositions, la date limite de soumission des propositions devrait être repoussée en conséquence. De plus, l'autorité contractante devrait éviter d'apporter des modifications substantielles à la procédure d'attribution, surtout si celles-ci risquent d'avoir une incidence sur le groupe de soumissionnaires potentiels, comme c'est le cas si les caractéristiques du projet sont modifiées à tel point que le dossier original ne donne plus aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels une idée correcte des exigences réelles de l'autorité contractante. Si une telle modification substantielle est nécessaire, celle-ci peut avoir à annuler la procédure d'attribution et à en entamer une nouvelle¹⁵.

¹⁵ Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, p. 102, par. 4.

81. En règle générale, l'autorité contractante doit communiquer sans tarder les éclaircissements, de même que les questions qui les ont suscités et les modifications, à tous les soumissionnaires auxquels elle a adressé la demande de propositions. Si elle convoque une réunion des soumissionnaires, elle devrait dresser un procès-verbal de cette réunion dans lequel elle indiquerait les demandes d'éclaircissements présentées à cette occasion au sujet de la demande de propositions, les réponses qu'elle a fournies, et envoyer des copies du procès-verbal aux soumissionnaires.

4. Critères d'évaluation

82. L'autorité contractante doit formuler des critères d'évaluation qui permettent d'évaluer efficacement et en profondeur, d'une part, les aspects techniques des propositions (qui concernent non seulement les investissements matériels – tels que les travaux de construction ou de remise en état –, mais aussi l'exploitation et la maintenance de l'infrastructure et la qualité des services que doit fournir le partenaire privé) et, d'autre part, leurs aspects commerciaux et financiers (qui comprennent non seulement le niveau des redevances, prix et autres droits proposés par les soumissionnaires, mais aussi la rationalité des arrangements financiers et de la structure de financement). Elle devrait aussi accorder une importance suffisante à ses besoins à long terme, en particulier à la nécessité d'assurer la continuité du service au niveau de qualité et de sécurité requis.

a) Évaluation des aspects techniques des propositions

83. Les critères d'évaluation technique sont conçus de manière à faciliter l'évaluation de la viabilité technique, opérationnelle, environnementale et financière de la proposition eu égard aux spécifications, aux indicateurs et aux prescriptions énoncés dans la demande de propositions. Dans la mesure du possible, les critères techniques devraient être objectifs et quantifiables pour permettre à l'autorité contractante d'évaluer les propositions avec objectivité et de les comparer sur une base commune. Cela réduit les risques de décisions discrétionnaires ou arbitraires. Les règlements qui régissent la procédure d'attribution pourraient énoncer les modalités de formulation et d'application de ces facteurs. Les propositions techniques pour les PPP sont généralement évaluées sur la base des critères ci-après :

a) *Pertinence technique.* Lorsque l'autorité contractante a établi des spécifications ou normes minimales en matière de conception technique et de résultats, la conception fondamentale du projet devrait être conforme à ces spécifications ou normes. Les soumissionnaires devraient être tenus de démontrer que les méthodes de construction et le calendrier des travaux qu'ils proposent sont pertinents ;

b) *Faisabilité opérationnelle.* L'organisation, les méthodes et les procédures proposées pour l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage achevé doivent être bien définies, être conformes aux normes de résultat prescrites et il convient de démontrer qu'elles sont réalistes ;

c) *Qualité des services.* Les critères d'évaluation utilisés par l'autorité contractante devraient comprendre une analyse de la manière dont les soumissionnaires s'engagent à maintenir et à développer le service, y compris les garanties offertes pour en assurer la continuité ;

d) *Normes environnementales.* La conception proposée et la technologie envisagée pour le projet devraient être conformes aux normes environnementales énoncées dans la demande de propositions. Tous effets négatifs ou néfastes sur l'environnement que pourrait avoir le projet proposé par les soumissionnaires devraient être correctement identifiés et les mesures de correction ou d'atténuation correspondantes devraient être indiquées ;

e) *Valorisations.* Celles-ci peuvent comprendre les autres conditions que l'auteur d'une proposition peut offrir pour rendre cette dernière plus intéressante, telles que le partage des recettes avec l'autorité contractante, ou une réduction des garanties ou du soutien attendus des pouvoirs publics ;

f) *Potentiel de développement socioéconomique.* Avec ce critère, l'autorité contractante peut tenir compte du potentiel de développement socioéconomique offert par les soumissionnaires, notamment les avantages pour les groupes défavorisés de personnes et d'entreprises, l'investissement intérieur ou une autre activité économique, l'encouragement de l'emploi, l'affectation d'une certaine production à des fournisseurs nationaux, le transfert de technologie et le développement des compétences scientifiques, opérationnelles et en matière de gestion ;

g) *Qualification des soumissionnaires.* À l'étape de l'évaluation, l'autorité contractante devrait être en droit de demander aux soumissionnaires de produire des éléments de preuve attestant qu'ils possèdent toujours les qualifications dont ils se prévalaient lors de la présélection.

b) *Évaluation des aspects financiers et commerciaux des propositions*

84. Outre les critères d'évaluation technique des propositions, l'autorité contractante doit définir des critères d'évaluation et de comparaison des propositions financières. Les critères couramment utilisés à cet effet incluent, selon le cas, les critères suivants :

a) *La valeur actuelle des péages, redevances, prix unitaires et autres droits proposés pendant la durée du contrat.* Pour les projets dans lesquels les recettes du partenaire privé doivent provenir essentiellement des péages, redevances ou autres droits payés par les clients ou les usagers de l'ouvrage, l'évaluation et la comparaison des éléments financiers des propositions définitives sont normalement basées sur la valeur actuelle de ces péages, redevances, loyers et autres droits proposés pour la durée du contrat ;

b) *La valeur actuelle des paiements directs proposés, le cas échéant, par l'autorité contractante.* Pour les projets dans lesquels les recettes du partenaire privé doivent

provenir essentiellement des paiements effectués par l'autorité contractante pour amortir ses investissements, l'évaluation et la comparaison des éléments financiers des propositions définitives sont normalement basées sur la valeur actuelle des paiements du plan d'amortissement proposé pour l'ouvrage, sous réserve de sa construction et de son exploitation conformément aux normes, plans et spécifications minimaux prescrits pour la conception et les résultats ;

c) *Le coût des activités de conception et de construction, les frais annuels d'exploitation et de maintenance, la valeur actuelle des dépenses d'investissement et des frais d'exploitation et de maintenance.* Il est souhaitable que l'autorité contractante inclue ces éléments dans les critères d'évaluation afin de permettre une évaluation de la faisabilité financière des propositions ;

d) *L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, des pouvoirs publics.* Les mesures de soutien attendues ou demandées par les soumissionnaires devraient figurer parmi les critères d'évaluation, car elles peuvent représenter pour les pouvoirs publics un passif immédiat ou éventuel important (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 56 à 86) ;

e) *Rationalité des arrangements financiers proposés.* L'autorité contractante devrait évaluer si le plan financier proposé, notamment le ratio d'endettement, permet de faire face aux dépenses de construction, d'exploitation et de maintenance du projet. Elle devrait également évaluer la solvabilité des bailleurs de fonds et des prêteurs, l'étendue de leur engagement, le plan de capitalisation proposé pour la société de projet et la date envisagée pour la clôture du montage financier ;

f) *La conformité des propositions aux clauses contractuelles proposées.* Les propositions de changement ou de modification des clauses contractuelles accompagnant la demande de propositions (par exemple, des clauses portant sur la répartition des risques ou l'indemnisation) peuvent avoir des conséquences financières considérables pour l'autorité contractante et devraient être soigneusement examinées.

85. Il est important de comparer les péages, redevances, prix unitaires ou autres droits proposés pour garantir l'objectivité et la transparence du choix fait entre des propositions également conformes. Toutefois, il importe aussi que l'autorité contractante considère avec soin le poids relatif de ce critère dans le processus d'évaluation. La notion de prix n'a généralement pas la même valeur dans l'attribution de contrats de PPP que dans la passation de marchés de biens et de services. En effet, la rémunération du partenaire privé est souvent constituée à la fois des redevances acquittées par les usagers, de recettes auxiliaires et de subventions ou de paiements versés directement par l'entité publique attribuant le contrat.

86. Il ressort de ce qui précède que si le prix unitaire du produit attendu demeure un élément important de comparaison des propositions, il ne sera pas nécessairement considéré comme le facteur le plus important. Le plus important, c'est

l'évaluation générale de la faisabilité financière des propositions, car c'est elle qui permet à l'autorité contractante de déterminer la capacité des soumissionnaires de mener à bien le projet et la probabilité d'augmentations ultérieures des prix proposés. Cela est essentiel pour éviter qu'un projet ne soit attribué à un soumissionnaire qui offre des prix attractifs mais irréalistes dans l'espoir de pouvoir les majorer une fois que le contrat lui aura été attribué.

87. Il est important, pour l'autorité contractante, d'indiquer l'importance relative qui sera accordée à chacun des critères d'évaluation et la manière dont ils seront appliqués pour l'évaluation des propositions. Pour bien équilibrer les aspects financiers et techniques des propositions, deux approches sont possibles. On peut considérer soit que la proposition la plus avantageuse est celle qui obtient la note la plus élevée sur la base du prix et d'autres critères que le prix, soit que le prix proposé pour le produit (prix de l'eau ou de l'électricité, montant des péages, frais de maintenance ou loyer à payer par l'autorité contractante) sera le facteur décisif pour retenir une proposition parmi toutes celles qui ont été jugées conformes.

5. *Soumission et ouverture des propositions*

88. Il faudrait exiger que les propositions soient soumises par écrit, signées et placées dans des enveloppes scellées. Si la demande de propositions accepte les soumissions par voie électronique, elle devrait exiger des soumissionnaires qu'ils soumettent leur proposition de manière qu'elle puisse être présentée à l'autorité contractante et offre une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive¹⁶. Une proposition reçue par l'autorité contractante après la date limite de soumission ne devrait pas être ouverte et devrait être renvoyée au soumissionnaire qui l'a présentée. Dans un souci de transparence, les législations nationales prescrivent souvent des procédures formelles pour l'ouverture des propositions, généralement à une date spécifiée dans la demande de propositions, et exigent que les soumissionnaires, ou leurs représentants, soient autorisés par l'autorité contractante à assister à cette ouverture ou fondés à recevoir une confirmation indiquant que les obligations d'intégrité ont été respectées pendant l'ouverture. Une telle exigence aide à réduire au minimum le risque que les propositions soient modifiées ou faussées d'une autre manière et constitue une garantie importante de l'intégrité de la procédure.

89. Étant donné la complexité des projets de PPP et la diversité des critères d'évaluation généralement appliqués pour l'attribution d'un projet, il peut être souhaitable que l'autorité contractante suive un processus d'évaluation en deux temps consistant à prendre en considération les critères non financiers

¹⁶Voir Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, art. 8-1.

indépendamment des critères financiers, et éventuellement avant eux, afin d'éviter des situations où un poids excessif serait donné à certains éléments de ces derniers (comme le prix unitaire) au détriment des premiers.

90. À cette fin, les soumissionnaires sont tenus, dans certains pays, de formuler et de soumettre leurs propositions techniques et financières dans deux enveloppes distinctes. Ce système est parfois utilisé parce qu'il permet à l'autorité contractante d'évaluer la qualité technique des propositions sans être influencée par leurs volets financiers. Toutefois, la méthode a été critiquée au motif qu'elle allait à l'encontre de l'objectif d'économie dans l'attribution des marchés publics. On craint en particulier qu'en sélectionnant des propositions d'abord sur la base de leur seule valeur technique, sans prise en considération du prix, une autorité contractante ne soit tentée, lors de l'ouverture des premières enveloppes, de choisir les propositions offrant des solutions techniquement supérieures et de rejeter celles qui offrent des solutions moins sophistiquées mais qui répondent néanmoins à ses besoins pour un coût globalement inférieur.

91. Pour éviter le système à deux enveloppes, les autorités contractantes peuvent exiger que les propositions techniques et financières soient regroupées, mais structurer leur évaluation en deux étapes. Dans un premier temps, l'autorité contractante fixe généralement un seuil pour les aspects qualitatifs et techniques qui doivent figurer dans les propositions techniques en application des critères énoncés dans la demande de propositions, puis elle évalue chacune des propositions techniques en fonction de ces critères, de leur importance relative et de leurs modalités d'application. Elle compare ensuite les propositions financières et commerciales dont la note est égale ou supérieure au seuil fixé. Lorsque les propositions techniques et financières doivent être évaluées de manière consécutive, l'autorité contractante devrait d'abord s'assurer que les propositions techniques sont à première vue conformes à la demande de propositions (c'est-à-dire examiner si elles couvrent tous les points sur lesquels doivent porter les propositions techniques). Les propositions incomplètes, ainsi que celles qui s'écartent de la demande de propositions, devraient être rejetées à ce stade. Si l'autorité contractante peut demander aux soumissionnaires des éclaircissements, aucune modification substantielle des propositions, y compris des modifications visant à rendre conforme une proposition qui ne l'est pas, ne doit être demandée, proposée ou autorisée à ce stade.

6. Dialogue avec les soumissionnaires

92. Lorsque l'autorité contractante a eu recours à une demande de propositions avec dialogue du type prévu à l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, elle engage à ce stade un dialogue avec les soumissionnaires dont la proposition a été jugée conforme. Le paragraphe 8 de l'article 49

de la Loi type prévoit deux conditions pour ce dialogue, à savoir qu'il soit mené de façon concomitante et par les mêmes représentants de l'autorité contractante, de manière à garantir la cohérence des résultats.

93. Le dialogue peut comporter plusieurs sessions ou phases. À la fin de chaque session ou phase, l'autorité contractante peut préciser ses besoins et donner aux fournisseurs ou entrepreneurs participants l'occasion de modifier leurs propositions en tenant compte de ces précisions et des questions et commentaires qu'elle formule pendant le dialogue. L'autorité contractante ne devrait, à aucun moment du dialogue, modifier l'objet du marché, ni les critères de qualification ou d'évaluation, ni les exigences minimales établies conformément à l'alinéa f du paragraphe 2 de l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, ni les éléments de la description du projet de PPP ou les conditions du contrat exclus du dialogue, tels que précisés dans la demande de propositions. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information issus du dialogue qui sont communiqués par l'autorité contractante à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués en même temps et en toute égalité à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs participants, à moins qu'ils ne concernent spécifiquement ou exclusivement ce fournisseur ou cet entrepreneur ou qu'une telle communication ne viole les dispositions relatives à la confidentialité. Les préoccupations concernant la confidentialité sont particulièrement pertinentes dans la phase de dialogue, compte tenu de ses modalités et de sa vaste portée. La règle générale est qu'aucune information concernant un soumissionnaire particulier ou sa proposition ne peut être communiquée à un autre soumissionnaire ou entrepreneur participant au dialogue sans le consentement du premier.

94. À l'issue du dialogue, l'autorité contractante demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition de présenter leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leur proposition. La demande doit être écrite et préciser le mode, le lieu et la date limite de présentation de ces offres. L'une des principales caractéristiques de cette méthode de passation de marchés est l'absence d'ensemble unique et complet de conditions de la passation de marché au-delà des exigences minimales sur la base desquelles les soumissions finales sont évaluées.

7. Négociations finales et attribution du contrat

95. Le comité d'attribution devrait noter les éléments techniques et financiers de chaque proposition en appliquant le système de notation annoncé à l'avance pour les critères d'évaluation technique et préciser par écrit les raisons de la note donnée. Pour encourager la transparence de la procédure d'attribution et éviter un usage abusif des critères d'évaluation autres que les prix, il pourra être particulièrement important de donner une justification détaillée lorsque le comité d'attribution recommande de retenir une proposition en se fondant principalement sur les aspects

techniques plutôt qu'uniquement sur le prix. L'autorité contractante devrait classer toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation énoncés dans la demande de propositions.

a) *Procédure en deux étapes*

96. Lorsque l'autorité contractante a eu recours à une procédure en deux étapes du type prévu à l'article 48 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, elle invite, à cette étape, le soumissionnaire qui a obtenu la meilleure note à une négociation finale de certains éléments du contrat de PPP. Si deux propositions ou plus obtiennent la note la plus élevée ou s'il n'y a qu'une différence minimale entre les notes données à deux propositions ou plus, l'autorité contractante devrait inviter aux négociations tous les soumissionnaires ayant obtenu pratiquement la même note. Les négociations finales devraient avoir pour unique objectif de fixer les derniers détails du dossier de transaction et de satisfaire aux demandes raisonnables des prêteurs du soumissionnaire sélectionné. Le risque que les négociations avec le soumissionnaire sélectionné ne donnent lieu à des pressions en vue de modifier le prix ou la répartition des risques qui figuraient initialement dans la proposition, et cela au détriment des pouvoirs publics ou des consommateurs, est l'une des difficultés auxquelles se heurtent les autorités contractantes. Il devrait être interdit de modifier les éléments fondamentaux de la proposition, car cela risque de fausser les hypothèses sur la base desquelles les propositions ont été soumises et notées. Par conséquent, les négociations, à ce stade, ne peuvent pas porter sur les éléments du contrat qualifiés de non négociables dans la demande définitive de propositions (voir par. 76). Il serait possible de réduire encore le risque de renégociation des clauses commerciales à ce stade tardif en insistant pour que les prêteurs du soumissionnaire sélectionné indiquent qu'ils sont satisfaits de la répartition des risques envisagée dans la proposition à un stade où il y a encore concurrence entre les soumissionnaires (voir par. 79). Les conseillers financiers de l'autorité contractante pourraient contribuer à ce processus en indiquant si les propositions des soumissionnaires sont réalistes et quel est le niveau des engagements financiers approprié à chaque étape. La clôture du montage financier peut prendre beaucoup de temps.

97. L'autorité contractante devrait informer les autres soumissionnaires dont les propositions sont conformes qu'ils pourront être invités à négocier si les négociations avec celui qui a obtenu la meilleure note n'aboutissent pas à un contrat de PPP. Si elle se rend compte que tel sera le cas, elle devrait informer ce soumissionnaire qu'elle met fin aux négociations avant d'inviter à des négociations le soumissionnaire qui le suit dans la notation jusqu'à ce qu'elle parvienne à un contrat de PPP ou rejette toutes les propositions restantes. Pour éviter les risques d'abus et de retards inutiles, l'autorité contractante ne devrait pas rouvrir les négociations avec un soumissionnaire après y avoir mis fin.

b) Demande de propositions avec dialogue

98. En règle générale, il n'y aura pas de négociations avec les soumissionnaires lorsque l'autorité contractante a eu recours à une demande de propositions avec dialogue du type visé à l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. De fait, le paragraphe 12 de cet article prévoit expressément qu'« [a]ucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leur meilleure offre définitive ». Cela s'explique par le fait que les soumissionnaires auront déjà amplement eu l'occasion, pendant la phase de dialogue, de proposer des améliorations sur tous les aspects de leur proposition. L'étape de la « meilleure offre définitive » met fin à la phase de dialogue et gèle toutes les spécifications et conditions contractuelles proposées par les soumissionnaires, de manière à éviter la situation indésirable où l'autorité contractante utiliserait l'offre faite par un soumissionnaire pour faire pression sur un autre, en particulier en ce qui concerne le prix proposé. Autrement, pour anticiper ce genre de pression, les soumissionnaires pourraient gonfler les prix qu'ils proposent, compromettant ainsi l'intégrité de la procédure¹⁷.

D. Attribution d'un contrat par voie de négociations directes

99. Le *Guide* recommande le recours à des procédures structurées avec mise en concurrence pour l'attribution de contrats de PPP, ces dernières étant largement reconnues comme étant les mieux adaptées pour préserver l'intérêt général et promouvoir les objectifs du meilleur rapport qualité-prix (économie et efficacité), de l'intégrité et de la transparence (voir chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 5 à 9 et 13 à 16 ; voir aussi ci-dessus, par. 5 à 16). De plus, les procédures d'attribution de contrats recommandées par le *Guide* évitent le manque de souplesse qui caractérise certaines procédures ouvertes (comme les procédures d'appel d'offres traditionnelles pour les biens et services) et donnent à l'autorité contractante une grande liberté pour choisir l'exploitant qui répondra le mieux à ses besoins, en termes de qualifications professionnelles, de solidité financière, de capacité à assurer la continuité du service, de traitement équitable des usagers et de qualité de la proposition.

100. Les négociations directes ne garantissent pas le degré de transparence et d'objectivité que permettent les méthodes plus structurées avec mise en concurrence. De plus, dans certains pays, on pourrait craindre que la plus grande latitude qui

¹⁷ *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, p. 220, par. 27.

les caractérise ne s'accompagne d'un risque élevé de pratiques abusives ou de corruption. Compte tenu de ce qui précède, le *Guide* recommande que la loi prescrive le recours à des procédures d'attribution concurrentielles comme règle pour l'attribution de contrats de PPP et réserve les négociations directes (c'est-à-dire sans passer par une procédure d'attribution concurrentielle du type qui y est visé) à des situations exceptionnelles et objectivement justifiables, et sous réserve de procédures visant à assurer la transparence et l'équité de la procédure d'attribution.

1. Circonstances autorisant le recours aux négociations directes

101. À des fins de transparence et de discipline dans l'attribution des contrats de PPP, la loi devrait déterminer les circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'autorité contractante peut être autorisée à sélectionner le partenaire privé en recourant à des négociations directes. Cela peut être le cas, par exemple :

a) Lorsqu'il est urgent de fournir immédiatement un service donné et qu'il serait donc impossible d'engager une procédure d'attribution concurrentielle, à condition toutefois que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par l'autorité contractante et ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part. Une telle autorisation exceptionnelle peut être nécessaire, par exemple, en cas d'interruption de la fourniture d'un service donné ou lorsque la prestation du partenaire privé retenu est inférieure aux normes acceptables, ou si le contrat de PPP est annulé par l'autorité contractante, et lorsque le recours à une procédure d'attribution concurrentielle serait impossible du fait de la nécessité urgente d'assurer la continuité du service ;

b) Lorsqu'il s'agit de projets de courte durée pour lesquels la mise de fonds initiale prévue ne dépasse pas un faible montant spécifié ;

c) Pour des raisons de défense ou de sécurité nationale ;

d) Lorsqu'il n'existe qu'un seul exploitant privé capable de fournir le service requis (nécessité de recourir à une technologie brevetée ou à un savoir-faire sans équivalent, par exemple), ce qui comprend, dans certains cas, les propositions spontanées (voir par. 114 à 118). Dans un souci de transparence, il faudrait encourager l'autorité contractante à recourir à une procédure appropriée d'attribution concurrentielle, en lieu et place des dispositions détaillées énoncées dans le *Guide*.

2. Mesures visant à améliorer la transparence dans l'attribution de contrats par voie de négociations directes

102. Les procédures à suivre pour la passation de marchés par voie négociée sans procédure structurée de mise en concurrence sont, en règle générale, plus souples que celles qui s'appliquent aux autres méthodes de passation des marchés. Quelques

règles et procédures seulement régissent le processus par lequel les parties négocient et concluent leur contrat. Dans certains pays, les textes donnent plus ou moins carte blanche aux autorités contractantes pour conduire les négociations comme elles l'entendent. Dans d'autres, les textes définissent des règles de procédure pour la négociation qui ont pour objet d'assurer l'équité et l'objectivité et de faire jouer la concurrence en encourageant la participation de soumissionnaires. Les dispositions relatives aux procédures d'attribution de contrats par voie négociée portent sur un certain nombre de points examinés ci-après, en particulier les critères d'approbation de la décision prise par l'autorité contractante de sélectionner le partenaire privé par voie négociée, la sélection des partenaires de la négociation, les critères de comparaison et d'évaluation des offres et la conservation d'archives relatives à la procédure d'attribution du contrat.

a) Approbation

103. Dans nombre de pays s'applique une condition préalable, à savoir que l'autorité contractante doit obtenir l'approbation d'une autorité supérieure avant de pouvoir procéder à l'attribution de contrats par voie négociée sans procédure structurée de mise en concurrence. En règle générale, la demande d'approbation doit être formulée par écrit et motivée. Cette exigence d'approbation a pour objet en particulier de garantir que l'attribution d'un contrat sans procédure de mise en concurrence ne sera utilisée que dans des circonstances appropriées.

b) Sélection des partenaires de la négociation

104. Pour ouvrir le plus possible la procédure d'attribution à la concurrence, il est souhaitable de faire obligation à l'autorité contractante d'ouvrir des négociations avec le plus grand nombre possible de sociétés susceptibles de répondre à ses attentes. Hormis cette disposition de caractère général, on ne trouve pas de dispositions spécifiques dans les lois de certains pays sur le nombre minimum d'entrepreneurs ou de fournisseurs avec lesquels l'autorité contractante doit négocier. Les lois d'autres pays, toutefois, exigent qu'elle négocie, dans toute la mesure du possible, avec un minimum de soumissionnaires (le nombre de trois étant couramment retenu), ou sollicite de ces derniers des propositions. Elle est autorisée à négocier avec un nombre inférieur de soumissionnaires dans certaines circonstances, en particulier lorsque le nombre de candidats est inférieur au nombre minimum.

105. Pour améliorer la transparence, il est aussi souhaitable de définir des conditions de forme concernant la publicité de la procédure de négociation. Ainsi, l'autorité contractante peut être tenue de faire paraître un avis dans une publication donnée habituellement réservée à cette fin. Une telle exigence vise à porter la procédure de passation d'un marché à l'attention d'un éventail de soumissionnaires plus large que ce qui serait autrement le cas et, partant, à stimuler la concurrence.

106. Étant donné l'échelle de la plupart des projets d'infrastructure, l'avis devrait normalement contenir certaines informations au minimum (par exemple, description du projet ou exigences en matière de qualifications) et être publié avec un délai suffisant pour permettre aux soumissionnaires de préparer leur offre. De manière générale, les conditions de forme en matière d'éligibilité applicables aux soumissionnaires dans une procédure d'attribution concurrentielle devraient aussi s'appliquer à la procédure de négociation.

c) *Conduite des négociations*

107. Lorsqu'elles sont autorisées par les législations nationales, les négociations directes constituent une méthode de passation des marchés qui se caractérise par sa souplesse. Cela étant, le *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics* invite les États adoptants à envisager d'imposer des exigences supplémentaires pour l'utilisation des négociations avec appel à la concurrence. Par exemple, les règlements en matière de passation des marchés ou les règles ou orientations de l'organisme chargé de la passation des marchés publics ou autre autorité « peuvent imposer à l'entité adjudicatrice de prendre des mesures telles qu'établir des règles et procédures de base pour la conduite des négociations afin qu'elles se déroulent de manière efficace ; préparer divers documents qui serviront de base aux négociations, notamment des documents décrivant l'objet du marché et énonçant les conditions contractuelles souhaitées ; et prier les fournisseurs ou entrepreneurs avec qui elle négocie de ventiler leurs prix pour l'aider à comparer les offres »¹⁸.

108. Alors que dans le cadre de négociations directes, il n'est généralement pas publié d'ensemble unique de conditions de la passation de marché pour l'évaluation des soumissions définitives, l'efficacité des négociations peut être améliorée si l'équipe de négociateurs de l'autorité contractante reçoit des orientations sous la forme de critères généraux auxquels les propositions doivent satisfaire (objectifs généraux de résultat ou spécifications concernant le produit par exemple), ainsi que de critères d'évaluation des offres faites pendant les négociations et de sélection du partenaire privé qui sera retenu (par exemple, la valeur technique d'une offre, les prix, les coûts d'exploitation et de maintenance ainsi que la rentabilité et les perspectives de développement que peut offrir le contrat de PPP). L'autorité contractante devrait organiser des entretiens avec les soumissionnaires afin d'affiner et d'améliorer les propositions jusqu'à ce qu'elles lui conviennent. Le prix de chaque proposition peut entrer en ligne de compte dans ces entretiens. Une fois les propositions finalisées, l'autorité contractante devrait rechercher la meilleure offre définitive en se basant sur les propositions clarifiées. Il est recommandé que les

¹⁸ *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, p. 227, par. 6.

soumissionnaires incluent dans leur offre définitive des preuves montrant que la répartition des risques qui y est associée rencontrerait l'agrément de leurs prêteurs éventuels. Le processus de négociation prend fin avec la meilleure offre définitive. Aucune négociation ne devrait avoir lieu entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leur meilleure offre définitive. Le contrat sera alors attribué à la partie dont l'offre est la « plus économique » ou la « plus avantageuse ».

d) Avis d'attribution du contrat

109. L'autorité contractante devrait être tenue de constituer un dossier d'archives relatif à la procédure d'attribution (voir par. 134 à 136) et de publier un avis d'attribution du contrat qui devrait, sauf lorsque des questions de défense ou de sécurité nationale sont en jeu, indiquer en particulier les circonstances particulières et les raisons justifiant l'attribution du contrat sans véritable procédure de mise en concurrence (voir par. 101). Dans de nombreux pays, il est devenu habituel de publier le contrat de PPP dans son intégralité, dans un souci de transparence et de redevabilité. À cette pratique s'ajoutent souvent des mesures d'information et de transparence supplémentaires, comme la publication de rapports d'évaluation sur l'exécution du contrat de PPP par les partenaires privés au regard des objectifs qui y sont fixés et l'usage, par les pouvoirs publics, d'un dispositif servant à publier ces objectifs (que ce soit sur le site Web de l'autorité contractante ou ailleurs) (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 103 et 104).

E. Propositions spontanées¹⁹

110. Les projets de PPP sont parfois issus de propositions directement soumises par le secteur privé. Ces propositions sont généralement désignées par le terme « propositions spontanées », car elles ne sont liées à aucun projet pour lequel le secteur public aurait lancé une procédure d'attribution de contrat. Elles peuvent résulter de l'identification par le secteur privé d'un besoin en matière d'infrastructures qui pourrait être satisfait par un PPP. Il peut également s'agir de propositions novatrices pour la gestion d'une infrastructure offrant la perspective d'un transfert de technologies nouvelles vers le pays hôte. Elles peuvent toutefois susciter certaines préoccupations quant à la transparence, la redevabilité et le rapport qualité-prix. Les pays qui souhaitent néanmoins autoriser l'examen de ces propositions devraient soigneusement étudier ces préoccupations et prévoir des garanties appropriées.

¹⁹Voir les recommandations du Groupe de la Banque mondiale intitulées « Lignes directrices pour la gestion des offres non sollicitées dans le cadre de projets d'infrastructure », Groupe de la Banque mondiale, 2018.

1. *Considérations de politique générale*

111. Une des raisons parfois citées pour justifier l'examen de propositions spontanées est la volonté d'inciter le secteur privé à soumettre des propositions supposant l'application de nouveaux concepts ou de nouvelles technologies pour répondre aux besoins de l'autorité contractante. Étant donné la nature même des procédures d'attribution concurrentielles, aucun soumissionnaire n'a l'assurance de se voir attribuer le projet, sauf s'il sort vainqueur de la compétition. De plus, le coût d'établissement de propositions pour de grands projets d'infrastructure peut décourager les sociétés qui craignent que leurs propositions ne soient pas à la hauteur de celles soumises par des soumissionnaires concurrents. En revanche, le secteur privé peut voir dans des règles qui permettent à l'autorité contractante de négocier des propositions spontanées directement avec leurs auteurs une incitation à soumettre de telles propositions. L'autorité contractante peut, elle aussi, trouver son intérêt dans des négociations directes qui encouragent le secteur privé à formuler des propositions novatrices pour le développement d'infrastructures.

112. D'un autre côté, cependant, l'attribution de projets à la suite d'une proposition spontanée et sans la concurrence d'autres soumissionnaires peut exposer le gouvernement à de graves critiques. Les pratiques de la bonne gouvernance exigent des autorités publiques qu'elles anticipent leurs besoins en matière d'infrastructures et planifient de manière systématique comment les satisfaire. Celles-ci devraient renforcer leurs capacités pour concevoir et planifier leurs propres projets, plutôt que de devoir compter sur le secteur privé pour les initier (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 5 à 20 et 47). On a constaté qu'en raison d'une évaluation insuffisante ou d'une mauvaise planification, les propositions spontanées généraient, dans la pratique, des dettes éventuelles substantielles pour les pays hôtes, qui n'avaient pas été anticipées correctement dans leurs systèmes de contrôle des dépenses publiques et du budget à long terme. En outre, les prêteurs potentiels, y compris les institutions financières multilatérales et bilatérales, peuvent avoir des difficultés à octroyer des crédits ou donner des garanties pour des projets qui n'ont pas fait l'objet d'une procédure d'attribution concurrentielle. Ils peuvent en effet craindre une remise en question ou une annulation par de futurs gouvernements (par exemple, parce qu'il peut être ultérieurement estimé que l'attribution du projet a été entachée de favoritisme ou parce que la procédure ne prévoyait pas de paramètres objectifs pour la comparaison des prix, des éléments techniques et de la pertinence générale du projet), ou des contestations juridiques ou politiques d'autres parties intéressées, telles que des clients mécontents de l'augmentation des prix ou des sociétés concurrentes affirmant qu'elles ont été injustement exclues d'une procédure d'attribution concurrentielle.

113. Quelques raisons expliquent pourquoi certains pays ont préféré ne pas réglementer les propositions spontanées ou les interdire expressément. Les pays

qui souhaitent néanmoins en autoriser l'examen devraient déterminer s'il serait nécessaire ou souhaitable de prévoir des procédures spéciales pour les évaluer et les traiter, de manière à éviter qu'elles ne soient utilisées pour contourner les mécanismes de gestion des investissements publics. À cette fin, il peut être utile d'analyser les deux situations les plus couramment mentionnées à propos des propositions spontanées, à savoir : les propositions spontanées qui, selon leurs auteurs, s'appuient sur de nouveaux concepts ou de nouvelles technologies pour répondre aux besoins de l'autorité contractante en matière d'infrastructures et celles dont les auteurs affirment qu'elles permettent de répondre à un besoin non encore identifié par l'autorité contractante.

a) Propositions spontanées censées s'appuyer sur de nouveaux concepts ou de nouvelles technologies pour répondre aux besoins de l'autorité contractante en matière d'infrastructures

114. De manière générale, en ce qui concerne les projets impliquant l'utilisation d'une méthode ou d'un procédé industriel, l'autorité contractante aurait intérêt à encourager la soumission de propositions incorporant les procédés, les études, les méthodes ou les concepts techniques les plus modernes et présentant une capacité avérée d'amélioration du produit (par exemple, en réduisant considérablement les coûts de construction, en accélérant l'exécution du projet, en renforçant la sécurité, en améliorant les résultats du projet, en prolongeant sa vie économique, en réduisant les frais de maintenance et d'exploitation de l'ouvrage ou encore en réduisant l'impact négatif sur l'environnement ou les perturbations soit pendant la construction, soit pendant l'exploitation).

115. L'autorité contractante pourrait également satisfaire ses intérêts légitimes en modifiant comme il convient les procédures d'attribution concurrentielles au lieu d'établir un ensemble de règles spécialement adaptées au traitement des propositions spontanées. Par exemple, si elle recourt à des procédures d'attribution qui mettent l'accent sur le produit attendu, sans prescrire les modalités de réalisation (voir par. 72), les soumissionnaires auront suffisamment de latitude pour proposer leurs propres procédés ou méthodes exclusifs. Une telle exclusivité ne constituerait pas, dans ce cas de figure, un obstacle à la concurrence, à condition que toutes les méthodes proposées permettent techniquement de donner les résultats souhaités par l'autorité contractante.

116. Il vaudrait peut-être mieux, dans ces cas, assouplir les procédures d'attribution concurrentielles que de concevoir de nouvelles procédures sans mise en concurrence pour traiter plus particulièrement les propositions dont les auteurs affirment qu'elles apportent des technologies ou des concepts nouveaux. Sauf peut-être dans le cas des concepts ou des technologies brevetés dont l'exclusivité peut être déterminée d'après les droits de propriété intellectuelle existants, une autorité contractante peut avoir beaucoup de mal à définir ce qui constitue la nouveauté. Pour ce faire,

elle devra peut-être recourir aux services d'experts indépendants coûteux, venant éventuellement d'autres pays, afin de parer aux allégations de partialité. L'argument de la nouveauté peut également être invoqué par d'autres sociétés intéressées affirmant posséder des technologies nouvelles appropriées.

117. La situation peut toutefois être quelque peu différente si l'exclusivité de la proposition ou ses aspects novateurs sont tels qu'il serait impossible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des études, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition ou ses associés ont des droits exclusifs au niveau mondial ou régional. L'existence de droits de propriété intellectuelle sur une méthode ou une technologie peut effectivement réduire ou éliminer les possibilités de véritable concurrence. C'est la raison pour laquelle les lois sur la passation des marchés de la plupart des pays autorisent les entités adjudicatrices à recourir à la sollicitation d'une source unique si les biens, les travaux ou les services ne peuvent être obtenus qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné, ou lorsqu'un fournisseur ou entrepreneur donné a des droits exclusifs sur les biens, travaux ou services et qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable (voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 30-5).

118. En pareil cas, il conviendrait d'autoriser l'autorité contractante à négocier directement l'exécution du projet avec l'auteur de la proposition spontanée. La difficulté serait bien entendu d'établir, avec l'objectivité et la transparence voulues, qu'il n'existe pas de solution de remplacement raisonnable pour la méthode ou la technologie envisagée dans la proposition spontanée. C'est pourquoi il est souhaitable que l'autorité contractante établisse des procédures lui permettant d'obtenir des éléments de comparaison. Dans cette situation, le recours aux dispositions relatives à la demande de propositions avec dialogue prévue dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics peut contribuer à garantir un traitement équitable et objectif des propositions spontanées.

b) Propositions spontanées dont les auteurs affirment qu'elles permettent de répondre à un besoin non encore identifié par l'autorité contractante

119. La valeur de ce type de propositions spontanées réside dans l'identification d'une possibilité de développement des infrastructures non encore envisagée par les autorités du pays hôte. Toutefois, ce cas de figure ne devrait pas normalement constituer en lui-même une justification suffisante pour négocier de gré à gré l'attribution d'un projet dont l'autorité contractante n'a pas l'assurance objective qu'il constitue la réponse la plus avantageuse à ses besoins. Une proposition spontanée, aussi bien justifiée soit-elle, ne devrait pas dispenser les pouvoirs publics d'évaluer leurs besoins d'infrastructure de leur côté et de prendre les mesures de planification et d'évaluation exigées par la loi (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 5 à 20).

2. Procédures de traitement des propositions spontanées

120. Compte tenu de ce qui précède, il est souhaitable que l'autorité contractante établisse des procédures transparentes pour déterminer si une proposition spontanée satisfait aux conditions requises et s'il est dans son intérêt de lui donner suite.

a) Restrictions à la recevabilité des propositions spontanées

121. Pour garantir un contrôle véritable des dépenses publiques, certaines lois nationales prévoient qu'aucune proposition spontanée ne peut être prise en considération si l'exécution du projet devait donner lieu à des engagements financiers importants de la part de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique, tels que des garanties, des subventions ou une participation au capital. La raison d'une telle restriction est que les procédures de traitement des propositions spontanées sont généralement moins élaborées que les procédures d'attribution ordinaires et ne garantissent pas nécessairement le même niveau de transparence et de concurrence. Toutefois, il peut y avoir des raisons de permettre une certaine souplesse dans l'application de cette condition. Dans certains pays, un appui des pouvoirs publics autre que des garanties directes, des subventions ou une participation au capital (par exemple, la vente ou la location de biens publics aux auteurs de propositions de projet) n'empêche pas nécessairement de traiter ou d'accepter une proposition en tant que proposition spontanée.

122. Par ailleurs, pour être prise en considération, une proposition spontanée doit se rapporter à un projet pour lequel l'autorité contractante n'a entamé ou annoncé aucune procédure d'attribution. En effet, ce qui justifie la prise en considération d'une proposition spontanée sans recours à une procédure d'attribution concurrentielle est la volonté d'inciter le secteur privé à recenser des besoins d'infrastructure nouveaux ou non encore identifiés ou à formuler des propositions novatrices pour satisfaire ces besoins. Or cette justification ne vaut plus si les autorités du pays hôte ont déjà identifié le projet et si le secteur privé se contente de proposer une solution technique différente de celle qu'envisageait l'autorité contractante. En pareil cas, cette dernière pourrait néanmoins tirer parti de solutions novatrices en appliquant une procédure d'attribution impliquant un dialogue avec les soumissionnaires (voir par. 92 à 94). Toutefois, l'examen de propositions spontanées en dehors d'une procédure d'attribution déjà entamée ou annoncée irait à l'encontre du principe d'équité dans l'attribution des marchés publics.

b) Procédure de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

123. Une société ou un groupe de sociétés qui s'adressent à une entité publique pour lui proposer un projet d'infrastructure privé devraient être tenus de soumettre une proposition initiale contenant suffisamment d'informations pour permettre à l'autorité contractante de procéder à une première évaluation lui permettant de

déterminer si les conditions d'admissibilité de propositions spontanées sont remplies, en particulier si le projet proposé est d'utilité publique. La proposition initiale devrait inclure, par exemple, les informations suivantes : description de l'expérience de l'auteur de la proposition dans ce type de projet et de sa situation financière ; description du projet (type, lieu, impact régional, investissement proposé, coûts d'exploitation, évaluation financière, ressources devant être apportées par les pouvoirs publics ou des tiers) ; détails concernant le site (régime de propriété et expropriation éventuelle de terrains ou d'autres biens) ; et description du service et des travaux.

124. Après un examen préliminaire, l'autorité contractante devrait faire savoir à la société, dans un délai raisonnablement court, si le projet peut présenter un intérêt général. Si sa réponse est positive, elle devrait inviter la société à soumettre une proposition officielle qui contiendrait, outre les éléments inclus dans la proposition initiale, une étude de faisabilité technique et économique (y compris les caractéristiques, coûts et bénéfices) ainsi qu'une étude d'impact sur l'environnement. Par ailleurs, l'auteur de la proposition devrait être tenu de soumettre des informations satisfaisantes concernant le concept ou la technologie envisagés dans la proposition. Les informations communiquées devraient être suffisamment détaillées pour permettre à l'autorité contractante d'évaluer correctement le concept ou la technologie et de déterminer s'ils répondent aux conditions requises et peuvent être appliqués avec succès à l'échelle prévue pour le projet proposé. La société qui soumet la proposition spontanée devrait conserver la propriété de tous les documents soumis pendant la procédure et ces documents devraient lui être restitués si la proposition est rejetée.

125. Une fois qu'elle a reçu de l'auteur de la proposition toutes les informations requises, l'autorité contractante devrait décider, dans un délai raisonnablement court, si elle entend donner suite et, dans ce cas, choisir la procédure qui sera utilisée. Pour faire ce choix, elle devrait déterminer tout d'abord si le projet pourrait ou non être exécuté sans le recours à un procédé, des études, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs.

c) *Approbaton*

126. Comme pour d'autres exceptions à une procédure d'attribution concurrentielle du type recommandé dans le *Guide*, dans un souci de transparence et de redevabilité, la décision de traiter les propositions spontanées ne devrait pas appartenir exclusivement à l'autorité contractante. Par conséquent, une fois que cette dernière a déterminé que le projet est d'utilité publique, elle devrait obtenir l'approbation d'une autorité supérieure tant pour procéder à l'examen de la proposition spontanée que pour choisir la procédure à laquelle il est proposé de recourir à cet effet. La demande d'approbation devrait être formulée par écrit et motivée. Cette

exigence d'approbation a pour objet, en particulier, de garantir que l'attribution d'un contrat sur la base d'une proposition spontanée ne sera utilisée que dans des circonstances appropriées.

d) Procédure de traitement des propositions spontanées ne comportant pas de concepts ou de technologies brevetés

127. Si l'autorité contractante, après avoir examiné une proposition spontanée, décide que le projet est d'utilité publique mais que son exécution est possible sans l'utilisation d'un procédé, d'études, d'une méthode ou d'un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs, elle devrait être tenue, pour l'attribution du projet, de recourir aux procédures normalement applicables pour l'attribution de contrats de PPP, comme les procédures d'attribution concurrentielles décrites dans le *Guide* (voir par. 51 à 98). Toutefois, certains pays ont inclus, dans les procédures d'attribution, des éléments particuliers afin d'encourager la soumission de propositions spontanées. Ces mesures d'incitation peuvent être les suivantes :

a) L'autorité contractante pourrait s'engager à ne pas entamer de procédure d'attribution concernant un projet pour lequel elle a reçu une proposition spontanée sans y inviter l'entreprise ayant soumis la proposition originale ;

b) Le soumissionnaire original pourrait se voir accorder un certain avantage. Dans certains pays qui appliquent un système de classement par points pour l'évaluation des propositions financières et techniques, cet avantage prend la forme d'une marge de préférence dans la notation finale (à savoir un certain pourcentage qui s'ajoute à la note finale obtenue par l'entreprise à la fois pour les éléments financiers et non financiers). Un des risques afférents à un tel système est la fixation d'une marge de préférence si haute qu'elle découragerait la présentation d'offres concurrentes valables, ce qui entraînerait l'admission d'un projet de valeur moindre en échange de la préférence donnée à l'auteur de la proposition novatrice. Une autre forme de mesure d'incitation, qui serait préférable, pourrait être le remboursement, total ou partiel, des frais encourus par le soumissionnaire original pour l'élaboration de la proposition spontanée. À des fins de transparence, de telles mesures d'incitation devraient être annoncées dans la demande de propositions.

128. Il convient toutefois de noter que ces mesures d'incitation peuvent dissuader d'autres soumissionnaires potentiels d'engager des frais pour soumettre des propositions. Par conséquent, lorsqu'elle s'interrogera sur la portée souhaitable des mesures d'incitation destinées aux auteurs de propositions spontanées, l'autorité contractante aurait tout intérêt à chercher à garantir une véritable concurrence et à éviter que ces mesures soient tellement favorables aux auteurs de propositions spontanées qu'elles découragent d'autres soumissionnaires potentiels. Nonobstant les mesures d'incitation qui peuvent être offertes, l'auteur de la proposition spontanée devrait

être tenu de satisfaire aux mêmes critères de qualification que les soumissionnaires participant à une procédure d'attribution concurrentielle (voir par. 82 à 87).

e) *Procédure de traitement des propositions spontanées comportant des concepts ou des technologies brevetés*

129. S'il apparaît que les éléments novateurs de la proposition sont tels qu'il serait impossible d'exécuter le projet sans utiliser un procédé, des études, une méthode ou un concept technique sur lesquels l'auteur de la proposition ou ses associés possèdent des droits exclusifs au niveau mondial ou régional, il peut être utile que l'autorité contractante confirme cette évaluation préliminaire en appliquant une procédure lui permettant d'obtenir des éléments de comparaison. Elle peut notamment publier une description des éléments essentiels de la proposition relatifs aux produits (par exemple, capacité de l'ouvrage, qualité du produit ou du service, ou prix unitaire) en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions différentes ou comparables dans un délai donné. Cette description ne devrait pas comprendre les éléments de la proposition spontanée relatifs aux intrants (par exemple, conception de l'ouvrage, technologie et équipement à utiliser) afin d'éviter de divulguer aux concurrents potentiels des informations appartenant exclusivement à l'auteur de la proposition spontanée. Le délai de soumission des propositions devrait être fonction de la complexité du projet et donner aux concurrents potentiels suffisamment de temps pour formuler leurs propositions. Ce peut être là un facteur crucial pour obtenir d'autres propositions, par exemple si les soumissionnaires doivent effectuer des études géologiques souterraines détaillées qui ont pu demander de nombreux mois au soumissionnaire original, lequel ne souhaite pas en divulguer les résultats.

130. L'invitation à soumettre des propositions comparables ou concurrentes devrait être publiée avec une fréquence minimum (par exemple, une fois par semaine pendant trois semaines) dans au moins une publication de diffusion générale. Elle devrait indiquer où et quand le dossier d'appel d'offres peut être obtenu et préciser les dates limites d'envoi des propositions. Il est important que l'autorité contractante protège les droits de propriété intellectuelle de l'auteur de la proposition originale et garantisse la confidentialité des informations exclusives qui l'accompagnent. Aucune de ces informations ne devrait faire partie du dossier d'appel d'offres. Le soumissionnaire original comme toute autre entreprise qui souhaite soumettre une autre proposition devraient être tenus de fournir une garantie de soumission (voir par. 68). En fonction des réactions reçues à l'invitation, deux scénarios peuvent ensuite se produire :

a) Si l'autorité contractante ne reçoit aucune autre proposition, elle peut raisonnablement conclure qu'il n'existe aucune variante ou solution de remplacement raisonnable à la méthode ou à la technologie envisagée dans la proposition spontanée.

Elle doit dûment consigner cette conclusion et pourrait être autorisée à engager des négociations directes avec l'auteur de la proposition originale. Il peut être souhaitable d'exiger que la décision de l'autorité contractante soit examinée et approuvée par l'autorité dont elle devrait normalement obtenir l'approbation pour sélectionner un partenaire privé par voie de négociation directe (voir par. 103). Certains pays, dont les lois obligent à recourir à des procédures avec mise en concurrence, appliquent ces dernières afin d'établir la transparence requise pour éviter toute contestation future concernant l'attribution d'un contrat de PPP à la suite d'une proposition spontanée. Dans ces pays, conformément à la Loi type, la simple publication d'un appel d'offres permet d'attribuer un projet au soumissionnaire qui a initialement fait la proposition spontanée, même si aucune autre offre n'a été reçue. En effet, pour qu'il y ait procédure avec mise en concurrence, il faut généralement qu'il y ait eu possibilité de concurrence, même si cette dernière n'a pas été effective. La publicité crée cette possibilité et ajoute un degré souhaitable de transparence ;

b) Si l'autorité contractante reçoit d'autres propositions, elle devrait inviter tous les soumissionnaires à des négociations afin de déterminer quelle est la plus avantageuse pour exécuter le projet (voir par. 102 à 109). Si elle reçoit un nombre suffisamment important d'autres propositions qui paraissent, à première vue, répondre à ses besoins en matière d'infrastructures, elle peut envisager une procédure d'attribution concurrentielle à part entière (voir par. 34 à 98), sous réserve des mesures d'incitation qui peuvent être offertes à l'auteur de la proposition originale (voir par. 127, al. b).

131. L'autorité contractante devrait être tenue de constituer un dossier d'archives relatif à la procédure d'attribution (voir par. 138) et de publier un avis d'attribution du projet (voir par. 133).

F. Confidentialité

132. Pour éviter les abus et favoriser la confiance dans les procédures d'attribution, il importe que toutes les parties respectent la confidentialité, notamment en cas de négociations. La confidentialité est importante en particulier pour protéger tout droit de propriété intellectuelle, secret professionnel ou autre information sensible que les soumissionnaires peuvent inclure dans leurs propositions mais ne souhaitent pas voir divulgués à leurs concurrents. Elle devrait être assurée quelle que soit la méthode d'attribution du contrat retenue par l'autorité contractante. Concrètement, cela signifie qu'un responsable de l'autorité contractante qui négocie avec deux soumissionnaires ne doit pas divulguer à l'un la teneur des négociations qu'il mène avec l'autre. La confidentialité est également importante pour éviter qu'il y ait collusion entre les soumissionnaires, ce qui se produirait si, par exemple, ceux-ci se transmettaient la structure de coûts de l'autorité contractante pour ajuster leurs propositions et se partager une série de possibilités de marchés.

G. Avis d'attribution du projet

133. Les contrats de PPP comportent fréquemment des dispositions qui intéressent directement des parties autres que l'autorité contractante et le partenaire privé et qui pourraient avoir un intérêt légitime à être informées de certains éléments essentiels du projet. Tel est le cas notamment pour les projets qui visent la prestation d'un service directement au public. À des fins de transparence, il est parfois souhaitable d'établir des procédures relatives à la diffusion des dispositions du contrat de PPP susceptibles d'intéresser le grand public. Une telle exigence devrait s'appliquer indépendamment de la méthode retenue par l'autorité contractante pour sélectionner le partenaire privé (que ce soit, par exemple, par une procédure d'attribution concurrentielle, des négociations directes ou à la suite d'une proposition spontanée). L'une des procédures possibles consiste à exiger que l'autorité contractante publie un avis de l'attribution du projet, contenant les éléments essentiels des accords proposés, tels que : *a*) le nom du partenaire privé ; *b*) un descriptif des travaux et des services dont se chargera le partenaire privé ; *c*) la durée du contrat ; *d*) la structure des prix ; *e*) un résumé des droits et obligations essentiels du partenaire privé et les garanties qu'il devra fournir ; *f*) un résumé des droits de contrôle de l'autorité contractante et les recours en cas de violation du contrat de PPP ; *g*) un résumé des obligations essentielles des pouvoirs publics, y compris les paiements, subventions ou indemnisations qu'ils verseront ; et *h*) toute autre clause essentielle du contrat de PPP prévue dans la demande de propositions.

H. Archivage des documents liés aux procédures d'attribution

134. Afin de garantir la transparence et la redevabilité et de faciliter l'exercice du droit de recours des soumissionnaires qui s'estiment lésés contre les décisions prises par l'autorité contractante, cette dernière devrait être tenue de conserver les éléments essentiels de la procédure d'attribution du contrat. Les lois et réglementations du pays hôte énoncent généralement sous quelle forme et selon quelles modalités les archives doivent être conservées, ainsi que dans quelle mesure et à qui les informations qui y figurent peuvent être communiquées.

135. Le dossier conservé par l'autorité contractante devrait contenir, selon les besoins, les renseignements de caractère général concernant la procédure d'attribution qui doivent normalement être consignés pour la passation de marchés publics (par exemple, les renseignements énumérés à l'article 25 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics), ainsi que les informations présentant une importance particulière pour les PPP. Il peut s'agir notamment de ce qui suit :

- a) Un descriptif du projet pour lequel l'autorité contractante a sollicité des propositions ;
- b) Les noms et adresses des sociétés membres des consortiums soumissionnaires et ceux des soumissionnaires avec lesquels le contrat de PPP a été conclu, et une indication des obligations en matière de publicité, y compris des copies des moyens mis en œuvre à titre de publicité et des invitations envoyées ;
- c) Un exposé des raisons et circonstances invoquées par l'autorité contractante pour justifier le choix de la procédure d'attribution du contrat ;
- d) Si des changements dans la composition des soumissionnaires présélectionnés sont autorisés par la suite, un énoncé des raisons invoquées pour autoriser ces changements et des conclusions quant aux qualifications des membres supplémentaires ou remplaçants admis dans les consortiums considérés ;
- e) Des renseignements sur les qualifications ou l'absence de qualifications des soumissionnaires et un résumé de l'évaluation et de la comparaison des propositions, et notamment de l'application de toute marge de préférence ;
- f) Un résumé des conclusions des études de faisabilité préliminaires commandées par l'autorité contractante et un résumé des conclusions des études de faisabilité présentées par les soumissionnaires qualifiés ;
- g) Un résumé des demandes d'éclaircissements concernant le dossier de présélection ou la demande de propositions, des réponses données à ces demandes et de toute modification apportée à ces documents ;
- h) Un résumé des principales dispositions des propositions et du contrat de PPP ;
- i) Si l'autorité contractante a estimé plus avantageuse une proposition autre que celle qui offrait le prix unitaire le plus bas pour le produit recherché, les raisons ayant amené le comité d'attribution à cette conclusion ;
- j) En cas de rejet de toutes les propositions, une déclaration motivée à cet effet ;
- k) Si les négociations avec le consortium qui a présenté la proposition la plus avantageuse et les négociations ultérieures avec les autres consortiums qualifiés n'ont pas abouti à un contrat de PPP, une déclaration motivée à cet égard.

136. Comme indiqué dans le *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, « [d]es objectifs tels que la transparence et la responsabilité, et la nécessité de fournir aux fournisseurs et entrepreneurs les informations leur permettant d'évaluer leur performance et d'envisager une contestation le cas échéant doivent être mis en balance avec la nécessité de protéger leurs intérêts commerciaux légitimes »²⁰. En conséquence, le

²⁰ *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, p. 131, par. 5.

paragraphe 2 de l'article 25 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics exige que la partie du procès-verbal qui contient le type de renseignements visés aux alinéas a, b et c ci-avant soit communiquée « à toute personne qui le demande après que la soumission à retenir a été acceptée ou après que la passation de marché a été abandonnée ». Toutefois, conformément au paragraphe 3 de l'article 25 de la Loi type, la partie du procès-verbal qui contient le type de renseignements visés aux alinéas d à k ci-dessus serait uniquement communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté une soumission et demandé ces renseignements après qu'ils ont pris connaissance de l'acceptation de la soumission retenue.

137. S'agissant des contrats attribués sans procédure de mise en concurrence (voir par. 101), il peut être utile de faire figurer dans le dossier, outre les renseignements indiqués au paragraphe 121 qui peuvent être applicables, les informations supplémentaires ci-après :

- a) Une déclaration présentant les raisons et les circonstances invoquées par l'autorité contractante pour justifier le recours à des négociations directes ;
- b) Les moyens mis en œuvre à titre de publicité ou le nom et l'adresse de la ou des sociétés directement invitées aux négociations ;
- c) Le nom et l'adresse de la ou des sociétés qui ont demandé à participer et de celles qui ont été exclues, le cas échéant, ainsi que les motifs de leur exclusion ;
- d) Lorsque les négociations n'ont pas abouti à un contrat de PPP, une déclaration motivée à cet effet ;
- e) La justification donnée pour la sélection du partenaire privé retenu.

138. Pour une procédure d'attribution engagée à la suite de propositions spontanées (voir par. 110 à 119), il peut être utile de faire figurer dans le dossier, outre les renseignements indiqués au paragraphe 135 qui peuvent être applicables, les informations supplémentaires ci-après :

- a) Le nom et l'adresse de la ou des sociétés à l'origine de la proposition spontanée et une brève description de celle-ci ;
- b) Une déclaration de l'autorité contractante attestant que la proposition spontanée a été jugée d'intérêt général et implique, le cas échéant, des technologies et des concepts nouveaux ;
- c) Les moyens mis en œuvre à titre de publicité ou le nom et l'adresse de la ou des sociétés directement invitées aux négociations ;
- d) Le nom et l'adresse de la ou des sociétés qui ont demandé à participer et de celles qui ont été exclues, le cas échéant, ainsi que les motifs de leur exclusion ;

- e) Lorsque les négociations n'ont pas abouti à un contrat de PPP, une déclaration motivée à cet effet ;
- f) La justification donnée pour la sélection du partenaire privé retenu.

139. Il est souhaitable que les règles régissant la conservation des archives dans le cadre de procédures d'attribution impliquant des propositions spontanées spécifient dans quelle mesure et à qui les informations peuvent être communiquées. Pour établir les critères en matière de divulgation d'informations, il faut trouver un juste milieu entre divers facteurs : intérêt général, du point de vue de la redevabilité des autorités contractantes, d'une large communication ; nécessité de fournir aux soumissionnaires les informations dont ils ont besoin pour évaluer leur performance dans la procédure et déterminer les cas dans lesquels il existe un motif légitime de recours ; et nécessité de protéger les informations commerciales confidentielles des soumissionnaires. Compte tenu de ces considérations, il peut être souhaitable de prévoir deux niveaux de communication, comme le prévoit l'article 25 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Les informations à communiquer à tout membre du public peuvent se limiter à des informations de base touchant la redevabilité de l'autorité contractante envers le public. Toutefois, il est aussi souhaitable de prévoir la divulgation, au profit des soumissionnaires, d'informations plus détaillées concernant la conduite de la procédure d'attribution, dans la mesure où ceux-ci en ont besoin pour évaluer leur performance dans la procédure d'attribution et pour contrôler la manière dont l'autorité contractante applique les dispositions des lois et réglementations applicables.

140. En outre, des mesures appropriées devraient être prises pour éviter la divulgation d'informations commerciales confidentielles communiquées par les fournisseurs et entrepreneurs. Cela est particulièrement vrai des informations concernant l'évaluation et la comparaison des propositions, car une divulgation excessive risque de porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires. En règle générale, l'autorité contractante ne devrait pas communiquer d'informations plus détaillées concernant l'examen, l'évaluation et la comparaison des propositions et des prix proposés, sauf lorsqu'un tribunal compétent le lui ordonne.

141. L'existence de dispositions limitant la divulgation des informations relatives à la procédure d'attribution n'empêcherait pas l'applicabilité à certaines parties du dossier de la procédure d'autres lois de l'État conférant au public un droit général d'accès aux documents officiels. La divulgation des informations figurant dans ce dossier aux organismes de tutelle législatifs ou parlementaires peut être imposée par la loi applicable dans le pays hôte.

I. Procédures de contestation

142. L'existence de procédures de contestation équitables et efficaces est l'une des conditions fondamentales pour attirer des soumissionnaires sérieux et compétents et réduire le coût et la longueur des procédures d'attribution. Une importante garantie du respect des règles régissant la procédure d'attribution est le droit donné aux soumissionnaires de contester les actes de l'autorité contractante qui enfreignent ces règles ou leurs propres droits. Différents systèmes juridiques et administratifs prévoient divers recours et procédures, qui sont étroitement liés à la question du réexamen des actes des autorités publiques. Quelle que soit la forme exacte des procédures de contestation, il est important de veiller à ce qu'une possibilité adéquate et des procédures efficaces soient prévues. Il est particulièrement utile de mettre en place un système de recours efficace « avant contrat » (c'est-à-dire des procédures permettant le réexamen des actes de l'autorité contractante à un stade aussi précoce que possible de la procédure d'attribution). Un tel système a pour avantage de permettre à l'autorité contractante de prendre des mesures correctives avant qu'il n'y ait préjudice et de réduire le nombre de cas où une indemnisation monétaire reste la seule option possible pour réparer les conséquences d'un acte irrégulier de sa part. Des éléments pour la mise en place d'un système adéquat de contestation figurent au chapitre VIII de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

143. L'article 9 de la Convention des Nations Unies contre la corruption exige que les systèmes de passation des marchés publics prévoient notamment « [u]n système de recours interne efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures établies ». En conformité avec ce mandat, le chapitre VIII de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics comporte plusieurs dispositions relatives aux procédures de contestation, que les États adoptants sont encouragés à incorporer dans leur législation sur la passation de marchés publics, dans la mesure où leur système juridique le permet. Ces dispositions prévoient notamment la possibilité de demander à l'entité adjudicatrice de réexaminer une décision prise dans le cadre de la procédure de passation du marché, ce qui, dans un tel cas, donne au fournisseur ou entrepreneur lésé la possibilité de s'adresser à l'entité adjudicatrice, à un organe indépendant ou au tribunal. Toutefois, la Loi type reconnaît que le processus d'introduction d'une demande auprès d'instances de recours dépendra dans une large mesure des traditions juridiques des États adoptants. Compte tenu des dispositions de la Convention contre la corruption, les États sont tenus de disposer à la fois d'un mécanisme de recours et d'un mécanisme d'appel, mais la Loi type est souple afin que les États adoptants puissent en appliquer les dispositions conformément à leurs traditions juridiques. En vertu de la Loi type, toute décision ou mesure prise par l'entité adjudicatrice qui ne serait pas conforme aux dispositions de la législation sur la passation des marchés peut être contestée par

les fournisseurs ou entrepreneurs qui prétendent avoir subi ou pouvoir subir des pertes ou des dommages en raison de la non-conformité alléguée. Ce vaste mécanisme de contestation s'accompagne de divers dispositifs visant à garantir l'efficacité de la procédure et à trouver un juste équilibre entre, d'une part, la nécessité de préserver les droits des fournisseurs et entrepreneurs et l'intégrité du processus de passation des marchés et, d'autre part, la nécessité de limiter les perturbations de ce processus. Ainsi, l'article 65 de la Loi type prévoit que l'entité adjudicatrice ne prend aucune mesure qui entraînerait l'entrée en vigueur du marché tant qu'une contestation est pendante, sauf lorsque des considérations urgentes d'intérêt public exigent la levée de cette interdiction. La Loi type contient également des dispositions relatives à la suspension des procédures de passation des marchés, ainsi que des mesures d'appui visant à encourager le règlement rapide et opportun des problèmes et des différends, afin que les contestations puissent être résolues avant qu'il ne soit nécessaire de défaire des étapes de la procédure de passation du marché.

IV. Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP

A. Dispositions générales du contrat de PPP

1. Le « contrat de PPP » conclu entre l'autorité contractante et le partenaire privé constitue le document contractuel clef d'un PPP. Il définit la portée et l'objet du projet ainsi que les droits et obligations des parties et expose en détail comment le projet devra être exécuté ainsi que les conditions d'exploitation de l'ouvrage ou de prestation des services prévus. Dans les PPP concessifs, il couvre aussi les conditions dans lesquelles le partenaire privé fournira le service public et recevra l'essentiel des paiements de la part des usagers et de l'autorité contractante. Dans les PPP non concessifs, le contrat prévoit la mise en place et l'exploitation de l'infrastructure, de l'ouvrage ou du service en échange du paiement, par l'autorité contractante, de la rémunération convenue. Le contrat de PPP peut se présenter sous la forme d'un document unique ou de plusieurs accords distincts conclus entre l'autorité contractante et le partenaire privé ou toute entité apparentée impliquée dans le projet. Des dispositions législatives peuvent donner des orientations pour éviter les incohérences entre différents documents contractuels, notamment des principes d'ordre public et des règles d'interprétation. Cette section analyse la relation entre le contrat de PPP et la réglementation locale ou nationale relative à ces partenariats. Elle examine aussi les procédures et formalités à suivre pour la conclusion et l'entrée en vigueur du contrat de PPP.

1. Approches législatives

2. Les législations nationales contiennent souvent des dispositions portant sur le contenu du contrat de PPP. Dans certains pays, la loi se borne à mentionner la nécessité d'un accord entre le partenaire privé et l'autorité contractante, tandis que dans d'autres, elle contient des dispositions détaillées et impératives sur le contenu des clauses devant figurer dans l'accord. Il existe enfin une approche intermédiaire selon laquelle la loi énumère les différentes questions qui doivent être réglées dans le contrat de PPP sans réglementer en détail le contenu des clauses de celui-ci.

3. Les dispositions législatives concernant certains éléments clefs du contrat de PPP peuvent servir à établir un cadre général de répartition des droits et des

obligations entre les parties, pour donner effet à la répartition des risques sur laquelle se fonde le projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 37 à 45). Ces dispositions peuvent avoir pour but d'uniformiser le traitement de certaines questions contractuelles et de donner des indications aux autorités publiques chargées de négocier les contrats de PPP aux différents niveaux de l'État (national, provincial ou local). Elles peuvent être particulièrement utiles aux autorités contractantes qui n'ont pas l'expérience de ce genre de négociations. Enfin, un texte législatif sera parfois nécessaire pour conférer à l'autorité contractante le pouvoir de souscrire à certaines clauses du contrat.

4. Cependant, des dispositions législatives générales détaillant les droits et obligations des parties peuvent priver l'autorité contractante et le partenaire privé de la latitude dont ils ont besoin pour négocier entre eux un accord adapté aux exigences et aux particularités du projet considéré. Il est donc souhaitable de limiter les dispositions législatives générales concernant le contrat de PPP au strict nécessaire, par exemple aux questions pour lesquelles les parties ont besoin d'une autorisation législative préalable, à celles qui mettent en cause les intérêts de tiers ou aux dispositions touchant à des considérations fondamentales de politique générale qui ne sauraient être modifiées par convention.

2. *Droit applicable au contrat de PPP*

5. Il est rare que les législations internes relatives aux PPP contiennent des dispositions sur le droit applicable aux contrats y relatifs. En effet, les lois de nombreux pays traitent les PPP comme une catégorie de marchés publics, qui sont dès lors régis par la loi du pays de l'autorité contractante (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 15). Lorsqu'il existe de telles dispositions, celles-ci prévoient généralement l'application des lois du pays hôte en renvoyant de manière générale au droit interne ou en mentionnant les textes législatifs ou réglementaires particuliers qui s'appliquent aux contrats de PPP. Certains systèmes juridiques peuvent prévoir que la législation du pays hôte est tacitement applicable, même en l'absence de dispositions législatives à cet effet. Toutefois, dans le cas de PPP transfrontaliers, par exemple lorsque l'ouvrage ou les services s'étendent sur plusieurs pays, il peut être nécessaire de déterminer la ou les lois qui régiront le contrat.

6. Le droit applicable au contrat de PPP comprend les lois du pays hôte qui s'appliquent aux diverses questions qui se posent lors de l'exécution d'un projet de PPP lesquelles, dans certains pays, peuvent faire l'objet de règles particulières relatives aux marchés publics (voir de manière générale le chapitre VII, « Autres domaines pertinents du droit », sect. B). Lorsque le droit applicable au contrat de PPP comprend des règles de droit administratif ou de droit public général, leur

application dans le pays hôte peut être obligatoire. C'est le cas notamment pour celles qui ont trait aux mesures de protection de l'environnement et aux normes en matière de santé et d'emploi. Dans certains pays, la loi indique expressément quelles sont les questions soumises à des règles impératives. Toutefois, diverses questions découlant du contrat de PPP ou de l'exploitation de l'ouvrage peuvent ne pas faire l'objet de règles impératives de droit public. Tel est habituellement le cas de la plupart des questions contractuelles découlant du contrat de PPP (par exemple, formation, validité et rupture du contrat, y compris responsabilité et indemnisation en cas de rupture de contrat et de résiliation abusive).

7. Les pays hôtes qui n'ont pas encore de législation sur les PPP et souhaitent en adopter une pourront avoir à aborder les différentes questions soulevées par de tels projets dans plusieurs textes législatifs. D'autres pays pourront souhaiter adopter une législation ne portant que sur certaines questions qui ne sont pas traitées de manière satisfaisante dans les textes législatifs et réglementaires existants. Une législation spécifique sur les PPP pourrait, par exemple, établir les caractéristiques particulières de la procédure de sélection du partenaire privé et renvoyer, selon qu'il convient, aux textes législatifs existants relatifs à l'attribution des marchés publics pour tout détail concernant l'administration de la procédure. D'ailleurs, les pays hôtes qui adopteront une législation sur les PPP pourront être amenés à abroger certains textes législatifs et réglementaires qui, d'après l'organe législatif, feraient obstacle à la mise en œuvre de celle-ci, et devront veiller de manière générale à la cohérence des différents textes (voir chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 25 à 28).

8. Dans un souci de clarté, il pourra être utile de porter à la connaissance des investisseurs potentiels les textes législatifs et réglementaires qui s'appliquent directement à l'exécution de PPP et, le cas échéant, ceux qui auront été abrogés par l'organe législatif. Cependant, comme il ne sera pas possible d'énumérer dans la législation tous les textes législatifs ou réglementaires intéressant directement ou accessoirement les PPP, le mieux serait de les recenser dans un document non législatif tel qu'une brochure promotionnelle élaborée par le service chargé des PPP, s'il en existe un (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 47) ou par le service chargé de promouvoir les investissements. La réglementation pertinente pourra aussi être remise aux soumissionnaires au moment de la publication de la demande de propositions (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 66 et 70 à 76).

3. Conclusion du contrat de PPP

9. Pour des projets aussi complexes que des projets d'infrastructure, il n'est pas rare que plusieurs mois s'écoulent entre la sélection du soumissionnaire retenu et la finalisation et la signature de tous les documents contractuels (voir chap. III,

« Attribution du contrat », par. 95 à 98). La qualité de l'étude de faisabilité et des autres études réalisées durant la phase de planification, ainsi que l'existence de modèles de contrats et de lignes directrices détaillés et adéquats (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 52), seront essentiels pour faciliter la finalisation et réduire les délais inutiles. Toutefois, on ne peut raisonnablement attendre un engagement ferme et définitif de la part des prêteurs et autres bailleurs de fonds avant l'attribution finale du contrat de PPP, et les parties devront tenir compte des conditions de financement lors de la finalisation dudit contrat. Un délai supplémentaire pourra également être nécessaire pour accomplir certaines formalités qui sont souvent prescrites par la loi telles que l'approbation du contrat de PPP par une autorité supérieure. L'entrée en vigueur du contrat de PPP ou de certaines catégories de contrats de PPP est subordonnée, dans certains pays, à une décision du parlement, voire à l'adoption d'une loi spéciale. C'est souvent le cas pour les PPP concessifs liés à la fourniture d'un service public. Étant donné le coût qu'entraîne tout retard dans l'exécution du contrat de PPP, il est souhaitable d'expédier les ajustements finaux afin d'éviter tout retard inutile dans la conclusion dudit contrat.

10. Les parties peuvent limiter le risque de retards en établissant, lors de la phase de planification, un calendrier indiquant les étapes importantes, qui peuvent même constituer un préalable à l'entrée en vigueur du contrat de PPP. Parmi ces étapes peuvent figurer l'approbation obligatoire par les autorités publiques (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 54), la constitution de la société de projet dans un délai fixé (voir par. 13 à 20), l'obtention des moyens financiers nécessaires (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 79 ; voir aussi « Introduction et informations générales sur les PPP, par. 56 à 59), et l'obtention des licences ou autorisations requises pour mener l'activité qui fait l'objet du PPP (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 53 à 55). Pendant la dernière étape, on a relevé plusieurs facteurs retardant la conclusion du contrat, par exemple le manque d'expérience des parties, le manque de coordination entre différentes autorités publiques, les incertitudes quant à l'appui pouvant être attendu des pouvoirs publics et la difficulté que peut présenter la mise en place de garanties acceptables pour les prêteurs. Les pouvoirs publics peuvent beaucoup faciliter les choses en donnant des instructions appropriées aux représentants qui agissent au nom de l'autorité contractante dans le pays. À cet égard, le rôle d'un service chargé des PPP ou d'une entité de coordination similaire est essentiel pour maintenir le processus de conclusion sur les rails et en faciliter la progression rapide (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 47). Mieux les parties s'entendront sur les clauses devant figurer dans le contrat de PPP, plus elles auront de chances de conclure le contrat avec succès. Inversement, lorsque des questions importantes restent en suspens après l'attribution du contrat de PPP et que les parties ne reçoivent que peu d'instructions quant au contenu dudit contrat, il peut y avoir un risque élevé de prolongation des discussions, avec les coûts que cela

entraîne, et de plaintes justifiées concernant le manque de transparence et de concurrence dans le processus de sélection.

11. Diverses organisations internationales, comme la Banque mondiale¹ ou la Fédération internationale des ingénieurs-conseils², ont fourni des orientations pour la rédaction de contrats de PPP ou établi des clauses standard qui peuvent servir de point de départ pour rédiger tout ou partie d'un tel contrat. Ces modèles, qui sont largement acceptés et utilisés dans le monde entier, sont régulièrement mis à jour par ces institutions. Des indications sont également fournies au sujet de leur signification et de leur interprétation, ce qui est gage d'uniformité et permet de réduire les risques.

12. Il faudrait également revoir la procédure de conclusion et d'entrée en vigueur du contrat de PPP afin d'accélérer les choses et d'éviter les conséquences négatives liées à un retard dans le calendrier du projet. Certains pays délèguent par voie législative le pouvoir d'engager la signature de l'autorité contractante ou de l'État, selon le cas, à certains fonctionnaires, de sorte que le contrat entre en vigueur dès sa signature ou dès l'achèvement de certaines formalités, comme la publication au Journal officiel. Dans les pays où une telle procédure est inapplicable ou dans lesquels une autre instance doit encore donner son approbation finale, il est souhaitable d'envisager de rationaliser la procédure d'approbation. Lorsque celle-ci est jugée arbitraire ou trop lourde, il peut être demandé aux pouvoirs publics de donner au partenaire privé et aux prêteurs des garanties suffisantes pour les mettre à l'abri du risque existant dans ce domaine (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 71 à 76). Dans certains pays où une approbation est nécessaire, l'autorité contractante est parfois autorisée à défrayer le soumissionnaire sélectionné des dépenses qu'il a engagées pendant la phase de sélection et la préparation du projet si l'approbation finale est refusée pour des raisons indépendantes de sa volonté.

B. Structure sociale du partenaire privé

13. La législation nationale prévoit souvent certaines exigences concernant la structure sociale du partenaire privé, qui sont reprises par des dispositions détaillées dans les contrats de PPP. Elles portent habituellement sur des questions telles que la constitution du partenaire privé en personne morale, son capital, son champ d'activité et ses statuts. Dans la plupart des cas, les soumissionnaires retenus constituent une société de projet revêtant la forme d'une personne morale indépendante

¹ « Guidance on PPP contractual provisions », édition 2017, Banque internationale pour la reconstruction et le développement, Banque mondiale.

² Pour plus d'informations, consulter le site Web de la FIDIC : <http://fidic.org/>.

dotée de sa propre personnalité juridique, aussi appelée « véhicule ad hoc » ou « entité ad hoc », qui devient alors le partenaire privé dans le cadre du contrat de PPP. Une société de projet constituée en personne morale indépendante est le véhicule généralement utilisé pour mobiliser des fonds aux fins du financement du projet (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 56). Ce type de société facilite la coordination des travaux d'exécution du projet et offre un mécanisme pour protéger les intérêts du projet, qui ne coïncident pas forcément avec ceux de la société mère ou, le cas échéant, des membres du consortium et d'autres promoteurs du projet. Cette considération peut être déterminante lorsque des membres du consortium de projet s'engagent à fournir une partie importante des services ou des biens nécessaires au projet.

14. Si la société de projet n'est pas encore constituée, elle doit généralement l'être peu de temps après la sélection du consortium ayant été retenu. Comme une bonne partie des engagements et obligations du partenaire privé, y compris à long terme (contrat de PPP, conventions de prêt et de garantie et contrats de construction), se décident généralement tôt, il est bon que le projet soit représenté par une personne morale indépendante lorsque ces instruments sont négociés. Par ailleurs, dans une perspective à plus long terme, il est important que la structure d'actionariat de la société de projet reflète les points d'accord entre les membres du consortium retenu en ce qui concerne les niveaux d'engagement et de participation au capital du projet de chacun (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 42). Certains pays dans lesquels les investissements étrangers sont soumis à des règles spécifiques et doivent être approuvés au cas par cas par les autorités compétentes ont jugé utile de fusionner les exigences relatives à l'enregistrement des investissements et à l'autorisation des projets de PPP en une seule procédure, afin d'économiser du temps et de l'argent.

15. Souvent, les entités offrant des services publics doivent se constituer en personne morale conformément aux lois du pays hôte. Cette exigence traduit la volonté de l'organe législatif de s'assurer, notamment, que les prestataires de services publics se conforment à la réglementation nationale en matière de comptabilité et de publicité (par exemple, publication des états financiers ou règles de publicité concernant certains actes sociaux). Elle met en évidence, toutefois, la nécessité, pour le pays hôte, d'avoir un droit des sociétés approprié (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 31 à 34). Si la société de projet peut être constituée facilement, compte dûment tenu des exigences raisonnables qu'impose l'intérêt général, cela peut éviter des retards inutiles dans la réalisation du projet.

16. Une autre question importante a trait aux apports de fonds propres nécessaires pour la constitution de la société de projet. L'autorité contractante a légitimement intérêt à rechercher un montant de fonds propres qui assure la solidité financière de la société de projet et garantisse sa capacité de s'acquitter de ses obligations.

Cependant, comme l'investissement total requis ainsi que le rapport idéal entre l'endettement et les fonds propres varient d'un projet à l'autre, il ne sera peut-être pas souhaitable d'exiger, dans la législation, un capital social minimum d'un montant déterminé pour toutes les sociétés réalisant des projets de PPP dans le pays. On pourra, à la place, accorder à l'autorité contractante davantage de souplesse pour parvenir à un montant d'investissement en fonds propres adapté aux besoins financiers du projet. L'investissement attendu pourra, par exemple, être exprimé dans la sollicitation de propositions sous la forme d'un ratio d'endettement souhaitable et pourra figurer parmi les critères d'évaluation des propositions financières et commerciales de façon à stimuler la concurrence entre les soumissionnaires (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 84 à 86).

17. Quoi qu'il en soit, il est souhaitable de revoir les dispositions législatives ou les prescriptions réglementaires concernant l'organisation du partenaire privé de façon à assurer leur conformité aux obligations internationales contractées par le pays hôte. Des dispositions limitant ou imposant certains types de personne morale ou de coentreprise par l'intermédiaire desquelles un prestataire peut proposer un service, de même qu'une restriction des participations étrangères sous la forme d'un plafonnement du pourcentage de capitaux étrangers ou de la valeur totale des investissements étrangers individuels ou agrégés, risquent d'aller à l'encontre d'obligations contractées par les États signataires de certains accords internationaux d'intégration économique ou de libéralisation du commerce des services.

18. Les considérations susmentionnées relatives à la structure sociale du partenaire privé s'appliquent aussi à l'attribution d'un contrat de PPP à une personne morale existante, à la filiale d'une personne morale qui exploite d'autres projets de PPP dans le pays, ou à une entreprise publique, ce qui est souvent le cas dans certains pays. Lorsque des entreprises publiques mènent un projet de PPP, il importe d'examiner soigneusement, si possible dès la phase de planification, les mesures qui pourraient limiter les éventuels conflits d'intérêts entre l'État, en tant qu'actionnaire majoritaire de la société de projet, et les actionnaires minoritaires. Il est aussi important de tenir compte des préoccupations des prêteurs concernant les risques politiques découlant de la relation entre l'État et la société de projet. De plus, il faudra aussi tenir compte du traitement comptable de la dette contractée par une entreprise publique et de son éventuel impact sur les comptes de l'État en tant qu'engagement subsidiaire ou indirect éventuel (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 15 et 16 ; voir aussi chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 44 à 46).

19. Parfois, la législation interne contient des dispositions concernant la portée des activités de la société de projet et exige, par exemple, qu'elles se limitent à la construction et à l'exploitation d'un ouvrage particulier. Ces restrictions peuvent avoir pour objet d'assurer la transparence des comptes du projet et de préserver

l'intégrité de ses actifs, en séparant ceux-ci ainsi que les produits et le passif de ce projet de ceux d'autres projets ou d'autres activités sans rapport avec lui. Elles peuvent faciliter l'évaluation des résultats de chaque projet puisque les pertes ou les profits d'un projet ne peuvent être compensés par ceux d'autres projets ou activités. Toutefois, la possibilité offerte au partenaire privé d'étendre ses activités à des projets ou à des activités connexes (par exemple, la construction d'un centre commercial ou la réalisation d'un projet immobilier à proximité d'une gare ferroviaire en parallèle avec la construction d'une ligne de métro) peut attirer les partenaires privés ou les membres d'un consortium ayant les compétences nécessaires pour ce genre de projets (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 84 à 86).

20. L'autorité contractante pourra aussi souhaiter avoir l'assurance que les statuts de la société de projet reflètent comme il convient les obligations que celle-ci assume au titre du contrat de PPP. Pour cette raison, certains contrats prévoient qu'une modification des statuts de la société de projet ne produit effet que lorsqu'elle a été approuvée par l'autorité contractante. Lorsque celle-ci ou un autre organisme public participe à la société de projet, il est parfois stipulé que certaines décisions exigent un vote positif de l'autorité contractante à l'assemblée des actionnaires ou au conseil d'administration. Quoi qu'il en soit, il importe de peser l'intérêt général représenté par l'autorité contractante au regard de la nécessité de laisser à la société de projet la marge de manœuvre dont elle a besoin pour conduire ses affaires. S'il est jugé nécessaire d'exiger que l'autorité contractante approuve les amendements qu'il est proposé d'apporter aux statuts de la société de projet, il est bon de limiter cette exigence aux dispositions considérées comme revêtant une importance fondamentale (par exemple, celles qui concernent le montant du capital social, les catégories d'action et les droits dont elles sont assorties ou les procédures de liquidation), lesquelles devront être précisées dans le contrat de PPP.

C. Site, biens et servitudes du projet

21. Les dispositions relatives au site du projet forment un élément essentiel de la plupart des contrats de PPP. Elles portent généralement sur des questions telles que la propriété des terrains et des biens du projet, l'acquisition des terrains et les servitudes nécessaires au partenaire privé pour réaliser des travaux de construction ou exploiter l'infrastructure. Dans la mesure où le contrat de PPP envisage de transférer au partenaire privé des biens appartenant au domaine public ou de lui donner un droit d'usage sur de tels biens, il peut être nécessaire de prévoir un cadre législatif adéquat. Des dispositions législatives peuvent également être nécessaires pour faciliter l'acquisition des biens ou servitudes nécessaires lorsque le projet n'est pas situé sur des terrains appartenant au domaine public.

1. *Propriété des biens du projet*

22. Comme nous l'avons vu plus haut, les projets de PPP peuvent revêtir différentes formes, allant du cas où les biens associés au projet sont détenus par l'État au cas où l'ouvrage est entièrement détenu et exploité par le secteur privé (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 48 à 55). Indépendamment de la politique générale ou sectorielle du pays hôte, il importe que le régime de propriété des différents biens en jeu soit clairement défini et s'appuie sur un cadre législatif suffisant. Toutefois, il n'est pas nécessairement indispensable d'élaborer des dispositions législatives précises à ce sujet. Dans différents pays, il s'est en effet révélé suffisant d'établir un cadre législatif présentant les questions qui doivent être traitées dans le contrat de PPP.

23. Dans certains systèmes juridiques, l'infrastructure physique nécessaire à la fourniture de services publics dans le cadre d'un PPP concessif (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 14 à 16) est généralement considérée comme un bien public, même lorsqu'elle a initialement été acquise ou créée au moyen de fonds privés. Elle comprend généralement, outre tout bien qui aura pu être mis à la disposition du partenaire privé par l'autorité contractante, tout bien spécialement acquis pour la construction de l'ouvrage. Toutefois, pendant la durée du projet, le partenaire privé pourra apporter des améliorations ou des ajouts substantiels à l'ouvrage. Il ne sera pas toujours aisé d'établir, en vertu du droit applicable, si ces améliorations ou ajouts deviennent ou non partie intégrante des biens publics en la possession du partenaire privé, ou si certains d'entre eux peuvent en être séparés et devenir la propriété privée du partenaire privé. Il est donc souhaitable que le contrat de PPP spécifie, selon qu'il convient, les biens qui entreront dans le domaine public et ceux qui deviendront la propriété privée du partenaire privé.

24. L'impératif de clarté concernant la propriété des biens du projet ne se limite pas aux systèmes juridiques dans lesquels l'infrastructure physique nécessaire à l'offre de services publics est considérée comme un bien public. En règle générale, lorsque l'autorité contractante fournit le terrain ou l'ouvrage nécessaire à la réalisation du projet, il est souhaitable que le contrat de PPP spécifie, selon qu'il convient, les biens qui resteront dans le domaine public et ceux qui deviendront la propriété privée du partenaire privé. Le partenaire privé pourra se voir céder soit le titre de propriété du terrain ou de l'ouvrage, soit uniquement un titre à bail ou le droit d'utiliser le terrain ou l'ouvrage et d'y construire, en particulier lorsque le terrain reste dans le domaine public. Dans l'un et l'autre cas, la nature des droits du partenaire privé devrait être clairement établie, car elle aura une incidence directe sur sa capacité de constituer des sûretés sur les biens du projet pour mobiliser des fonds (voir par. 60 et 61).

25. Outre la propriété des biens pendant la durée du contrat de PPP, il importe de considérer le régime de propriété à l'expiration ou à la résiliation de ce contrat. Dans les PPP concessifs, l'autorité contractante recherche la continuité des services et a par conséquent un intérêt dans les biens corporels associés au projet, dont elle exigera qu'ils soient remis dans leur totalité à la fin du contrat. Dans les PPP non concessifs par contre, le contrat de PPP est essentiellement considéré comme un moyen de fournir des services pendant une durée déterminée et non de construire des installations matérielles. Par conséquent, dans ce type de PPP, la législation peut limiter l'obligation de remise du partenaire privé aux avoirs et aux biens publics mis initialement à disposition par l'autorité contractante ou un autre organisme public, ou à certains autres biens jugés nécessaires pour garantir la prestation du service. En cas de désignation d'un nouveau partenaire privé, ces biens seront transférés directement du premier partenaire privé au second, qui lui succède pour la prestation du service (voir aussi chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 42 et 43).

26. Les différences dans les approches législatives traduisent souvent des différences dans les rôles dévolus aux secteurs public et privé dans divers systèmes juridiques et économiques, mais elles peuvent aussi résulter de considérations pratiques de la part de l'autorité contractante. Une raison pratique qui incitera celle-ci à autoriser le partenaire privé à conserver certains biens à la fin de la durée du projet peut être la volonté de réduire le coût auquel le service sera fourni. Si les biens du projet sont susceptibles d'avoir une valeur résiduelle pour le partenaire privé et si cette valeur peut être prise en compte pendant le processus de sélection, l'autorité contractante peut escompter que les redevances demandées pour le service seront moins élevées. En effet, si le partenaire privé pense ne pas avoir à assumer la totalité du coût des biens pendant la durée du projet mais pouvoir en recouvrer une partie en les vendant ou en les utilisant à d'autres fins, après l'expiration du contrat de PPP, il est possible que le service puisse être assuré à un coût moins élevé que si le partenaire privé devait amortir tous ses frais pendant la durée du projet. En outre, il se peut que certains biens nécessitent à la fin du projet une remise à neuf ou une mise à niveau technique telles qu'il ne sera peut-être pas rentable pour l'autorité contractante de les réclamer. Il peut aussi y avoir un passif résiduel ou des coûts indirects, par exemple une responsabilité pour atteintes à l'environnement ou des coûts de démolition.

27. C'est pourquoi la législation de certains pays n'envisage pas un transfert inconditionnel de tous les biens à l'autorité contractante pour tous les types de PPP, mais permet d'établir une distinction entre trois grandes catégories de biens :

a) Biens devant être transférés à l'autorité contractante. Cette catégorie comprend en général les biens publics utilisés par le partenaire privé pour fournir le service considéré. Ils peuvent inclure à la fois les ouvrages mis à la disposition du partenaire

privé par l'autorité contractante et les nouveaux ouvrages construits par celui-ci conformément au contrat de PPP, même si, dans le cas des PPP non concessifs, il ne sera pas toujours dans l'intérêt général de conserver ces biens. Certaines législations exigent également le transfert des biens meubles et immeubles acquis ultérieurement par le partenaire privé afin d'assurer l'exploitation de l'ouvrage, en particulier lorsqu'ils deviennent partie intégrante ou sont solidaires de façon permanente de l'ouvrage qui doit être cédé à l'autorité contractante ;

b) Biens pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré. Cette catégorie comprend habituellement les biens initialement détenus par le partenaire privé ou acquis ultérieurement par lui qui, sans être indispensables ou strictement nécessaires à la fourniture du service, peuvent rendre plus commode ou plus efficace l'exploitation de l'ouvrage ou peuvent améliorer la qualité du service ;

c) Biens demeurant la propriété privée du partenaire privé. Il s'agit de biens détenus par le partenaire privé qui n'entrent pas dans la catégorie b ci-dessus. En général, l'autorité contractante n'a pas de droit sur ces biens, dont le partenaire privé peut librement disposer ou qu'il peut librement retirer.

28. À la lumière de ce qui précède, il est utile que la loi exige que le contrat de PPP spécifie, selon qu'il convient, les biens qui relèveront du domaine public et ceux qui seront la propriété privée du partenaire privé. Le contrat de PPP devrait spécifier les biens que le partenaire privé est tenu de transférer à l'autorité contractante ou à un nouveau partenaire privé à l'expiration ou à la résiliation dudit contrat ; les biens que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au partenaire privé, et ceux dont ce dernier peut librement disposer ou qu'il peut librement retirer à l'expiration ou à la résiliation du contrat de PPP. Ces dispositions devraient s'accompagner de critères contractuels permettant de fixer, selon qu'il convient, l'indemnisation à laquelle le partenaire privé peut prétendre au titre des biens transférés à l'autorité contractante ou à un nouveau partenaire privé ou achetés par l'autorité contractante à l'expiration ou à la résiliation du contrat de PPP (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 40 à 43).

2. *Acquisition des terrains nécessaires à l'exécution du projet*

29. Lorsqu'un nouvel ouvrage doit être construit sur un terrain appartenant au domaine public (c'est-à-dire à l'autorité contractante ou à une autre autorité publique) ou qu'un ouvrage existant doit être modernisé ou rénové, c'est normalement au propriétaire du terrain ou de l'ouvrage qu'il appartient de mettre celui-ci à la disposition du partenaire privé. La situation est plus complexe quand les terrains n'appartiennent pas à l'autorité contractante et qu'il faut donc les acheter à leurs propriétaires. Le plus souvent, le partenaire privé ne sera pas le mieux placé pour assumer la responsabilité de cet achat, compte tenu du temps et des dépenses que

peuvent entraîner les négociations avec différents propriétaires, souvent nombreux, ni pour entreprendre des recherches dans le cadastre pour analyser tous les transferts de propriété antérieurs et établir ainsi la validité du titre des différents propriétaires, ce qui peut être nécessaire dans certains pays. C'est donc généralement l'autorité contractante qui assume la responsabilité de fournir les terrains nécessaires à la réalisation du projet de façon à éviter les retards inutiles ou une augmentation du coût du projet dus à leur acquisition. Les études d'impact sur l'environnement et la société réalisées lors de la phase de préparation du projet devraient avoir estimé le coût d'acquisition des terrains requis et avoir notamment identifié la procédure à suivre, le temps nécessaire et les obstacles ou sources de retard potentiels (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 15). L'autorité contractante peut acheter les terrains requis à leurs propriétaires ou, au besoin, procéder à une expropriation.

30. La procédure par laquelle des biens privés sont expropriés par les pouvoirs publics moyennant le versement d'une indemnisation appropriée à leurs propriétaires, à laquelle les systèmes juridiques nationaux donnent des appellations techniques différentes, est désignée, dans le présent *Guide*, par le terme « expropriation ». Dans la plupart des pays, la législation définit les conditions et limites applicables à l'acquisition forcée de biens privés par les pouvoirs publics, y compris le paiement d'une indemnité au propriétaire (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 7 à 10). Dans les pays où la législation prévoit plusieurs procédures d'expropriation, il peut être souhaitable d'autoriser les autorités publiques compétentes à procéder à toutes les expropriations nécessaires à un PPP en recourant à la procédure la plus efficace, par exemple la procédure spéciale de déclaration d'utilité publique appliquée par certains pays (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 23 et 24).

31. Le pouvoir d'expropriation est en général dévolu à la puissance publique. Toutefois, pour les PPP concessifs, certains systèmes juridiques autorisent des exploitants d'infrastructures ou des prestataires de services publics (tels que les compagnies de chemins de fer ou d'électricité) à prendre certaines mesures d'expropriation des biens privés nécessaires à la fourniture ou au développement des services offerts au public. Dans les pays, en particulier, où l'indemnisation des propriétaires expropriés est décidée par les tribunaux, il s'est révélé utile de déléguer au partenaire privé le pouvoir d'entreprendre certaines démarches liées à l'expropriation, l'État restant responsable de l'exécution des actes dont la loi fait une condition préalable à l'ouverture de la procédure d'expropriation. Après l'expropriation, le terrain devient souvent la propriété de l'État, encore que, dans certains cas, la loi autorise l'autorité contractante et le partenaire privé à convenir d'un arrangement différent, compte tenu du partage entre eux du coût de l'expropriation.

3. Servitudes

32. Des dispositions spéciales peuvent être requises lorsque le partenaire privé doit traverser la propriété de tiers pour accéder au site du projet ou pour réaliser des travaux ou des opérations de maintenance nécessaires à la fourniture du service (par exemple, pour installer des panneaux de signalisation sur des terrains adjacents, ériger des pylônes ou des lignes de transport d'électricité, mettre en place et entretenir des postes de transformation ou de commutation, émonder les arbres qui gênent les lignes téléphoniques situées sur les terrains attenants, ou poser des canalisations de pétrole, de gaz ou d'eau).

33. Ce droit d'utiliser la propriété de tiers pour une raison précise ou pour y effectuer des travaux est souvent appelé « servitude ». Une servitude exige en général le consentement du propriétaire du terrain qu'elle grève, à moins qu'elle ne soit prévue par la loi. Il n'est en général ni rapide ni économique de laisser le partenaire privé traiter directement avec les propriétaires des terrains concernés. Le plus souvent, c'est l'autorité contractante qui acquiert la servitude, en même temps que le site de projet, par voie d'expropriation.

34. Il arrive aussi que la loi elle-même autorise les prestataires de services publics à pénétrer sur la propriété de tiers, à y passer, à y effectuer des travaux ou à y installer des équipements selon les besoins de la construction, de l'exploitation et de la maintenance d'infrastructures publiques. Cette solution, qui peut éviter d'avoir à acquérir des servitudes sur différents terrains, peut s'appliquer dans le cadre de législations sectorielles, lorsqu'on pense être en mesure de déterminer à l'avance les servitudes minimums qui seront nécessaires au partenaire privé. Par exemple, une loi portant spécifiquement sur le secteur de la production d'électricité peut fixer les conditions dans lesquelles le partenaire privé peut obtenir un droit de câblage afin d'installer et d'exploiter des réseaux de base et de distribution sur un terrain appartenant à un tiers. Un tel droit peut être nécessaire notamment pour poser des câbles aériens ou souterrains, installer des structures portantes et des équipements de transformation et de commutation ; entretenir, réparer ou enlever ces équipements, établir une zone de sécurité le long du parcours des câbles souterrains ou aériens, ou encore ôter les obstacles situés le long des lignes ou empiétant sur la zone de sécurité. Lorsque la législation du pays hôte ne précise pas le montant de l'indemnisation qui peut être due aux propriétaires affectés par les servitudes du prestataire de services, il est conseillé de le préciser dans la législation générale ou sectorielle relative aux PPP, selon le cas, dans la mesure où la portée des droits accordés au partenaire privé est telle qu'elle entraîne pour ces propriétaires une perte appréciable de jouissance de leur bien (par exemple, en cas de perturbations dues à l'exploitation ou à la maintenance de l'ouvrage ; en cas de réduction de la valeur marchande du bien en raison des servitudes accordées au partenaire privé).

D. Arrangements financiers

35. Les arrangements financiers relatifs aux projets de PPP suivent généralement la structure de financement du projet et contiennent habituellement des dispositions concernant l'obligation pour le partenaire privé de mobiliser des fonds pour l'exécution du projet, les mécanismes de décaissement et de justification de l'emploi des fonds, la rémunération du partenaire privé et les types de sûreté qui peuvent être constituées au profit de ses créanciers et de ses bailleurs de fonds. Les arrangements financiers relatifs à un PPP concessif pourront sensiblement différer de ceux relatifs à un PPP non concessif, et même dans ces deux catégories, différents secteurs et projets pourront requérir des arrangements financiers différents. Il est important de veiller à ce que la législation du pays hôte tienne compte de cette diversité et facilite, ou du moins n'entrave pas, la gestion financière du projet.

1. Obligations financières du partenaire privé

36. Dans un PPP, le partenaire privé sera habituellement chargé de mobiliser et de fournir les fonds nécessaires à la construction et à l'exploitation de l'ouvrage. Ces obligations sont généralement énoncées en détail dans les dispositions du contrat de PPP. Le plus souvent, l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques sont désireuses de limiter leurs obligations financières à celles qui sont expressément prévues dans ledit contrat ou aux formes de soutien direct que les pouvoirs publics se sont engagés à fournir pour lever des fonds pour le projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 61 à 86).

37. L'apport de capitaux privés des actionnaires de la société de projet ne représente habituellement qu'une petite partie de l'investissement total envisagé. Une proportion bien plus importante de cet investissement provient de prêts accordés au partenaire privé par des banques commerciales et des institutions financières internationales et du produit de l'émission d'obligations et d'autres instruments négociables sur les marchés des capitaux (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 56 à 69). Il importe donc de veiller à ce que la loi ne restreigne pas inutilement la capacité du partenaire privé à conclure les arrangements financiers qu'il juge appropriés pour financer l'ouvrage.

2. Sources et modes de paiement

38. La compensation financière à laquelle le partenaire privé a droit, ainsi que les méthodes de calcul et de versement des paiements correspondants, sont des éléments clefs du projet tel qu'il est conçu pendant la phase de planification et d'étude de faisabilité (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 6

à 16). Le contrat de PPP et les documents connexes contiennent généralement des dispositions détaillées à ce sujet et, en fonction du type de projet, la législation pourra jouer un rôle important en facilitant les arrangements financiers envisagés par les parties, ou du moins en les rendant possibles.

39. Les sources et les modes de paiement varieront en fonction du type de projet et de secteur. Dans les PPP concessifs, les flux de trésorerie du projet proviennent principalement des paiements effectués par les usagers finals de l'ouvrage exploité par le partenaire privé (par exemple, les usagers d'un pont à péage), ou par les clients qui achètent les services ou les biens fournis par celui-ci (par exemple, les ménages qui paient pour l'électricité ou l'eau potable). Dans les PPP non concessifs, en revanche, l'autorité contractante paie directement le partenaire privé pour la construction de l'ouvrage et, le cas échéant, pour l'utilisation ou l'exploitation de cet ouvrage ou du service. Il s'agit là de deux approches extrêmes fondées sur la forme de rémunération prépondérante. Dans la pratique, celles-ci sont souvent associées lorsque cela s'avère nécessaire pour assurer la bonne mise en œuvre du projet et garantir au partenaire privé le taux de recouvrement des investissements et de profit convenu. Les paragraphes suivants, qui tiennent compte de cette distinction générale, ainsi que de la combinaison possible de divers modes de paiement, présentent les principales options disponibles et soulignent, le cas échéant, le rôle de la législation pour ce qui est de les autoriser ou de les faciliter.

a) Redevances versées par les usagers

40. Dans les PPP concessifs, les redevances ou droits d'utilisation perçus par le partenaire privé peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante (voir par. 51 à 59) ou des pouvoirs publics (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 56 à 86), la principale – et parfois même la seule – source de recettes permettant d'amortir les investissements effectués pour le projet. Le partenaire privé cherchera donc à fixer et à maintenir ces redevances et ces droits à un niveau lui garantissant des rentrées de fonds suffisantes pour le projet. Certains systèmes juridiques, toutefois, peuvent imposer des limites à la latitude accordée au partenaire privé à cet égard. Le prix auquel les services publics sont fournis constitue généralement l'un des éléments de la politique étatique en matière d'infrastructures et une question d'un intérêt immédiat pour une grande partie de la population. C'est pourquoi de nombreux pays ont des règles spéciales pour le contrôle des redevances et des droits afférents à la prestation de services publics. En outre, dans certains systèmes juridiques, la loi ou des règlements d'ordre général définissent les paramètres applicables à la détermination des prix des biens ou des services, par exemple en prévoyant que les redevances présentent un caractère « raisonnable » et répondent à certains critères en matière d'« équité ».

i) Pouvoir du partenaire privé de percevoir des redevances

41. Dans plusieurs pays, une autorisation préalable du législateur peut être nécessaire pour qu'un partenaire privé puisse percevoir des redevances pour la prestation de services publics ou exiger un droit pour l'utilisation d'ouvrages publics. Dans certains pays, l'absence d'une telle disposition législative générale a donné lieu à des actions en justice contestant le pouvoir du partenaire privé de percevoir une redevance en contrepartie du service fourni.

42. Lorsqu'il est jugé nécessaire d'inclure dans la législation générale des dispositions réglementant les redevances et les droits d'utilisation, celles-ci devraient viser à concilier les intérêts tant des investisseurs que des usagers actuels et futurs. Il est souhaitable que les critères fixés par la loi pour la détermination de ces redevances et droits tiennent compte, outre les facteurs sociaux auxquels les pouvoirs publics attachent de l'importance, de la nécessité pour le partenaire privé d'obtenir des rentrées de fonds suffisantes pour garantir la viabilité économique et la rentabilité commerciale du projet. Une bonne pratique dans ce domaine consiste à inclure la tarification provisoire dans les études de faisabilité et le dossier de soumission. En outre, il est souhaitable d'habiliter les parties à négocier des arrangements appropriés, y compris en matière d'indemnisation, pour les cas où une réglementation directe ou indirecte des redevances applicables aux services publics risque d'aboutir à la fixation de redevances ou de droits inférieurs au niveau requis pour que le projet puisse être exploité rentablement (voir par. 133).

ii) Méthodes de régulation tarifaire

43. Les redevances et les droits d'utilisation sont souvent soumis, dans la législation nationale, à un mécanisme de régulation. De nombreux pays ont choisi de n'énoncer dans leur législation que des principes généraux d'établissement des redevances, ces principes étant ensuite appliqués par l'organisme de réglementation concerné et repris dans les conditions fixées dans les licences ou les contrats de PPP. Cette solution est souhaitable, car les formules varient selon les secteurs et il peut être nécessaire de les adapter pendant la durée d'un projet. Lorsque des mesures de régulation tarifaire sont appliquées, la loi exige habituellement que la formule tarifaire utilisée soit indiquée dans la demande de propositions et incorporée dans le contrat de PPP. Les mécanismes de régulation s'appuient généralement sur des formules permettant l'ajustement et le contrôle des dispositions tarifaires afin d'assurer le respect des paramètres d'ajustement tarifaire. Les méthodes les plus couramment utilisées dans les législations nationales sont celles du taux de rendement et du plafonnement des prix. Il existe aussi des systèmes hybrides combinant des éléments empruntés à l'une et à l'autre. On notera que, pour être efficace, un mécanisme de régulation des redevances doit s'accompagner d'une analyse commerciale et économique approfondie, et que la brève présentation ci-après ne fait qu'offrir un aperçu de certains problèmes et d'éventuelles solutions.

a. Méthode du taux de rendement

44. La méthode du taux de rendement est un mécanisme d'ajustement tarifaire conçu de manière à permettre au partenaire privé de dégager un taux de rendement convenu sur son investissement. Les redevances pour une période donnée sont fixées en fonction des recettes globales que le partenaire privé doit dégager pour exploiter l'ouvrage, ce qui exige de déterminer ses dépenses, les investissements réalisés pour fournir les services et le taux de rendement autorisé. Les redevances sont revues périodiquement, parfois dès lors que l'autorité contractante ou d'autres parties intéressées considèrent que les prix pratiqués génèrent plus ou moins de recettes qu'il n'en faut pour exploiter l'ouvrage. À cette fin, l'autorité contractante vérifie les dépenses liées à l'ouvrage, détermine dans quelle mesure les investissements réalisés par le partenaire privé peuvent être inclus dans la base tarifaire et calcule les recettes devant être générées pour couvrir les dépenses admissibles et dégager le taux de rendement convenu. La méthode du taux de rendement est généralement utilisée pour la fourniture de services publics pour lesquels on peut prévoir une demande constante (approvisionnement en électricité, gaz ou eau, par exemple). Dans le cas d'ouvrages ou de services exposés à une plus grande élasticité de la demande tels que les routes à péage, il n'est pas toujours possible de maintenir le taux de rendement du partenaire privé à un niveau constant par un ajustement régulier des redevances.

45. On a constaté que la méthode du taux de rendement offrait une grande sécurité aux exploitants d'infrastructures, car le partenaire privé est certain que les redevances perçues seront suffisantes pour couvrir ses coûts d'exploitation et dégager le taux de rendement convenu. Étant donné que les redevances sont ajustées régulièrement, ce qui lui permet d'obtenir un taux de rendement pratiquement constant, les investissements dans des sociétés prestataires de services publics présentent un risque de marché limité. De ce fait, les coûts d'investissement sont habituellement plus bas. La méthode du taux de rendement peut avoir pour inconvénient de ne guère inciter les exploitants d'infrastructures à réduire au minimum leurs coûts, puisqu'ils sont certains de les recouvrer grâce aux ajustements. Toutefois, en n'ajustant pas les redevances immédiatement ou rétroactivement, on peut créer un certain degré d'incitation. On notera que cette méthode requiert une importante quantité d'informations et de longues négociations (concernant, par exemple, les dépenses admissibles et la répartition des coûts).

b. Méthode du plafonnement des prix

46. La méthode du plafonnement des prix consiste à fixer une formule tarifaire pour une période donnée (par exemple, quatre ou cinq ans) compte tenu de l'inflation future et des gains d'efficacité que l'on attend de l'ouvrage. Les redevances peuvent fluctuer dans les limites fixées par la formule. Dans certains pays, cette formule est une moyenne pondérée de différents indices, alors que dans d'autres,

il s'agit d'un indice des prix à la consommation minoré d'un facteur de productivité. Lorsque de nouveaux investissements importants sont nécessaires, la formule peut inclure un élément additionnel visant à couvrir ces dépenses supplémentaires. La formule peut s'appliquer à tous les services offerts par la société ou à certains groupes de services seulement, et différentes formules peuvent être utilisées pour différents groupes. Le réajustement périodique de la formule se fonde toutefois sur des calculs de type taux de rendement, qui exigent la fourniture de renseignements aussi détaillés que ceux évoqués plus haut, bien qu'à une moindre fréquence.

47. La méthode du plafonnement des prix est probablement moins complexe à appliquer que celle du taux de rendement. Comme mesure d'incitation pour les prestataires de services publics, elle est plus efficace car le partenaire privé peut tirer parti d'un niveau de dépenses plus faible que prévu jusqu'à la prochaine période d'ajustement. Par contre, les prestataires de services publics sont généralement exposés à un risque plus élevé qu'avec la méthode du taux de rendement. En particulier, le partenaire privé encourt un risque de perte si les dépenses se révèlent plus élevées que prévu, étant donné qu'il ne peut pas relever ses redevances avant le prochain ajustement. La prise de risques étant plus élevée, les coûts d'investissement le sont aussi. Si le rendement de la société de projet ne peut pas augmenter, il peut alors être difficile d'attirer de nouveaux investissements. En outre, la société peut être tentée d'abaisser la qualité du service fourni afin de réduire les coûts.

c. Méthodes hybrides

48. De nombreuses méthodes d'ajustement des redevances actuellement utilisées combinent des éléments empruntés à la fois à la méthode du taux de rendement et à celle du plafonnement des prix, le but étant de réduire les risques encourus par les prestataires de services et d'inciter suffisamment ceux-ci à exploiter l'infrastructure avec efficacité. L'une de ces méthodes hybrides se fonde sur des barèmes variables permettant de relever les redevances lorsque le taux de rendement tombe en deçà d'un certain seuil et de les abaisser lorsque ce taux dépasse un certain plafond, aucun ajustement n'étant effectué lorsque le taux de rendement se situe entre ces deux limites. L'autorité contractante peut par ailleurs, pour trouver un équilibre entre la méthode du taux de rendement et celle du plafonnement des prix, examiner les investissements réalisés par le partenaire privé pour s'assurer qu'ils satisfont aux critères d'utilité de manière à être pris en considération dans le calcul du niveau de recettes nécessaire. Une autre méthode d'ajustement pouvant être utilisée pour fixer les redevances, ou plus généralement pour en surveiller le niveau, est leur fixation par rapport à une valeur de référence ou étalon. En comparant les différents éléments de coût d'un prestataire de services publics à ceux d'un autre prestataire ainsi qu'aux normes internationales, l'autorité contractante peut être en mesure de déterminer si les ajustements de redevances demandés par le prestataire de services publics sont raisonnables ou non.

iii) Considérations de politique générale en matière de régulation tarifaire

49. Chacune des principales méthodes d'ajustement tarifaire examinée ci-dessus présente des avantages et des inconvénients et a une incidence variable sur les décisions du secteur privé en matière d'investissement. Le législateur, l'organisme de réglementation et l'autorité contractante, selon le cas, devraient en tenir compte pour déterminer les mécanismes de régulation tarifaire se prêtant le mieux à la situation du pays. Des méthodes différentes peuvent également être utilisées pour différents secteurs d'infrastructure. Certaines lois autorisent en effet l'autorité contractante à appliquer soit la méthode du plafonnement des prix, soit celle du taux de rendement dans la procédure de sélection des partenaires privés, selon l'importance et la nature des investissements et des services. Lors du choix d'une méthode, il importera de tenir compte de l'incidence des différentes options de politique générale sur les décisions du secteur privé en matière d'investissement. Quel que soit le mécanisme retenu, il convient d'examiner attentivement si l'autorité contractante ou l'organisme de réglementation est à même de vérifier que le partenaire privé s'acquitte de ses obligations et d'appliquer correctement la méthode d'ajustement (voir aussi chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 37 à 60). Indépendamment de l'intérêt du partenaire privé, l'autorité publique devrait aussi veiller à assurer un niveau adéquat de transparence vis-à-vis des utilisateurs finals dans les PPP concessifs. Le choix de la méthode de régulation devrait être effectué et clairement communiqué rapidement, par exemple dans les études de faisabilité, les critères de présélection ou la demande de propositions, selon le cas, et l'autorité contractante ou l'organisme de réglementation devrait assurer un accès public au processus de tarification et de décision.

50. Il ne faut pas perdre de vue que les formules d'ajustement tarifaire ne peuvent être fixées une fois pour toutes, car la technologie, les taux de change, les salaires, la productivité et d'autres facteurs évoluent inévitablement de façon importante, voire parfois imprévisible, pendant la durée du contrat de PPP. De surcroît, les formules d'ajustement tarifaire sont généralement élaborées en supposant un certain niveau de production ou de demande et peuvent produire des résultats insatisfaisants si le niveau de la production ou de la demande change considérablement. C'est pourquoi de nombreux pays ont établi des mécanismes permettant une révision périodique (par exemple, tous les quatre ou cinq ans) ou une révision au coup par coup des formules tarifaires s'il est avéré que la formule concernée ne permet pas d'assurer une rémunération adéquate au partenaire privé (voir aussi par. 133). Le système tarifaire devra également être suffisamment stable et prévisible pour que les prestataires de services publics et les usagers puissent planifier en conséquence et que le financement puisse se fonder sur un flux de recettes prévisible. Les investisseurs et les prêteurs peuvent craindre plus particulièrement que des modifications apportées à la réglementation aient une incidence sur la méthode d'ajustement tarifaire. C'est pourquoi ils demandent habituellement que la formule d'ajustement soit incorporée au contrat de PPP.

b) Paiements par l'autorité contractante

51. La fonction et la nature des paiements effectués par l'autorité contractante peuvent différer selon le type de PPP. Il peut s'agir de paiements directs pour les services effectivement fournis, de paiements directs pour la mise à disposition d'espace ou de capacité de production, de subventions publiques, ou d'autres formes de transferts financiers dont sont convenus l'autorité contractante et le partenaire privé. Dans les PPP non concessifs, les paiements directs effectués par l'autorité contractante peuvent être l'unique source de revenus du partenaire privé lorsque celui-ci ne facture pas l'usager final de l'infrastructure ou du service (par exemple s'il exploite un ouvrage accessible au public). De même, lorsque le partenaire privé produit des biens qui sont ensuite transmis ou distribués par un autre prestataire de services, l'autorité contractante pourra s'engager à acheter ces biens en gros à un prix et selon des conditions convenus. Dans un PPP concessif, par contre, les paiements directs ne constituent pas la source de financement principale du projet, car le partenaire privé génère habituellement des recettes en facturant les usagers finals de l'ouvrage ou les acheteurs des services ou du produit qu'il offre. Néanmoins, dans certains PPP concessifs, l'autorité contractante ou une autre autorité publique peut s'engager à effectuer directement certains paiements au concessionnaire en remplacement ou en sus des droits perçus des usagers (par exemple, sous la forme de « péages virtuels », qui visent à assurer au partenaire privé le flux de recettes anticipé dans les prévisions de déplacements). Dans un cas comme dans l'autre, la situation financière de l'autorité contractante et sa notation par des institutions financières, le cas échéant, sont essentielles pour pouvoir obtenir un financement à un coût adéquat.

52. De nombreux projets de PPP ne pourraient être menés en l'absence de paiements directs, que ce soit parce qu'il n'existe pas de demande directe pour les services ou ouvrages concernés en dehors du secteur public (notamment pour le ramassage des déchets, les établissements correctionnels, ou les stations d'épuration des eaux usées), parce que la demande est insuffisante pour couvrir le coût du projet (par exemple, des ponts ou des tunnels situés dans des régions à faible circulation) ou encore parce que l'autorité contractante est le client effectif du secteur privé (par exemple, lorsqu'une administration utilise des espaces de bureau construits et gérés par le partenaire privé ou lorsque ce dernier construit et gère un hôpital exploité par le système de santé et de sécurité sociale d'un pays). Dans les PPP non concessifs, les paiements directs sont versés par l'autorité contractante au partenaire privé. Par conséquent, ce dernier ne supporte pas le risque de demande (le niveau de paiement n'étant pas lié au niveau de la demande), mais uniquement le risque de disponibilité (par exemple, le risque qu'il soit dans l'incapacité de fournir les services au niveau convenu dans le contrat de PPP). La position du partenaire privé est différente dans les PPP concessifs, puisque sa rémunération est alors principalement assurée par les paiements effectués par les usagers de l'ouvrage, ce qui l'expose au risque d'une demande inférieure aux prévisions. Dans un cas

comme dans l'autre, le type, le montant et les méthodes de calcul des paiements devraient être axés sur les résultats et compatibles avec le modèle financier établi pendant la phase d'évaluation du projet et lors de l'attribution du marché (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 6 à 14 ; et chap. III, « Attribution du contrat », par. 30, 31, 67 et 76). De plus, pour des raisons de transparence, l'autorité contractante ou, le cas échéant, l'État, peut être tenu de communiquer régulièrement des informations sur les paiements directement effectués au partenaire privé dans le cadre du projet, et de fournir des justificatifs à l'appui, comme des rapports sur les quantités mesurées ou l'évaluation de la performance (voir par. 104 ci-dessous et chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 69). On trouvera ci-après des exemples des différents arrangements.

i) Paiements d'avance ou loyers

53. On utilise souvent les paiements d'avance ou les loyers dans les PPP non concessifs pour lesquels il n'est pas envisagé de demander des redevances aux usagers finals. Dans ces cas, l'autorité contractante paie le partenaire privé pour la construction, la rénovation ou autres travaux effectués dans le cadre du contrat de PPP et, le cas échéant, pour l'exploitation et la gestion de l'ouvrage ou du service, selon les formules retenues dans le contrat. La méthode la plus courante consiste à associer le versement d'un loyer mensuel ou annuel à un calendrier convenu d'étapes dans la construction de l'ouvrage. Une fois que les travaux sont achevés et que l'ouvrage est opérationnel, le contrat prévoit des paiements pour la mise à disposition ou l'usage effectif de l'ouvrage, selon un barème tarifaire défini en fonction de la surface ou autre paramètre physique similaire.

54. Indépendamment du type de PPP, l'autorité contractante devrait examiner de près l'opportunité de verser des paiements d'avance ou des loyers, car ceux-ci inciteront fortement un partenaire privé à soumissionner pour un projet de PPP, et de nombreux investisseurs potentiels peuvent tenir compte de tels paiements dans leurs simulations financières initiales. S'ils peuvent être indispensables dans certains types de PPP non concessifs (notamment lorsque le partenaire privé met un ouvrage à la disposition de l'autorité contractante), dans d'autres projets, notamment de nombreux PPP concessifs, le versement de paiements d'avance peut être contraire à l'objectif même de l'arrangement et éliminer les incitations à l'efficacité dans la construction et l'exploitation de l'ouvrage. Il est conseillé de lier ces paiements aux mécanismes de contrôle des résultats prévus dans le contrat (voir ci-après, par. 91 et 92), par exemple par le biais de réductions et de primes pour stimuler la performance. Par ailleurs, étant donné que les paiements peuvent nécessiter une autorisation de crédit préalable et faire l'objet d'audits et d'autres formes de contrôle public, il importe de veiller à ce que la formule soit claire et à ce que les mécanismes et paramètres contractuels de suivi et de mesure de la performance du partenaire privé soient vérifiables et objectifs.

ii) Paiements en fonction de la capacité et de l'utilisation

55. Certains projets prévoient l'obligation pour l'autorité contractante d'effectuer des paiements pour compenser le partenaire privé pour la mise à disposition d'un certain service ou d'une certaine capacité d'utilisation. Les paiements en fonction de la capacité et de l'utilisation utilisent généralement des formules basées sur le nombre d'unités de service fournies, multiplié par le prix convenu de chaque unité. Dans les PPP non concessifs, ces paiements constituent l'unique source de rémunération du partenaire privé, ou sont liés à d'autres types de paiements directs effectués par l'autorité contractante (tels que les paiements d'avance ou les loyers). Dans les PPP concessifs, ils visent généralement à compléter un niveau de paiement par les usagers finals qui est inférieur aux estimations contractuelles.

56. Dans le secteur des transports, un exemple bien connu de paiements effectués en fonction de l'utilisation est le mécanisme connu sous le nom de « péage virtuel ». Il s'agit d'un arrangement selon lequel le partenaire privé assume l'obligation de construire, financer et exploiter une route ou autre ouvrage pendant un certain nombre d'années en contrepartie de versements périodiques qui viennent compléter ou remplacer les péages effectivement payés par les usagers. La formule du « péage virtuel » peut être utilisée pour tenir compte des risques propres aux projets réalisés dans le secteur des transports, comme le risque d'une circulation moindre que prévu (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 34). En outre, cette formule peut être politiquement plus acceptable qu'un péage proprement dit, par exemple s'il y a lieu de craindre que la perception de péages sur une voie publique suscite des protestations des usagers de la route. Cependant, lorsque ces arrangements font intervenir une certaine forme de subventionnement de la société de projet, il y a lieu d'examiner attentivement leur conformité avec certaines obligations du pays hôte découlant d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 4 à 6).

57. La formule du « péage virtuel » (et tout paiement supplémentaire similaire fondé sur une évaluation de l'utilisation) peut entraîner des dépenses substantielles pour l'autorité contractante et exige une surveillance étroite. Dans les pays qui l'utilisent pour la réalisation de nouveaux projets routiers, les versements effectués au partenaire privé par l'autorité contractante sont calculés essentiellement sur la base de la circulation effective, mesurée en véhicules-kilomètres. Il est jugé souhaitable de prévoir que ces versements ne commenceront que lorsque la route sera ouverte à la circulation, de sorte que le partenaire privé soit encouragé à mettre la route en service le plus vite possible. De même, on a constaté qu'il était utile de calculer le montant des versements sur la base de la circulation effective pendant toute la durée du contrat de PPP, ce qui encourage le partenaire privé à faire en sorte que la circulation soit perturbée le moins possible par des travaux de réparation. À défaut, le contrat de PPP peut contenir une clause pénale ou une clause de

dommages-intérêts d'un montant spécifié si les travaux de réparation conduisent à fermer des voies de circulation. Le partenaire privé est normalement tenu de faire régulièrement des comptages afin de calculer le nombre de véhicules-kilomètres par an, chiffre qui est vérifié périodiquement par l'autorité contractante. Une variante consiste à combiner péages virtuels et péages acquittés directement par les usagers ; en pareil cas, les péages virtuels ne sont payés par l'autorité contractante que si, pendant une certaine période, la circulation tombe en dessous du seuil dont il a été convenu qu'il représentait le minimum nécessaire à une exploitation rentable de la route.

iii) Engagements d'achat

58. Lorsque le partenaire privé exploite un ouvrage qui génère des biens ou des services pouvant être fournis sur le long terme à un acheteur spécifié (par exemple, une centrale électrique indépendante), l'autorité contractante ou une autre autorité publique a souvent l'obligation d'acheter ces biens et services, à un prix convenu. Les contrats de ce type sont habituellement appelés « contrats d'enlèvement ». Ils prévoient souvent deux types de paiements : des paiements visant à rémunérer la mise à disposition de la capacité de production et des paiements fondés sur la consommation effective. Dans le cas d'un projet de production d'électricité, par exemple, le contrat d'achat pourra prévoir les droits suivants :

a) *Redevances de capacité.* Ces redevances sont dues quelle que soit la production effective pendant la période de facturation et fixées à un niveau suffisant pour couvrir tous les frais fixes encourus par le partenaire privé pour financer et exploiter la centrale, y compris le service de la dette et les autres frais financiers récurrents, les frais fixes d'exploitation et de maintenance et un certain taux de rendement. Le paiement des redevances de capacité est souvent subordonné à l'observation de certaines normes de performance ou de disponibilité ;

b) *Redevances de consommation.* Ces redevances ne sont pas censées couvrir l'intégralité des frais fixes du partenaire privé mais plutôt couvrir les frais variables ou marginaux que celui-ci doit assumer pour générer et fournir une unité donnée du service ou du produit visé (par exemple, un kilowattheure d'électricité). Les redevances de consommation sont habituellement calculées de manière à couvrir les frais d'exploitation variables du partenaire privé, comme les dépenses afférentes au combustible consommé pendant l'exploitation de la centrale, les coûts du traitement des eaux usées et le coût des consommables. Les paiements variables sont souvent liés aux frais d'exploitation variables du partenaire privé lui-même ou à un indice reflétant assez fidèlement l'évolution des frais d'exploitation.

59. Du point de vue du partenaire privé, un mécanisme de paiements combinant des redevances de capacité et des redevances de consommation est particulièrement utile pour assurer la couverture de ses frais lorsque la transmission ou la distribution des biens ou services qu'il fournit fait l'objet d'un monopole. Toutefois, les

redevances de capacité prévues par un contrat d'enlèvement devraient être fonction des autres sources auxquelles peut avoir recours l'autorité contractante ou qu'elle utilise effectivement. Pour assurer la disponibilité des fonds dont a besoin l'autorité contractante pour effectuer les paiements prévus dans l'accord d'enlèvement, il est souhaitable de déterminer si des dispositions budgétaires appropriées doivent être prises à l'avance. Les paiements dus au titre d'un contrat d'enlèvement peuvent être appuyés par une garantie émise par les autorités du pays hôte ou par un organisme national ou international de garantie (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 72 et 73).

E. Sûretés

60. La constitution d'une sûreté sur les biens du débiteur donne au créancier titulaire de cette sûreté essentiellement deux types de droits : un droit réel qui lui permet, en principe, de saisir ou de faire saisir par un tiers le bien grevé et de le vendre, et le droit d'être payé en priorité sur le produit de la vente du bien en cas de défaillance du débiteur (pour toute référence aux lois relatives aux sûretés, y compris les normes élaborées par la CNUDCI, comme la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières, voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 11 à 17). Dans le contexte du financement de projet, les sûretés jouent généralement un rôle défensif ou préventif en garantissant qu'au cas où un tiers acquerrait les opérations du débiteur (par exemple, en cas de saisie, de faillite ou directement auprès du débiteur), l'intégralité du produit de la vente de ces actifs sera affectée en priorité au remboursement de l'encours des prêts. Néanmoins, les prêteurs cherchent généralement à obtenir des sûretés qui leur permettent de saisir et de prendre possession d'un projet qu'ils peuvent reprendre et exploiter afin soit de le rendre de nouveau économiquement viable pour le revendre le moment venu, soit de le conserver indéfiniment et percevoir les recettes qu'il produit.

61. La mise en place de garanties est un élément essentiel du financement des projets d'infrastructure, en particulier lorsque ce financement est structuré selon la modalité du « financement de projet ». Le dossier financier relatif à un PPP prévoit habituellement à la fois des sûretés sur les biens corporels liés au projet et des sûretés sur les biens incorporels détenus par le partenaire privé. Les paragraphes suivants examinent certaines des principales exigences relatives à la mise en place de garanties. On notera cependant que dans certains systèmes juridiques, une sûreté fournie à des prêteurs qui leur permet de reprendre le projet n'est autorisée que dans des circonstances exceptionnelles et à certaines conditions particulières, à savoir : l'autorité contractante doit en autoriser la constitution ; elle doit servir uniquement à faciliter le financement ou l'exploitation du projet ; et elle ne doit pas avoir d'effets sur les obligations contractées par le partenaire privé. Ces conditions découlent souvent de principes de droit généraux ou de la loi et ne peuvent être levées par l'autorité contractante par le biais d'arrangements contractuels.

1. *Sûretés sur des biens corporels*

62. La négociation des sûretés à constituer afin d'obtenir un financement pour le projet peut se heurter à des obstacles juridiques lorsque des biens du projet appartiennent à l'État. Dans nombre de systèmes juridiques, un partenaire privé qui n'a pas de titre de propriété ne sera pas autorisé à grever de tels biens ou n'aura qu'un droit limité de le faire. Lorsqu'il existe des restrictions de ce type, la loi peut néanmoins faciliter la négociation d'une sûreté, par exemple en indiquant les types de biens sur lesquels elle peut être constituée ou les types de sûretés qui sont autorisés. Dans certains systèmes juridiques, un partenaire privé auquel a été accordé un bail ou un droit d'utilisation de certains biens peut constituer une sûreté sur ce bail ou sur ce droit d'utilisation.

63. En outre, des sûretés peuvent aussi être constituées lorsque le contrat de PPP englobe différents types de biens du domaine public, par exemple lorsqu'une société de chemins de fer, outre le droit d'utilisation de l'infrastructure publique, se voit accorder le titre de propriété des terrains adjacents (et pas seulement le droit de les utiliser). Lorsqu'il est possible de constituer une sûreté quelconque sur des biens appartenant à l'autorité contractante ou devant lui être retournés ou sur des biens sur lesquels elle a une option d'achat contractuelle (voir par. 28), la loi peut subordonner la constitution d'une telle sûreté par le partenaire privé à l'approbation de l'autorité contractante.

2. *Sûretés sur des biens incorporels*

64. Dans un projet de PPP concessif, le principal bien incorporel est la concession elle-même, c'est à dire le droit du concessionnaire d'exploiter l'ouvrage ou de fournir les services requis, en facturant les services fournis au public. Dans la plupart des systèmes juridiques, la concession liée au contrat de PPP donne à son titulaire le pouvoir de contrôler l'ensemble du projet et au partenaire privé le droit de conserver les recettes qu'il génère. Ainsi, la valeur de la concession dépasse la valeur cumulée de tous les biens corporels faisant partie du projet. Comme le partenaire privé a habituellement le droit de posséder tous les biens du projet et d'en disposer (à l'exception, éventuellement, de ceux qui appartiennent à d'autres parties, comme des biens publics en sa possession), la concession englobe habituellement les biens corporels ou incorporels tant existants que futurs. Les prêteurs peuvent par conséquent considérer la concession comme un élément essentiel des arrangements en matière de garanties négociés avec le partenaire privé. Le nantissement de la concession elle-même peut présenter différents avantages pratiques pour le partenaire privé et les prêteurs, en particulier dans les systèmes juridiques qui, autrement, n'autoriseraient pas la constitution d'une sûreté sur l'ensemble des biens d'une société ou qui ne reconnaissent pas de manière générale les sûretés sans dépossession. Ces avantages peuvent être notamment d'éviter la nécessité de créer une sûreté distincte

sur chacun des biens du projet, de permettre au partenaire privé de continuer à utiliser ces biens dans le cours normal de ses affaires et de permettre le nantissement de certains biens sans en transférer la possession effective aux créanciers. De plus, un nantissement de la concession peut permettre aux prêteurs, en cas de manquement du partenaire privé, d'éviter qu'il soit mis fin au projet en reprenant la concession et en confiant la poursuite du projet à un autre partenaire privé. Un nantissement de la concession peut par conséquent compléter utilement voire, dans certaines circonstances, remplacer un accord direct entre les prêteurs et l'autorité contractante concernant les droits d'intervention des prêteurs (voir par. 162 à 165).

65. Dans certains systèmes juridiques, toutefois, des obstacles peuvent empêcher le nantissement de la concession en l'absence d'autorisation législative expresse. Dans divers systèmes, des sûretés ne peuvent être constituées que sur des biens que le constituant de la sûreté est libre d'aliéner. Comme, le plus souvent, le droit d'exploiter l'ouvrage n'est pas cessible sans le consentement de l'autorité contractante (voir par. 70 et 71), il se peut que certains systèmes juridiques empêchent le partenaire privé de constituer une sûreté sur la concession elle-même. Certains pays de tradition romano-germanique ont récemment adopté des lois qui ont éliminé cet obstacle en créant une catégorie spéciale de sûretés, parfois désignées par des expressions comme « hipoteca de concesión de obra pública » ou « prenda de concesión de obra pública » (« hypothèque sur une concession de travaux publics » ou « nantissement de concession de travaux publics »), qui donnent généralement aux prêteurs une sûreté réalisable sur l'ensemble des droits accordés au partenaire privé par le contrat de PPP. Pour protéger l'intérêt général, la loi prévoit cependant que toute mesure prise par les prêteurs pour faire valoir un tel droit est subordonnée au consentement de l'autorité contractante, selon des conditions à convenir d'un commun accord entre cette autorité et les prêteurs. Certains pays de *common law* ont trouvé une solution un peu plus limitée consistant à établir une distinction entre le droit non cessible de mener une certaine activité sous licence de l'État (c'est-à-dire les « droits publics » découlant de la licence) et le droit de réclamer le produit reçu par le titulaire de la licence (c'est-à-dire les « droits privés » de ce dernier).

3. Sûretés sur des créances commerciales

66. Une autre forme de garantie que l'on retrouve souvent dans les PPP est la cession aux prêteurs de recettes provenant de contrats conclus avec des clients du partenaire privé. Ces recettes peuvent provenir d'un contrat unique (engagement d'achat d'électricité par une société de distribution, ou loyers versés par l'autorité contractante dans un PPP non concessif, par exemple) ou d'un grand nombre de transactions individuelles (règlement mensuel de factures de gaz ou d'eau, par exemple). Dans les PPP de type concessif, ces recettes comprennent généralement les redevances perçues du public pour l'utilisation de l'ouvrage (péages sur une route, par exemple) ou le prix payé par les usagers des biens ou des services fournis

par le partenaire privé (redevances d'électricité, par exemple). Elles peuvent également comprendre les recettes de contrats de PPP accessoires. De telles garanties sont fréquentes dans les contrats de financement négociés avec les prêteurs, et les accords de prêt prévoient souvent que les revenus des projets d'infrastructure seront déposés sur un compte séquestre géré par un administrateur fiduciaire nommé par les prêteurs. Un tel mécanisme peut également jouer un rôle clef dans l'émission d'obligations et d'autres effets négociables par le partenaire privé.

67. Les sûretés constituées sur des créances commerciales jouent un rôle essentiel dans les arrangements de financement comprenant l'émission d'obligations et d'autres effets négociables. Ces instruments peuvent être émis par le partenaire privé lui-même, auquel cas les investisseurs qui achètent les titres deviendront ses créanciers, ou bien par un tiers auquel ont été cédées les créances du projet par le biais d'un mécanisme appelé « titrisation ». La titrisation consiste à émettre des titres garantis par les recettes du projet, qui sont gagées pour rembourser le principal et payer les intérêts des titres émis. Les opérations de titrisation conduisent habituellement à créer une personne morale, souvent appelée « véhicule ad hoc », qui est distincte du partenaire privé et spécialement chargée de titriser les biens ou les créances. Le partenaire privé lui cède les créances du projet et elle émet, à son tour, pour les investisseurs des instruments porteurs d'intérêt qui sont garantis par les créances du projet. Les porteurs d'obligations titrisées acquièrent ainsi un droit sur le produit des opérations réalisées entre le partenaire privé et ses clients. Le partenaire privé perçoit les redevances des clients et transfère ces fonds au véhicule ad hoc, lequel les transfère aux porteurs d'obligations titrisées. Certains pays ont récemment promulgué des lois reconnaissant expressément la faculté du partenaire privé de céder les créances du projet à un véhicule ad hoc qui les détient et les gère dans l'intérêt des créanciers du projet. Afin de protéger les porteurs d'obligations contre le risque d'insolvabilité du partenaire privé, il peut être souhaitable d'adopter les mesures législatives nécessaires afin de permettre la séparation, sur le plan juridique, du partenaire privé et du véhicule ad hoc.

68. Dans la plupart des cas, il ne serait pas pratique pour le partenaire privé d'individualiser les créances cédées aux créanciers. C'est pourquoi la cession de créances dans le cadre d'un financement de projet prend généralement la forme d'une cession globale de créances futures. Des dispositions reconnaissant la faculté du partenaire privé de gager les recettes provenant de projets d'infrastructure ont été incluses dans la législation de divers pays. Il peut cependant exister une incertitude considérable dans différents systèmes juridiques quant à la validité d'une cession globale des créances présentes et de créances futures. Il importe donc de veiller à ce que la législation nationale sur les sûretés ne limite pas la faculté des parties de céder effectivement des créances commerciales afin d'obtenir un financement pour le projet (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 16 et 17).

4. Sûretés sur la société de projet

69. Lorsque la concession ne peut être ni cédée ni transférée sans le consentement de l'autorité contractante (voir par. 70 et 71), la loi interdit parfois la constitution d'une sûreté sur les actions de la société de projet. Il convient cependant de noter que la constitution d'une telle sûreté est souvent requise par les prêteurs pour le financement de projet et qu'une interdiction générale de ce procédé peut limiter la capacité de la société de projet de mobiliser des capitaux. Il peut donc être utile, comme pour les autres formes de sûretés, que la loi autorise les actionnaires du partenaire privé à constituer une telle sûreté, sous réserve de l'approbation préalable de l'autorité contractante, lorsqu'une telle approbation serait requise pour le transfert de parts dans la société de projet (voir par. 72 à 76).

F. Cession de droits par le partenaire privé

70. Les concessions liées à des contrats de PPP sont attribuées au regard des qualifications particulières et de la réputation du partenaire privé et, dans la plupart des pays, elles ne sont pas librement cessibles. Les législations nationales, en fait, interdisent souvent toute cession des droits acquis par le partenaire privé après l'attribution du marché sans le consentement de l'autorité contractante. Ces restrictions visent généralement à assurer le contrôle de l'autorité contractante sur les qualifications des exploitants d'ouvrages ou des prestataires de services publics. Certains pays interdisent également toute cession avant que la construction de l'ouvrage ne soit achevée.

71. Certains pays ont jugé utile de mentionner dans la loi les conditions dans lesquelles le transfert d'une concession peut être approuvé avant l'échéance du contrat, par exemple l'acceptation par le nouveau partenaire privé de toutes les obligations prévues dans le contrat de PPP et l'attestation que celui-ci a les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service requis. Des dispositions législatives générales de ce type peuvent être complétées par des dispositions plus précises dans le contrat de PPP, qui délimitent la portée des restrictions et indiquent les conditions dans lesquelles l'autorité contractante peut consentir à la cession. À cet égard, en publiant rapidement le projet de contrat de PPP lors de la phase de soumission, on permettra aux investisseurs potentiels d'être pleinement informés des conditions dans lesquelles le transfert de la concession pourra être approuvé (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 76). Il convient de noter que les restrictions s'appliquent habituellement à la cession volontaire de ses droits par le partenaire privé et qu'elles n'écartent pas la possibilité d'un transfert forcé de la concession à une entité désignée par les prêteurs avec l'accord de l'autorité contractante, en vue d'éviter qu'il soit mis fin à la concession en raison d'un manquement grave du partenaire privé (voir aussi par. 158 à 161). En tout état de cause, les

restrictions à la cession de droits devraient s'aligner sur celles imposées au transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet (voir par. 72 à 76).

G. Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet

72. L'autorité contractante peut se demander si les membres initiaux du consortium soumissionnaire resteront engagés pendant toute la durée du projet et si le contrôle effectif de la société de projet ne sera pas transféré à des entités inconnues d'elle. Les partenaires privés sont sélectionnés pour la réalisation de projets d'infrastructure sur la base, tout au moins en partie, de leur expérience et de la capacité qu'ils ont de mener à bien ce type de projet (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 38 à 41). L'autorité contractante peut donc craindre que si les actionnaires du partenaire privé sont totalement libres de céder leurs investissements dans le projet, il soit impossible de savoir qui fournira en fait les services requis. Par ailleurs, sur le plan pratique, un tel engagement du partenaire privé et du consortium soumissionnaire n'aura de sens que dans la mesure où ceux-ci ont les capacités requises pour satisfaire à leurs obligations.

73. L'autorité contractante pourra être rassurée par l'expérience dont le consortium retenu apporte la preuve pendant la phase de présélection et par les garanties de bonne exécution fournies par les organisations dont relèvent le consortium initial et ses sous-contractants. Dans la pratique, toutefois, l'assurance que peut donner l'expérience apparente des actionnaires du partenaire privé ne doit pas être surestimée. Lorsqu'une personne morale distincte est créée pour réaliser le PPP, ce qui est souvent le cas (voir par. 13), l'appui des actionnaires du partenaire privé au cas où le projet se trouverait en difficulté peut être limité à leur plafond d'engagement. Ainsi, les restrictions imposées à la cessibilité des investissements peuvent ne pas constituer, à elles seules, une protection suffisante contre le risque de défaillance du partenaire privé. En particulier, elles ne sauraient se substituer à l'insertion dans le contrat de PPP de clauses prévoyant des recours contractuels appropriés, notamment la surveillance de la qualité des services fournis (voir par. 85 et 86) ou la résiliation sans indemnisation complète en cas d'exécution non satisfaisante (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 49 et 50).

74. Qui plus est, l'imposition de restrictions à la cessibilité des actions d'entreprises de services publics peut également avoir certains inconvénients pour l'autorité contractante. Comme indiqué ci-dessus (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 56 à 69), il existe de nombreux types de financements pouvant être fournis par différents investisseurs, selon le profil de risque et la rémunération de l'investissement. Les investisseurs initiaux, comme les entreprises de travaux publics ou les fournisseurs de matériel, voudront que les risques plus

élevés qu'ils assument soient rémunérés en conséquence, tandis que les investisseurs ultérieurs pourront demander un rendement moindre, proportionnel aux risques moindres qu'ils supportent. La plupart des investisseurs initiaux disposent de ressources limitées et doivent recycler leurs capitaux pour pouvoir participer à de nouveaux projets. Par conséquent, ils peuvent ne pas souhaiter immobiliser leurs capitaux dans des projets à long terme. À la fin de la période de construction, ils préféreront peut-être vendre leur participation à un bailleur de fonds secondaire qui accepte un rendement inférieur. Une fois l'utilisation de l'ouvrage mieux assurée, l'opération pourra être refinancée à nouveau. Toutefois, si on limite la possibilité pour les investisseurs d'investir et de réinvestir dans des projets d'infrastructure en imposant des restrictions à la cessibilité des actions d'une société de projet, on risque d'augmenter le coût du financement et il se peut même que, dans certaines circonstances, un projet ne puisse être financé si certains investisseurs dont la participation peut être cruciale pour son exécution ne sont pas disposés à y prendre part. À long terme, le développement d'un marché de l'investissement dans les infrastructures publiques risque d'être freiné si on limite inutilement la liberté des investisseurs de céder leurs intérêts dans des PPP.

75. Pour ces raisons, il peut être souhaitable que la législation limite les restrictions à la cession d'un intérêt majoritaire dans la société de projet à une période donnée (par exemple, à un certain nombre d'années après la conclusion du contrat de PPP, ou après l'achèvement de la phase de construction) ou aux cas où de telles restrictions sont justifiées par des raisons d'intérêt général (par exemple, lorsque l'autorité contractante estime que le maintien d'un membre donné du consortium dans la structure d'actionnariat du partenaire privé est essentiel pour l'exploitation de l'ouvrage ou la fourniture du service conformément aux exigences contractuelles et réglementaires). Un exemple peut être celui d'un partenaire privé en possession de biens publics ou d'un partenaire privé qui reçoit des prêts, des subventions, un apport de fonds ou d'autres formes de soutien direct des pouvoirs publics. En pareil cas, l'autorité contractante, étant responsable de la bonne utilisation des deniers publics, doit avoir l'assurance que les fonds et les biens de l'État sont confiés à une société solide à laquelle les investisseurs initiaux s'engagent à participer pendant une période raisonnable. Un autre cas dans lequel il pourrait être justifié d'imposer des restrictions à la cession d'actions de sociétés du partenaire privé est celui où l'autorité contractante a intérêt à empêcher que les actions soient cédées à certains investisseurs en particulier. Elle peut souhaiter, par exemple, contrôler l'acquisition d'intérêts majoritaires dans des sociétés de services publics afin d'éviter la constitution d'oligopoles ou de monopoles dans des secteurs déréglementés. Il peut aussi être jugé inapproprié qu'une société qui a fraudé un organisme public soit employée par un autre par le biais d'une filiale nouvellement acquise.

76. Dans ces cas exceptionnels, il peut être souhaitable d'exiger des investisseurs initiaux qu'ils obtiennent le consentement préalable de l'autorité contractante avant

de céder leurs parts. Il conviendrait néanmoins de stipuler dans le contrat de PPP que ce consentement ne devra pas être refusé ou retardé sans raison valable. Dans un souci de transparence, il pourrait être aussi souhaitable d'établir les motifs de refus et d'exiger de l'autorité contractante qu'elle motive chacun d'entre eux. La durée appropriée de telles restrictions – applicables à une phase déterminée du projet ou à toute la durée du contrat de PPP – est une question qu'il faudra peut-être examiner au cas par cas. Dans certains projets, il pourra être possible de relâcher ces restrictions après l'achèvement de l'ouvrage. Il est aussi souhaitable de préciser dans le contrat de PPP si les restrictions éventuelles s'appliquent à la cession de toutes les actions dans le partenaire privé ou si elles ne s'appliquent qu'à un investisseur déterminé (par exemple, une entreprise de travaux publics ou le concepteur de l'ouvrage), soit pour la durée des travaux, soit pour une période allant bien au-delà de la fin des travaux.

H. Travaux de construction

77. Dans la passation de marché traditionnelle, les autorités passant un contrat pour la construction d'un ouvrage jouaient normalement le rôle de l'employeur dans le cadre dudit contrat et exerçaient des droits de surveillance et d'inspection étendus, qu'il s'agisse du droit d'examiner le projet de construction et d'en demander la modification, de surveiller étroitement les travaux de construction et leur avancement par rapport au calendrier, d'inspecter et d'approuver officiellement l'ouvrage achevé ou de donner l'autorisation finale d'exploitation. Elles assumaient par conséquent les risques de dépassement de coûts et de délais, et les risques liés à la performance du projet de construction après son achèvement.

78. Dans les projets de PPP, c'est le partenaire privé qui assume la responsabilité de l'achèvement du projet dans les délais, selon les normes et les coûts précisés dans le contrat de PPP, avec les risques financiers que cela comporte (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 30 à 32). Par conséquent, le partenaire privé aura intérêt à ce que le projet soit achevé dans les temps et à ce que les estimations de coût ne soient pas dépassées, et négociera généralement des contrats clefs en mains à prix et à délais convenus assortis de garanties de bonne exécution fournies par les entreprises de construction.

79. C'est pourquoi, dans certains pays, les dispositions législatives concernant la construction d'ouvrages dans le cadre d'un PPP se limitent à énoncer en termes généraux l'obligation qu'a le partenaire privé d'exécuter les travaux publics conformément aux dispositions du contrat de PPP. La législation peut conférer à l'autorité contractante le droit général de surveiller l'avancement des travaux afin de veiller au respect des dispositions dudit accord, mais l'exercice de ce droit de surveillance n'implique pas le transfert, du partenaire privé à l'autorité contractante, des risques

liés à la construction définis dans le contrat de PPP. Dans ces pays, des dispositions plus détaillées sont ensuite élaborées dans le contrat de PPP.

1. Examen et approbation des plans de construction

80. Il est souhaitable de mettre au point des procédures dans le contrat de PPP pour éviter que les délais d'exécution et les coûts de construction ne dépassent les estimations et réduire les risques de différends entre le partenaire privé et les autorités publiques concernées. Lorsque la loi exige que l'autorité contractante examine et approuve le projet de construction, le contrat de PPP devrait fixer une procédure et un délai pour cet examen et stipuler que le projet est considéré comme approuvé si l'autorité contractante n'a formulé aucune objection dans ce délai. Il peut être également utile de préciser, dans le contrat de PPP, les motifs (sécurité, défense, sûreté, protection de l'environnement ou non-respect des spécifications) que l'autorité contractante peut invoquer pour soulever des objections ou demander la modification du projet.

2. Modification de certains aspects de la construction

81. Pendant la construction d'un ouvrage, il n'est pas rare qu'il soit nécessaire ou souhaitable de modifier certains aspects de la construction. L'autorité contractante souhaitera donc peut-être conserver le droit d'ordonner la modification d'aspects comme l'étendue de la construction, les caractéristiques techniques des équipements ou matériaux à utiliser dans l'ouvrage ou encore les services liés à la construction qui sont requis compte tenu des spécifications, des dessins et des normes. Ces changements, appelés « modifications » dans le présent *Guide*, consistent généralement à modifier un aspect de la construction par rapport à ce qui était prévu dans les documents contractuels d'origine. Ces modifications sont généralement prévues dans le contrat et n'entraînent pas de modification ou d'avenant à celui-ci. Par ailleurs, elles ne comprennent pas les ajustements de tarifs ou révisions de prix résultant de la variation des coûts ou de fluctuations monétaires, ni un changement des conditions de paiement, même si une telle modification peut entraîner un ajustement des prix, selon les conditions prévues dans le contrat de PPP (voir par. 140). De même, la renégociation du contrat de PPP en cas d'importants changements de circonstances, d'empêchements exonérateurs ou d'autres raisons (voir par. 141 à 144, 150 et 151) n'est pas considérée dans le *Guide* comme une modification.

82. Étant donné la complexité de la plupart des projets d'infrastructure, il n'est pas impossible qu'il soit nécessaire de modifier les spécifications de l'ouvrage ou d'autres aspects du projet. Toutefois, de telles modifications retardent souvent l'exécution du projet ou la fourniture du service public ; elles risquent aussi de rendre l'exécution du contrat de PPP plus onéreuse pour le partenaire privé. En

outre, les frais occasionnés par des modifications importantes peuvent excéder la capacité financière du partenaire privé, ce qui exigera l'apport de fonds supplémentaires importants qu'il ne sera peut-être pas possible de se procurer à un coût acceptable. Aussi est-il souhaitable que l'autorité contractante envisage des mesures permettant de limiter la nécessité d'éventuelles modifications. La qualité des études de faisabilité qu'elle requiert et des spécifications fournies pendant la procédure de sélection (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 67 et 70 à 74) est un facteur essentiel si l'on veut éviter d'avoir à modifier ultérieurement le projet.

83. Il faudrait que le contrat de PPP indique les circonstances précises dans lesquelles l'autorité contractante peut ordonner une modification des spécifications de construction ainsi que l'indemnité devant, le cas échéant, être versée au partenaire privé pour couvrir les frais supplémentaires et retards occasionnés par cette modification. Le contrat de PPP devrait également préciser dans quelle mesure le partenaire privé est tenu d'effectuer ces modifications, s'il peut s'y opposer et pour quels motifs. Conformément à la pratique contractuelle de certains systèmes juridiques, le partenaire privé peut être dégagé de ses obligations si le montant des frais supplémentaires occasionnés par la modification dépasse un plafond donné. On notera que les modifications ne sont pas nécessairement demandées par l'autorité contractante. Dans la pratique, elles peuvent aussi résulter d'une suggestion du partenaire privé ayant reçu l'aval de l'autorité contractante et visant, par exemple, à introduire des techniques ou matériaux plus efficaces lors de la construction, à limiter les coûts ou à améliorer la performance. Afin d'encourager les suggestions visant à accroître l'efficacité ou à réduire les coûts, il peut être utile que les parties reconnaissent, dans le contrat de PPP, le droit du partenaire privé de proposer des modifications techniques, sous réserve de l'accord de l'autorité contractante. Par ailleurs, de nombreux pays considèrent qu'il est opportun de soumettre les modifications qui dépassent une certaine valeur individuelle ou cumulative à l'approbation d'une autorité supérieure.

84. À cet égard, plusieurs solutions d'ordre contractuel ont été appliquées dans de gros contrats de construction afin de déterminer la mesure dans laquelle l'entrepreneur est tenu d'effectuer des modifications, ainsi que les ajustements à apporter au prix ou à la durée du contrat. Ces mêmes solutions peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* aux modifications demandées par l'autorité contractante dans le cadre d'un contrat de PPP³. Il faut toutefois noter que, dans les contrats de PPP portant sur une infrastructure, la société de projet est rémunérée sous la forme de droits versés par les usagers ou de montants perçus en échange des produits fournis par

³Pour un examen des options et solutions possibles retenues dans les contrats d'installations industrielles complexes, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.10), chap. XXIII, « Clauses de modification ».

l'ouvrage et non sous la forme d'une somme globale pour les travaux de construction. C'est pourquoi les mécanismes d'indemnisation utilisés dans le cas de ces contrats combinent parfois plusieurs éléments allant du versement de sommes forfaitaires à l'augmentation des redevances, en passant par l'extension de la durée du contrat de PPP. Par exemple, certaines modifications entraînent une hausse des coûts que le partenaire privé peut être à même d'absorber et de financer lui-même et d'amortir en ajustant les redevances ou le mécanisme de paiement, selon le cas. Si le partenaire privé n'est pas en mesure de financer les modifications à lui seul, les parties souhaiteront peut-être envisager le versement de sommes forfaitaires plutôt que de mettre en place une structure de refinancement coûteuse et complexe. Dans tous les cas de figure, les parties devront peut-être procéder à une renégociation directe.

3. *Pouvoirs de surveillance de l'autorité contractante*

85. Dans certains systèmes juridiques, les autorités publiques passant un contrat de construction se réservent habituellement le droit d'ordonner la suspension ou l'interruption des travaux pour des motifs d'intérêt général. Toutefois, afin de rassurer les investisseurs potentiels, il peut être utile de limiter la possibilité d'une telle intervention et de stipuler qu'une telle interruption ne doit pas dépasser la durée ou l'étendue nécessaire, compte tenu des circonstances ayant donné lieu à la demande de suspension ou d'interruption des travaux. La définition, dans la législation, des événements considérés comme relevant de l'intérêt général, comme les questions environnementales à grande échelle ou la mise en danger de la population située dans la zone où l'ouvrage est en construction, pourra rassurer les investisseurs potentiels à cet égard. Il peut également être utile de fixer une durée maximum de suspension ou de prévoir une indemnisation appropriée du partenaire privé. En outre, des garanties peuvent être données pour assurer l'indemnisation du partenaire privé en cas de pertes occasionnées par la suspension du projet et la restauration de l'équilibre économique et financier du contrat de PPP après la levée de la suspension (voir aussi par. 140 ci-après et chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 74 à 76).

86. Dans certains systèmes juridiques, les ouvrages devant servir à l'offre de certains services publics passent dans le domaine public une fois leur construction terminée (voir par. 26). Dans ce cas, la législation exige souvent que l'ouvrage achevé soit officiellement approuvé par l'autorité contractante ou par un autre organisme public. Cette approbation officielle n'est généralement donnée qu'après inspection de l'ouvrage achevé et à l'issue d'essais démontrant qu'il est opérationnel et répond aux spécifications et aux exigences techniques et en matière de sécurité. Même lorsqu'une approbation officielle de l'autorité contractante n'est pas exigée (par exemple, lorsque l'ouvrage reste la propriété du partenaire privé), des dispositions concernant l'inspection finale et l'approbation des travaux de construction

par l'autorité contractante sont souvent requises pour assurer la conformité aux réglementations relatives à la santé, à la sûreté, à la construction ou au travail. Le contrat de PPP devrait déterminer précisément la nature des essais ou de l'inspection dont l'ouvrage achevé fera l'objet ; le calendrier de ces essais (par exemple, il pourrait être opportun d'entreprendre des essais partiels étalés dans le temps plutôt qu'un seul essai final) ; les conséquences d'un essai non concluant ; et les responsabilités pour ce qui est d'organiser les ressources utilisées pour les essais, en particulier en recourant à des ingénieurs indépendants pour les effectuer, et de couvrir les coûts correspondants. Dans certains pays, on a jugé utile d'autoriser l'exploitation de l'ouvrage à titre provisoire en attendant l'approbation finale de l'autorité contractante et de laisser au partenaire privé la possibilité de corriger les vices pouvant être découverts à ce stade.

4. Période de garantie

87. Les contrats de construction négociés par le partenaire privé prévoient généralement une garantie de qualité en vertu de laquelle les entrepreneurs sont responsables des défauts constatés dans les travaux, et des inexactitudes ou insuffisances des documents techniques fournis parallèlement à ces derniers, à l'exception d'exclusions raisonnables (par exemple, usure normale ou maintenance ou exploitation défectueuse par le partenaire privé). D'autres responsabilités peuvent également découler de dispositions législatives ou de principes généraux du droit applicable, comme la période spéciale de responsabilité prolongée en cas de défauts structurels qui existe dans certains systèmes juridiques. Le contrat de PPP devrait stipuler que l'approbation finale de l'ouvrage par l'autorité contractante ne dégage pas les entrepreneurs de leur responsabilité en cas de défaut de l'ouvrage ou d'inexactitude ou insuffisance des documents techniques qui peut apparaître au regard des contrats de construction et de la loi applicable.

I. Exploitation de l'infrastructure

88. L'achèvement de la phase de construction élimine l'un des risques les plus importants associés à un PPP, à savoir l'inachèvement du projet (voir par. 78 et chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 30 à 32). Il n'est donc pas rare que le contrat de PPP permette aux entreprises de construction de quitter la société de projet à la fin de la première phase (voir par. 74).

89. Les conditions d'exploitation et de maintenance de l'ouvrage ainsi que les normes de qualité et de sécurité sont souvent énumérées dans la loi et détaillées dans le contrat de PPP. En outre, plus particulièrement dans les secteurs de l'électricité, de l'eau, de l'assainissement et des transports publics, l'autorité contractante ou un organisme de réglementation indépendant peut exercer une fonction de

surveillance de l'exploitation de l'ouvrage. Un examen approfondi des aspects juridiques relatifs aux conditions d'exploitation des ouvrages dépasserait le cadre du présent *Guide*. C'est pourquoi seuls quelques-uns des principaux aspects sont brièvement présentés dans les paragraphes qui suivent.

90. Les dispositions réglementaires concernant l'exploitation d'ouvrages et les conditions fixées par la loi pour la fourniture de services publics répondent à plusieurs objectifs d'intérêt général. Étant donné la durée habituellement longue des projets d'infrastructure, ces dispositions et conditions risquent de devoir être modifiées pendant la durée du contrat de PPP. Par conséquent, les changements qui sont demandés par l'autorité contractante ou autrement convenus par les parties au stade de l'exploitation peuvent être plus profonds qu'au stade de la construction. Ils seront particulièrement importants et complexes dans les projets prévoyant la fourniture, par le partenaire privé, de biens ou de services aux usagers finals, par exemple dans un PPP concessif. Il ne faut toutefois pas oublier que le secteur privé a besoin d'un cadre réglementaire stable et prévisible. En modifiant la réglementation ou en introduisant fréquemment des règles nouvelles et plus strictes, on risque d'entraver l'exécution du projet et d'en compromettre la viabilité financière. Par conséquent, si les parties peuvent conclure des arrangements contractuels pour parer aux effets préjudiciables de changements apportés ultérieurement à la réglementation (voir par. 131 à 134), les organismes de réglementation ou l'État, selon le cas, n'en ont pas moins tout intérêt à éviter d'adopter trop de règles ou de modifier trop fréquemment celles qui sont en vigueur.

1. Normes techniques et de service

91. Les prestataires de services publics doivent généralement satisfaire à un ensemble de normes techniques et de service. Celles-ci sont, dans la plupart des cas, trop détaillées pour figurer dans la loi et peuvent être incluses dans des décrets d'application, des réglementations ou d'autres instruments. La législation devrait énoncer les principes généraux qui orienteront la formulation de normes détaillées ou exiger le respect de normes internationales telles que les Normes de performance de la Société financière internationale⁴ (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 49). Les normes de service sont souvent décrites en détail dans les exigences communiquées par l'autorité contractante aux soumissionnaires pendant la procédure d'attribution du contrat (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 70 à 74) et ensuite reprises dans le contrat de PPP. Il s'agit notamment de normes de qualité, telles que des critères de pureté et de pression de l'eau ; de plafonds concernant les délais de réparation ou le nombre de défauts ou de plaintes ; de l'obligation pour les services de transport de respecter les horaires ; de l'exigence

⁴ Société financière internationale, Normes de performance, 2012, disponibles à l'adresse <https://www.ifc.org/>.

de continuité de l'approvisionnement ; et de normes relatives à l'environnement, la société, le travail, la santé et la sécurité.

92. L'autorité contractante se réserve généralement le droit de vérifier que la société de projet satisfait aux normes de résultat fixées par voie réglementaire. Le partenaire privé souhaitera éviter autant que possible toute interruption dans le fonctionnement de l'ouvrage et se prémunir contre les conséquences d'une telle interruption. Il voudra être certain que l'exercice de pouvoirs de surveillance ou de réglementation par l'autorité contractante ne perturbera pas ni n'interrompra indûment le fonctionnement de l'ouvrage et ne lui occasionnera pas de frais supplémentaires excessifs.

2. *Extension des services*

93. Dans certains systèmes juridiques, une entité qui, dans le cadre d'un contrat de PPP, fournit certains services essentiels (par exemple, de l'électricité ou de l'eau potable) à une collectivité ou à un territoire et à ses habitants a l'obligation d'avoir des installations qui lui permettent raisonnablement de satisfaire la demande de la collectivité ou du territoire en question. Cette obligation se rapporte souvent non seulement à la demande initiale au moment où le contrat de PPP a été attribué, mais implique également de s'adapter à la croissance de la collectivité ou du territoire desservi et de développer progressivement l'installation dans la mesure nécessaire pour répondre à la demande raisonnable de cette collectivité ou de ce territoire. Dans certains systèmes juridiques, l'obligation relève d'un devoir public qui peut être invoqué par tout membre de la collectivité ou résident du territoire concerné. Dans d'autres, il s'agit d'une obligation légale ou contractuelle que peuvent faire respecter l'autorité contractante ou un organisme de réglementation, selon le cas.

94. Dans certains systèmes juridiques, cette obligation n'est ni absolue ni illimitée. Le devoir qu'a le partenaire privé de développer ses installations de service peut en effet dépendre de plusieurs facteurs, tels que la nécessité et le coût d'une telle extension ainsi que les recettes qui peuvent en être escomptées ; la situation financière du partenaire privé ; l'intérêt général que présente l'extension ; et l'étendue des obligations assumées à cet égard par le partenaire privé au titre du contrat de PPP. Dans certains systèmes juridiques, le partenaire privé peut être tenu de développer ses installations même si l'extension en question n'est pas rentable dans l'immédiat ou même si, du fait de l'extension, le territoire desservi par le partenaire privé risque à terme d'inclure des zones non rentables. Cette obligation est néanmoins soumise à certaines restrictions, puisque le partenaire privé n'est pas tenu de procéder à des extensions qui constituent une charge excessive pour lui ou ses clients. Suivant le cas, le coût des extensions peut être pris en charge par le

partenaire privé, répercuté sur les clients ou usagers finals sous la forme d'augmentations de redevances ou de charges exceptionnelles ou encore financé en tout ou en partie par l'autorité contractante ou par un autre organisme public au moyen de subventions ou d'aides. Étant donné la diversité des facteurs qui peuvent devoir être pris en considération pour évaluer le caractère raisonnable d'une extension donnée, le contrat de PPP devrait définir les circonstances dans lesquelles le partenaire privé peut être contraint de développer ses installations de service ainsi que les méthodes appropriées permettant de financer les dépenses occasionnées par une telle extension.

3. *Continuité du service*

95. Les prestataires de services publics sont également tenus d'assurer la continuité du service fourni dans la plupart des circonstances, sauf lorsque surviennent des événements exonérateurs bien définis (voir aussi par. 146 à 148). Dans certains systèmes juridiques, il s'agit d'une obligation légale qui s'applique même lorsqu'elle n'est pas expressément stipulée dans le contrat de PPP. Le corollaire de cette règle, dans les systèmes juridiques où elle existe, est que les différentes circonstances qui, conformément aux principes généraux du droit des contrats, pourraient autoriser l'une des parties au contrat à suspendre ou à interrompre l'exécution de ses obligations (difficultés économiques ou non-respect des obligations par l'autre partie) ne peuvent être invoquées par le partenaire privé pour suspendre ou interrompre, en tout ou en partie, la prestation d'un service public. Dans certains systèmes juridiques, l'autorité contractante peut même jouir de pouvoirs d'exécution spéciaux l'autorisant à obliger le partenaire privé à reprendre sa prestation en cas d'interruption illégale.

96. Cette obligation doit, elle aussi, revêtir un caractère raisonnable. Plusieurs systèmes juridiques reconnaissent au partenaire privé le droit de recevoir une indemnisation équitable s'il doit fournir ses services dans des situations difficiles (voir par. 153). En outre, dans certains systèmes juridiques, on considère qu'un prestataire de services publics ne peut être tenu de fournir ses services s'il encourt des pertes dans son fonctionnement général. Si la prestation de service public dans son ensemble, et pas seulement une ou plusieurs de ses branches ou encore un ou plusieurs territoires desservis, n'est plus rentable, le partenaire privé peut prétendre à une indemnité directement versée par l'autorité contractante ou être fondé à résilier le contrat de PPP. Or, la résiliation de l'accord exige en principe le consentement de l'autorité contractante ou une décision judiciaire. Dans les systèmes juridiques qui admettent une telle solution, il est souhaitable de préciser dans le contrat de PPP quelles circonstances exceptionnelles justifieraient la suspension du service, voire libéreraient le partenaire privé des obligations qu'il a souscrites au titre du contrat de PPP (voir par. 145 à 154 ; voir aussi chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 37).

4. *Égalité de traitement des clients ou usagers*

97. Les entités fournissant certains services au grand public sont, dans certains systèmes juridiques, spécifiquement tenues d'accorder des conditions essentiellement identiques à tous les usagers et clients appartenant à la même catégorie. Ces systèmes juridiques acceptent toutefois les distinctions fondées sur une classification raisonnable et objective des clients et usagers, à condition que des services identiques soient fournis au même moment aux consommateurs et usagers exerçant les mêmes activités dans les mêmes circonstances. Le fait de pratiquer des prix ou d'offrir des conditions d'accès différents à différentes catégories d'usagers (par exemple, les particuliers d'une part et les entreprises et industries de l'autre) n'est par conséquent peut-être pas contraire au principe de l'égalité de traitement, pourvu que cette distinction se fonde sur des critères objectifs et corresponde à des différences réelles dans la situation des consommateurs ou dans les conditions auxquelles leur sont fournis les services. Néanmoins, si les redevances ou d'autres conditions varient en fonction de réelles différences dans les services fournis (par exemple, tarification plus élevée pour les services fournis aux heures de pointe), ces variations doivent en principe être proportionnelles aux différences.

98. Outre les distinctions établies par le partenaire privé lui-même, certains usagers ou clients peuvent bénéficier d'un traitement différent à la suite de l'intervention du législateur. Dans de nombreux pays, la loi exige que certains services soient fournis à des conditions particulièrement favorables à certaines catégories d'usagers et de clients (par exemple, services de transports à prix réduits pour les écoliers ou les personnes âgées ou encore tarification réduite de l'eau ou de l'électricité pour les usagers à faibles revenus ou vivant en zone rurale). Les prestataires de services publics peuvent compenser les charges ou coûts liés à ces services de plusieurs manières, notamment au moyen de subventions publiques, de fonds ou d'autres mécanismes officiels créés pour répartir la charge financière découlant de ces obligations entre tous les prestataires de services publics, ou encore grâce à des subventions internes croisées provenant de services plus rentables (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 68 à 70).

5. *Raccordement et accès aux réseaux d'infrastructure*

99. Les sociétés exploitant des réseaux d'infrastructure dans des secteurs comme les transports ferroviaires, les télécommunications ou la distribution d'électricité ou de gaz sont parfois tenues d'autoriser d'autres sociétés à accéder à ces réseaux. Cette obligation peut être énoncée dans le contrat de PPP ou dans des lois ou réglementations propres à chaque secteur. Dans certains cas, des règles de raccordement et d'accès aux réseaux ont été introduites dans certains secteurs d'infrastructure afin de compléter les réformes structurelles engagées dans un secteur donné, dans d'autres, elles ont été adoptées pour stimuler la concurrence dans des secteurs

qui demeuraient pleinement ou partiellement intégrés (pour une brève analyse de la structure des marchés, voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 27 à 47).

100. Les exploitants de réseaux sont souvent tenus d'offrir un accès à des conditions justes et non discriminatoires du point de vue tant financier que technique. Par non-discrimination, on entend qu'un nouvel arrivant ou prestataire de services peut utiliser l'infrastructure de l'exploitant à des conditions au moins aussi favorables que celles que ce dernier accorde à ses propres services ou à ceux des prestataires concurrents. Il est cependant à noter que de nombreux régimes d'accès aux pipelines, par exemple, n'imposent pas de conditions rigoureusement égales au transporteur et aux utilisateurs concurrents. L'obligation d'accès peut en quelque sorte être pondérée : elle peut, par exemple, se limiter à la capacité non utilisée ou être soumise à des conditions raisonnables plutôt qu'équitables.

101. Si la tarification de l'accès se fonde généralement sur les coûts, les organismes de réglementation conservent souvent le droit de contrôler les redevances d'accès afin de s'assurer qu'elles sont suffisamment élevées pour inciter à investir dans l'infrastructure nécessaire et suffisamment basses pour permettre aux nouveaux arrivants de soutenir la concurrence dans des conditions équitables. Lorsque l'exploitant du réseau offre des services en concurrence avec d'autres prestataires, il peut être tenu de comptabiliser ses activités à part afin de déterminer le coût réel de l'utilisation, par les tiers, du réseau ou d'éléments de ce dernier.

102. Les conditions techniques d'accès peuvent être tout aussi déterminantes et il peut être demandé aux exploitants d'adapter leur réseau pour satisfaire aux exigences d'accès des nouveaux arrivants. L'accès peut être accordé à l'ensemble du réseau ou à des éléments ou segments sur lesquels l'exploitant a un monopole (on parle parfois d'installations névralgiques ou essentielles). De nombreux États autorisent les prestataires de services à construire leur propre infrastructure ou à utiliser, lorsqu'elle existe, une infrastructure de substitution. Il se peut que le prestataire n'ait besoin d'accéder qu'à une petite partie du réseau. Dans ce cas, il ne pourra pas, selon de nombreuses réglementations, être contraint de payer davantage que le coût correspondant à l'utilisation de l'installation précise dont il a besoin, qu'il s'agisse d'un circuit local de télécommunications, de la capacité de transmission pour la distribution d'électricité ou de l'utilisation d'un tronçon de voie ferrée.

6. Obligations d'information et de transparence

103. De nombreuses législations nationales font obligation aux prestataires de services publics de fournir aux organismes de réglementation des renseignements précis et actualisés sur leur fonctionnement et confèrent à ces mêmes organismes des droits spécifiques leur permettant de faire respecter cette obligation, tels que le

droit de procéder à des enquêtes et à des audits, en particulier à une vérification détaillée des résultats et à des enquêtes de conformité, d'imposer des sanctions aux sociétés qui refusent de coopérer et de prononcer des injonctions ou d'infliger des pénalités pour contraindre les sociétés à communiquer les renseignements requis.

104. Les prestataires de services publics ont généralement l'obligation de tenir à jour et de communiquer à l'organisme de réglementation leurs comptes et états financiers ainsi que de tenir une comptabilité détaillée permettant à cet organisme de suivre les différents aspects de leur activité séparément. Il peut aussi être nécessaire de surveiller de près les transactions financières entre la société du partenaire privé et ses filiales, car celle-ci peut tenter de transférer des bénéfices vers des entreprises non réglementées ou vers des filiales étrangères. Par ailleurs, les exploitants d'infrastructures peuvent aussi être tenus de rendre compte dans le détail de leurs moyens techniques et de leurs résultats. Toutefois, il importe, en règle générale, d'imposer des limites raisonnables en ce qui concerne la portée et la nature des renseignements demandés aux exploitants d'infrastructures. En outre, il convient de prendre des mesures appropriées pour préserver le secret de toute information confidentielle que le partenaire privé et ses filiales pourraient fournir à l'organisme de réglementation. Si le partenaire privé peut être tenu de fournir certaines informations à cet organisme ou à l'autorité contractante, les autorités contractantes peuvent elles aussi être tenues de divulguer certains éléments de l'évaluation de la performance, dans un souci de transparence et pour montrer que les paiements fondés sur la performance versés au partenaire privé sont justifiés (voir par. 52, ainsi que chap. III, « Attribution du contrat », par. 15).

7. Pouvoirs conférés au partenaire privé pour faire respecter les obligations

105. Dans les pays où l'attribution de contrats de PPP pour la fourniture de services publics est une tradition bien établie, le partenaire privé peut avoir le pouvoir de fixer des règles destinées à faciliter la fourniture du service (par exemple, instructions destinées aux usagers ou règles de sécurité), de prendre des mesures raisonnables pour assurer le respect de ces règles et de suspendre la fourniture du service en cas d'urgence ou pour des raisons de sécurité. Pour ce faire, la plupart des systèmes juridiques exigent des dispositions législatives générales, voire une autorisation du législateur au cas par cas. Toutefois, l'étendue des pouvoirs conférés au partenaire privé étant généralement définie dans le contrat de PPP, il ne sera peut-être pas nécessaire de la déterminer avec précision dans la législation. Il peut être souhaitable de prévoir que les règles établies par le partenaire privé prennent effet dès lors qu'elles ont été approuvées par l'organisme de réglementation ou l'autorité contractante, selon le cas. Le droit d'approuver les règles de fonctionnement proposées par le partenaire privé ne devrait toutefois pas être arbitraire et

celui-ci devrait être habilité à faire appel d'une décision de refus d'approbation (voir aussi chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 56 et 57).

106. Il importe particulièrement de savoir si le partenaire privé peut interrompre la fourniture du service en cas de défaillance ou de non-respect des obligations de la part des usagers, malgré son obligation générale d'assurer la continuité du service (voir par. 95 et 96). De nombreux systèmes juridiques reconnaissent aux entités fournissant des services publics le droit d'établir et de faire appliquer des règles prévoyant l'interruption du service si un consommateur ou usager omet de payer ou enfreint gravement les conditions d'utilisation. Ce droit est souvent jugé indispensable pour prévenir les abus et garantir la viabilité économique du service. Toutefois, étant donné le caractère essentiel de certains services publics, certains systèmes juridiques exigeront que l'exercice de ce droit soit consacré dans la loi. Celui-ci peut également être soumis à plusieurs restrictions ou conditions expresses ou implicites, telles que l'obligation de notification et l'exercice par les consommateurs de certaines voies de droit. D'autres restrictions et conditions peuvent découler de l'application des règles générales de protection des consommateurs (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 50 et 51).

J. Arrangements contractuels généraux

107. La présente section examine certains arrangements contractuels qui figurent régulièrement dans les contrats de PPP conclus dans différents secteurs et qui trouvent souvent leur expression dans les clauses contractuelles standard utilisées par les autorités contractantes nationales. Bien qu'essentiellement contractuels par nature, les arrangements en question peuvent avoir d'importantes incidences sur la législation du pays hôte en fonction de son système juridique.

1. *Sous-contrats*

108. En raison de la complexité des projets d'infrastructure, le partenaire privé s'assure généralement les services d'une ou plusieurs entreprises de construction qui exécutent en tout ou en partie les travaux dans le cadre du contrat de PPP. Il souhaitera peut-être aussi s'assurer les services d'entrepreneurs expérimentés dans l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage pendant la phase d'exploitation du projet. Les lois de certains pays reconnaissent généralement au partenaire privé le droit de conclure les contrats nécessaires à l'exécution des travaux de construction. Une disposition législative lui reconnaissant le droit de sous-contracter peut s'avérer particulièrement utile dans les pays où la possibilité pour les entrepreneurs publics de conclure des sous-contrats est restreinte. Selon le type d'ouvrage construit ou géré dans le cadre du contrat de PPP, l'autorité contractante pourra souhaiter savoir qui est présent sur les chantiers sur lesquels des travaux sont réalisés pour son

compte ou sur lesquels des entrepreneurs fournissent des services, ou dans les bâtiments, infrastructures ou zones (tels que les mairies, écoles municipales, installations sportives, ports ou autoroutes) dont elle est responsable ou sur lesquels elle a un contrôle.

a) *Choix des sous-contractants*

109. Dans certains pays, la liberté laissée au partenaire privé d'engager des sous-contractants est limitée par des règles qui prescrivent le recours à des appels d'offres et à des procédures similaires pour l'octroi de sous-contrats par les prestataires de services publics. Ces règles ont souvent été adoptées à une époque où les infrastructures étaient principalement ou exclusivement exploitées par l'État et où les investissements du secteur privé étaient peu importants, voire marginaux. Elles ont pour but d'assurer une utilisation mesurée, rationnelle, intègre et transparente des fonds publics. Toutefois, elles risquent de décourager les investisseurs potentiels dans le cas des PPP, car les promoteurs du projet pourraient juger qu'elles sont trop contraignantes ou limitent la latitude dont ils disposent pour engager des sous-contractants.

110. Que de telles restrictions soient ou non expressément prévues, la latitude dont dispose le partenaire privé pour sélectionner des sous-contractants n'est pas illimitée. Une obligation de divulgation par l'entrepreneur principal des informations relatives aux sous-contractants est toujours applicable, que ce soit lors du processus d'appel d'offres ou pendant la phase de construction. Dans certains pays, le partenaire privé doit indiquer dans sa proposition les entrepreneurs qui seront retenus, et donner des informations sur leurs capacités techniques, leur situation financière et leur gouvernance d'entreprise (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 77). D'autres pays exigent que ces informations soient fournies au moment de la conclusion du contrat de PPP ou soumettent ces contrats à l'examen et à l'approbation préalables de l'autorité contractante. La transparence dans la chaîne d'attribution de sous-contrats sert plusieurs objectifs. L'autorité contractante a intérêt à connaître les sous-contractants et à avoir l'assurance qu'ils respecteront les obligations applicables dans les domaines du droit de l'environnement, du droit social, du droit du travail et les mesures réglementaires ordonnées par les organismes d'inspection du travail ou de protection de l'environnement. La divulgation d'informations sur les sous-contractants permettra également à l'autorité contractante de vérifier que ceux-ci ne se trouvent pas eux-mêmes dans l'une des situations qui auraient empêché le partenaire privé de soumissionner pour le contrat de PPP. Les entreprises empêchées de soumissionner pour un tel contrat (par exemple, en raison de violations des lois contre la corruption ou le blanchiment d'argent, voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 39) ne pourront ainsi pas contourner ces restrictions pour bénéficier illégalement d'un marché public. La transparence dans la chaîne d'attribution de sous-contrats contribuera également à prévenir les conflits d'intérêts entre l'autorité contractante et les sous-contractants, par exemple lorsqu'une personne

ou une entreprise ayant une relation de proximité avec un agent de l'autorité contractante détient des actions ou autres intérêts dans un sous-contractant. Il peut aussi y avoir des conflits d'intérêts entre la société de projet et ses actionnaires, aspect qui devrait normalement intéresser également les prêteurs, qui pourront souhaiter s'assurer que les entrepreneurs de la société de projet ne sont pas surpayés. En tout état de cause, si l'on juge nécessaire de conférer à l'autorité contractante le droit d'examiner et d'approuver les sous-contrats conclus par la société de projet, le contrat de PPP devra déterminer clairement le but de ces procédures d'examen et d'approbation ainsi que les circonstances dans lesquelles l'autorité contractante peut refuser de donner son approbation. En règle générale, le pouvoir de contrôle délégué à l'autorité contractante devrait être limité, et l'approbation ne devrait normalement pas être refusée sauf s'il apparaît que les sous-contrats contiennent des dispositions manifestement contraires à l'intérêt général (par exemple, dispositions prévoyant une rémunération excessive des sous-contractants ou une limitation abusive de la responsabilité, preuve de corruption) ou que les sous-contractants ne respectent pas les règles impératives de droit public applicables à l'exécution des PPP dans le pays hôte (comme les dispositions nationales ou internationales du droit de l'environnement, du droit social et du droit du travail). En d'autres termes, il importe que toute limitation imposée à l'autorité publique quant au choix du partenaire privé s'applique également au choix des sous-contractants par le partenaire privé.

b) Droit applicable

111. Le partenaire privé et ses entrepreneurs choisiront habituellement un droit qu'ils connaissent bien et qui, à leur avis, règle de manière satisfaisante les questions sur lesquelles portent leurs contrats. Selon le type de contrat, la clause relative au droit applicable suscitera différentes questions. S'agissant, par exemple, des contrats de fourniture de matériel et autres contrats conclus avec des sociétés étrangères, les parties souhaiteront sans doute choisir un droit dont elles savent qu'il offre, par exemple, un régime de garantie satisfaisant en cas de panne ou de vice du matériel. Le partenaire privé, de son côté, pourra accepter l'application du droit du pays hôte aux contrats conclus avec des clients locaux.

112. Il est rare que la législation interne spécifique aux PPP contienne des dispositions relatives au droit applicable aux contrats conclus par le partenaire privé. En fait, la plupart des pays n'ont pas jugé nécessaire de prendre des dispositions spécifiques relatives au droit applicable aux contrats conclus entre le partenaire privé et ses entrepreneurs. Par conséquent, dans la plupart des pays, ces contrats sont régis par le droit applicable choisi par les parties dans une clause contractuelle, ou par les règles applicables du droit international privé. On notera, cependant, que la liberté de choisir le droit applicable pour la conclusion de contrats et l'établissement d'autres types de relations juridiques est, dans certains systèmes juridiques, soumise à des conditions et à des restrictions en application

de règles du droit international privé ou de certaines règles de droit public du pays hôte. Par exemple, les États parties à certains accords d'intégration économique régionale sont tenus d'adopter des dispositions harmonisées du droit international privé traitant entre autres des contrats conclus entre des prestataires de services publics et leurs entrepreneurs. Tandis que les règles du droit international privé accordent souvent une liberté considérable pour ce qui est de choisir la loi régissant les contrats commerciaux, cette liberté est, dans certains pays, limitée pour les contrats et autres types de relations juridiques qui ne sont pas qualifiés de commerciaux, comme certains contrats conclus par des organismes publics du pays hôte (par exemple, garanties et assurances données par les pouvoirs publics, engagements d'achat d'énergie ou d'approvisionnement en combustible pris par un organisme public) ou les contrats conclus avec des consommateurs. Le choix d'une loi étrangère dans les contrats conclus entre le partenaire privé et ses sous-contractants ne saurait les dispenser de l'obligation de se conformer aux lois impératives du pays régissant la construction ou l'exploitation de l'ouvrage (telles que les lois et règlements en matière d'environnement, de travail, de sûreté ou de sécurité).

113. Certains pays ont inclus dans leur droit interne des dispositions tendant à préciser que les contrats conclus entre le partenaire privé et ses entrepreneurs sont régis par le droit privé et que lesdits entrepreneurs ne sont pas des agents de l'autorité contractante. Dans certains pays, de telles dispositions peuvent avoir plusieurs conséquences dans la pratique : par exemple, l'autorité contractante n'encourt aucune responsabilité subsidiaire à raison des actes des sous-contractants, et l'organisme public responsable n'a aucune obligation d'indemnisation en cas de maladie, d'accident du travail ou de décès des employés des sous-contractants.

2. Responsabilité à l'égard des usagers et des tiers

114. La construction ou l'exploitation défectueuse d'un ouvrage peut entraîner des lésions corporelles, voire le décès d'employés du partenaire privé, d'usagers de l'ouvrage ou de tiers, ou endommager leur bien. Les questions relatives aux dommages-intérêts à verser aux tiers dans ces cas sont complexes et sont souvent régies non par les règles du droit applicable au contrat de PPP régissant la responsabilité contractuelle, mais plutôt par les règles juridiques applicables régissant la responsabilité extracontractuelle, ces dernières étant souvent impératives. Par ailleurs, certains systèmes juridiques comprennent des règles impératives spéciales régissant la responsabilité extracontractuelle des organismes publics auxquelles l'autorité contractante peut être soumise, en particulier lorsque le PPP relève du service public. En outre, le contrat de PPP ne peut pas limiter l'obligation qu'a le partenaire privé ou l'autorité contractante d'indemniser des tiers qui ne sont pas parties au contrat. Il est donc souhaitable que l'autorité contractante et le partenaire privé

prévoient la répartition interne des risques entre eux s'agissant des dommages-intérêts à verser à des tiers en cas de décès, de lésions corporelles ou d'endommagement de leur bien, dans la mesure où cette répartition n'est pas régie par des règles impératives. Il est également souhaitable que les parties prévoient une assurance contre ces risques (voir par. 128 et 129).

115. Si un tiers est blessé ou si son bien est endommagé du fait de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage et s'il porte plainte contre l'autorité contractante, la loi peut prévoir que le partenaire privé endosse seul une responsabilité à cet égard et que l'autorité contractante n'endosse aucune responsabilité vis-à-vis de telles plaintes de tiers, sauf si le dommage a été causé par un manquement grave ou une négligence de sa part. Il pourra être utile de prévoir, en particulier, que le simple fait que l'autorité contractante approuve la conception ou les spécifications de l'ouvrage, accepte les travaux de construction, ou donne son autorisation finale en vue de l'exploitation de l'ouvrage ou de son utilisation par le public, ne signifie pas que celle-ci assume une responsabilité en cas de dommages subis par les usagers de l'ouvrage ou par des tiers découlant de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage ou de l'inadéquation de la conception ou des spécifications approuvées. En outre, comme les dispositions concernant la répartition des responsabilités peuvent ne pas être opposables aux tiers en vertu du droit applicable, il peut être souhaitable que le contrat de PPP stipule que l'autorité contractante sera protégée et indemnisée en cas d'action en dommages-intérêts intentée par des tiers victimes de lésions corporelles ou de dommages causés à leur bien résultant de la construction ou de l'exploitation de l'ouvrage.

116. Le contrat de PPP devrait également stipuler que les parties devront se tenir mutuellement informées de toute action ou procédure, en cours ou prévue, intentée contre elles et pour laquelle l'autorité contractante a le droit d'être indemnisée, et s'accorder mutuellement une assistance raisonnable pour se défendre contre ladite action ou procédure dans la mesure autorisée par la loi du pays où cette procédure est engagée.

3. Garanties de bonne exécution et assurance

117. Les obligations du partenaire privé sont généralement complétées par la fourniture d'une forme quelconque de garantie de bonne exécution en cas de manquement et d'une couverture d'assurance contre un certain nombre de risques liés à la phase de construction (voir par. 77 à 87) et à la phase d'exploitation (voir par. 88 à 106). Dans certains pays, la législation exige généralement que le partenaire privé fournisse des garanties de bonne exécution suffisantes et renvoie, pour le détail, au contrat de PPP. Dans d'autres, elle comprend des dispositions plus détaillées, exigeant, par exemple, l'offre d'un certain type de garantie jusqu'à un pourcentage donné de l'investissement de base.

a) Types, fonctions et nature des garanties de bonne exécution

118. Les garanties de bonne exécution sont généralement de deux types. Selon le premier – la garantie de bonne exécution monétaire –, le garant s’engage uniquement à verser à l’autorité contractante des fonds jusqu’à un certain montant pour liquider les responsabilités du partenaire privé en cas de défaillance de ce dernier. Les garanties de bonne exécution monétaires peuvent prendre la forme d’un « contract bond » (cautionnement d’exécution de contrat), d’une lettre de crédit stand-by ou d’une garantie sur demande⁵. Selon le second la garantie de bonne fin –, le garant choisit l’une des deux options suivantes : a) remédier aux malfaçons ou achever une construction incomplète lui-même ; ou b) obtenir qu’un autre entrepreneur remédie aux malfaçons ou achève une construction incomplète et indemniser l’autorité contractante pour les pertes causées par la défaillance. La valeur d’un tel engagement se limite à un montant spécifié ou à un certain pourcentage de la valeur du contrat. Dans le cadre d’une garantie de bonne fin, le garant se réserve fréquemment, par ailleurs, la possibilité de s’acquitter de ses obligations uniquement par le versement d’une somme d’argent à l’autorité contractante. Ces garanties sont généralement émises par des organismes spécialisés tels que des compagnies de garantie ou d’assurance. Un type particulier est le cautionnement d’entretien, qui prémunit l’autorité contractante contre des défaillances futures qui pourraient survenir pendant la période de démarrage ou de maintenance et sert à garantir que tout travail de réparation ou de maintenance requis pendant la période de garantie suivant l’achèvement sera dûment effectué par le partenaire privé et à ses frais.

119. S’agissant de leur nature, les garanties de bonne exécution peuvent être généralement divisées en garanties indépendantes et en garanties accessoires. Une garantie est dite « indépendante » si l’obligation du garant est indépendante des obligations contractées par le partenaire privé au titre du contrat de PPP. En vertu d’une garantie indépendante (souvent appelée garantie à première demande) ou d’une lettre de crédit stand-by, le garant ou émetteur est tenu d’effectuer un versement à la demande du bénéficiaire, ce dernier étant habilité à faire valoir son droit de recouvrement en vertu de l’instrument s’il présente le ou les documents stipulé(s) dans les clauses de la garantie ou de la lettre de crédit stand-by. Ce document peut être simplement une déclaration du bénéficiaire selon laquelle l’entrepreneur a manqué à ses obligations. Le garant ou émetteur n’est pas autorisé à retenir le versement au motif qu’il n’y a eu, en fait, aucune défaillance au titre du contrat principal ; cependant, en vertu du droit applicable à l’instrument, le versement peut être, dans des circonstances très exceptionnelles et bien définies,

⁵ Pour plus d’informations sur les garanties sur demande, voir Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD 758), telles que révisées en 2010 et approuvées par la Commission à sa quarante-quatrième session ; *Documents officiels de l’Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17)*, par. 247 à 249.

refusé ou retenu (lorsque la réclamation du bénéficiaire est manifestement frauduleuse, par exemple). Par opposition, une garantie est accessoire lorsque l'obligation du garant implique davantage que le simple examen d'une demande documentaire de paiement, en ce que le garant peut avoir à évaluer des preuves de la responsabilité de l'entrepreneur pour une défaillance au titre du contrat de travail. La nature du lien peut varier selon les garanties et il peut s'avérer nécessaire de prouver la responsabilité de l'entrepreneur dans le cadre d'une procédure d'arbitrage. De par leur nature, les garanties de bonne fin ont un caractère accessoire au contrat sous-jacent.

b) Avantages et inconvénients des différents types de garantie de bonne exécution

120. Du point de vue de l'autorité contractante, les garanties de bonne exécution monétaires peuvent être particulièrement utiles pour couvrir les coûts supplémentaires qu'elle peut encourir en cas de retard ou de manquement du partenaire privé. Ces garanties peuvent également servir à inciter ce dernier à achever la construction dans les temps et à s'acquitter de ses autres obligations conformément aux dispositions du contrat de PPP. Cependant, leur montant ne représente généralement qu'une fraction de la valeur économique de l'obligation garantie et ne suffit habituellement pas pour couvrir le coût de l'exécution des travaux par un tiers en lieu et place du partenaire privé ou de ses entrepreneurs.

121. Du point de vue de l'autorité contractante, une garantie à première demande présente l'avantage d'assurer un recouvrement rapide des fonds couverts par la garantie sans avoir à prouver la défaillance de l'entrepreneur ni l'ampleur de la perte du bénéficiaire. De surcroît, les garants offrant des garanties de bonne exécution monétaires, en particulier les banques, préfèrent les garanties à première demande, car les conditions de mise en jeu de leur obligation de payer sont clairement définies. Ils ne seront donc pas impliqués dans des différends opposant l'autorité contractante et le partenaire privé sur la question de savoir s'il y a eu ou non défaillance au titre du contrat de PPP. Un autre avantage, pour une banque émettant une garantie à première demande, est la possibilité de recouvrer rapidement et de manière efficace les sommes versées au titre d'une telle garantie en accédant directement aux biens du partenaire privé.

122. L'un des inconvénients, pour l'autorité contractante, d'une garantie à première demande ou d'une lettre de crédit stand-by est que ces instruments peuvent majorer le coût total du projet, le partenaire privé étant généralement obligé d'obtenir et de conserver d'importantes contre-garanties en faveur des institutions émettant la garantie à première demande ou la lettre de crédit stand-by. Par ailleurs, un partenaire privé qui fournit une telle garantie peut souhaiter s'assurer contre le risque d'un recouvrement par l'autorité contractante en vertu de la garantie ou de la lettre de crédit stand-by alors qu'il n'y a eu, en fait, aucune défaillance de sa part. Or, le

coût de cette assurance est inclus dans le coût du projet. Le partenaire privé peut également inclure dans ce coût le coût potentiel de toute action qu'il pourrait avoir à intenter contre l'autorité contractante pour obtenir le remboursement de la somme injustement réclamée.

123. L'un des inconvénients, pour le partenaire privé, d'une garantie à première demande ou d'une lettre de crédit stand-by est que, s'il y a recouvrement par l'autorité contractante alors qu'il n'y a eu aucune défaillance de sa part, il subira une perte immédiate si le garant ou l'émetteur de la lettre de crédit se rembourse sur ses biens après paiement à l'autorité contractante. Le partenaire privé peut également éprouver des difficultés à recouvrer rapidement auprès de l'autorité contractante la somme injustement réclamée.

124. Les conditions d'une garantie accessoire exigent généralement du bénéficiaire qu'il prouve la défaillance de l'entrepreneur et l'ampleur de la perte subie. De plus, les moyens de défense dont dispose le débiteur, s'il est poursuivi en justice pour défaillance, sont aussi accordés au garant. En conséquence, l'autorité contractante risque de faire face à un différend prolongé si elle fait valoir la garantie. Dans la pratique, ce risque peut être réduit, par exemple, si la présentation de réclamations en vertu de la garantie est soumise à une procédure telle que celle prévue à l'alinéa i du paragraphe j de l'article 7 des Règles uniformes pour les « contract bonds » établies par la Chambre de commerce internationale⁶. Ce paragraphe prévoit que nonobstant tout litige ou différend existant entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire au sujet de l'observation du contrat ou d'une quelconque obligation contractuelle, un défaut sera censé avoir été établi par l'émission d'un certificat de défaut par un tiers (lequel peut être, sans limitation, un architecte ou ingénieur indépendant ou l'auteur d'un référé préarbitral de la CCI) si le « contract bond » le prévoit et si ce certificat, ou une copie certifiée conforme de celui-ci, a été remis au garant. Lorsqu'une telle procédure est adoptée, l'autorité contractante peut être fondée à obtenir le paiement en vertu de la garantie même si son droit à ce paiement est contesté par le partenaire privé.

125. Le risque supporté par le garant étant moindre, la limite monétaire de responsabilité de ce dernier peut être considérablement plus élevée qu'aux termes d'une garantie à première demande et couvrir ainsi un pourcentage plus important des travaux d'exécution prévus dans le contrat de PPP. Une garantie de bonne fin peut également être avantageuse si l'autorité contractante est dans l'impossibilité de faire facilement rectifier les défauts ou d'achever la construction elle-même et a besoin de l'assistance d'un tiers pour ce faire. Lorsque, cependant, la construction nécessite de recourir à une technologie connue du seul partenaire privé, la

⁶Le texte des Règles uniformes pour les « contract bonds » est reproduit dans le document <http://undocs.org/fr/a/cn.9/459/add.1>.

rectification des défauts ou l'achèvement des travaux par un tiers peut ne pas être envisageable. Dans ce cas, une garantie de bonne fin peut ne pas présenter le dernier avantage mentionné par rapport à une garantie de bonne exécution monétaire. Pour le partenaire privé, les garanties accessoires ont l'avantage de préserver sa capacité d'emprunt car, à la différence des garanties à première demande et des lettres de crédit stand-by, elles n'affectent pas la ligne de crédit qui lui a été accordée par les prêteurs.

126. Il découle de ce qui précède que différents types de garantie peuvent être utiles en fonction des obligations assumées par le partenaire privé. S'il est utile d'exiger de ce dernier qu'il fournisse des garanties suffisantes de bonne exécution, il est souhaitable de laisser aux parties le soin de déterminer la mesure dans laquelle des garanties sont nécessaires et le type de garanties devant être fournies en fonction des obligations assumées par le partenaire privé, plutôt que d'exiger, dans la législation, une seule forme de garantie à l'exclusion des autres. On notera que la société de projet elle-même exigera des entrepreneurs qu'elle choisit qu'ils lui fournissent plusieurs garanties de bonne exécution (voir par. 108 à 110) et que la souscription de garanties supplémentaires au profit de l'autorité contractante entraîne généralement une hausse du coût global et de la complexité d'un projet. Dans certains pays, les orientations pratiques données aux autorités contractantes nationales leur conseillent d'examiner soigneusement si et dans quelles circonstances ces garanties sont nécessaires, les risques spécifiques ou pertes qu'elles devraient couvrir et le type de garantie qui convient le mieux dans chaque cas. L'aptitude de la société de projet à obtenir des financements pour le projet peut être compromise par des exigences excessives en la matière.

c) Durée des garanties

127. Un problème particulier des PPP a trait à la durée de la garantie. L'autorité contractante peut avoir intérêt à obtenir des garanties de bonne exécution qui demeurent valables pendant toute la durée du projet, couvrant les phases tant de construction que d'exploitation. Cependant, étant donné la longue durée des projets d'infrastructure et la difficulté d'évaluer les divers risques qui peuvent survenir, il peut être difficile pour le garant d'émettre une garantie de bonne fin pour la durée totale du projet ou de réassurer les obligations qu'il a contractées à ce titre. Dans la pratique, ce problème est exacerbé lorsqu'il est stipulé que le non-renouvellement d'une garantie de bonne fin constitue un motif d'appel à la garantie, si bien que le fait d'autoriser simplement la société de projet à fournir des garanties pour des périodes plus courtes peut ne pas être une solution satisfaisante. Une solution possible, utilisée dans certains pays, consiste à exiger des garanties distinctes pour la phase de construction et pour la phase d'exploitation, ce qui permet une meilleure évaluation des risques et offre de meilleures perspectives de réassurance. On peut

améliorer un tel système en définissant précisément le risque à couvrir pendant la période d'exploitation, ce qui permet de mieux évaluer les risques et de réduire le montant total de la garantie. L'autorité contractante peut aussi envisager d'exiger la fourniture de garanties de bonne exécution pendant certaines périodes cruciales plutôt que pour la durée entière du projet. Une garantie peut être exigée, par exemple, pendant la phase de construction et s'appliquer pendant une période appropriée après l'achèvement de façon à couvrir d'éventuels vices cachés. Une telle garantie pourrait ensuite être remplacée par une garantie de bonne fin pour un certain nombre d'années d'exploitation, de façon à permettre à la société de projet de démontrer son aptitude à exploiter l'ouvrage conformément aux normes spécifiées. En cas d'exécution satisfaisante, l'exigence de garantie pourrait être levée pour le reste de la phase d'exploitation jusqu'à une certaine date précédant la fin du contrat de PPP, date à laquelle il pourrait être exigé de la société de projet qu'elle fournisse une autre garantie couvrant ses obligations relatives à la remise des biens et, lorsqu'il y a lieu, les autres mesures nécessaires à une liquidation ordonnée du projet (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 55 à 69).

d) Dispositions en matière d'assurance

128. Les dispositions en matière d'assurance prises en relation avec un PPP varient généralement en fonction de la phase à laquelle elles s'appliquent, certains types d'assurance n'étant souscrits que pendant une phase particulière du projet. Certains types, tels que l'assurance pour interruption d'activité, peuvent être souscrits par le partenaire privé dans son propre intérêt, tandis que d'autres peuvent être exigés par les lois du pays hôte. Les formes d'assurance souvent exigées par la loi incluent l'assurance contre les dommages causés à l'ouvrage, l'assurance responsabilité civile, l'assurance accident de travail et l'assurance contre la pollution et les atteintes à l'environnement.

129. Les polices d'assurance rendues obligatoires par la législation du pays hôte doivent souvent être souscrites auprès d'une compagnie d'assurance locale ou d'une autre institution autorisée à opérer dans le pays, ce qui peut parfois poser des difficultés pratiques. Dans certains pays, le type de couverture généralement offert peut être plus limité que la couverture standard disponible sur le marché international, auquel cas le partenaire privé peut rester exposé à divers risques pouvant dépasser sa capacité d'auto-assurance. Ce risque est particulièrement important s'agissant de l'assurance contre les atteintes à l'environnement. D'autres difficultés peuvent surgir dans certains pays du fait de l'aptitude limitée des assureurs locaux à réassurer les risques sur les marchés internationaux de l'assurance et de la réassurance. En conséquence, la société de projet aura souvent besoin de souscrire une ou plusieurs assurances complémentaires en dehors du pays, ce qui majore le coût global de financement du projet.

4. Changements de circonstances

130. Les PPP portent en général sur une longue période, pendant laquelle de nombreuses circonstances associées au projet peuvent changer. Les conséquences de nombre de ces changements peuvent être automatiquement prises en compte par le contrat de PPP, soit que l'on prévoie des arrangements financiers tels qu'une structure tarifaire comportant une clause d'indexation (voir par. 43 à 50), soit que l'on fasse assumer par l'une ou l'autre des parties, expressément ou par exclusion, certains risques (par exemple, si le prix de l'approvisionnement en combustible ou en électricité n'est pas pris en considération dans les mécanismes d'indexation, le risque d'un niveau de prix supérieur aux prévisions est assumé par le partenaire privé). Toutefois, certains changements ne pourront peut-être pas être intégrés dans un mécanisme d'ajustement automatique, ou les parties pourront préférer exclure la possibilité d'un tel ajustement et se garder le droit de modifier le contrat d'un commun accord lorsqu'elles conviennent que les circonstances l'exigent. Si l'on considère généralement comme une bonne pratique le fait d'inclure, dans le contrat de PPP, des mécanismes d'ajustement à long terme évitant de devoir renégocier le contrat, il n'est pas conseillé au législateur de chercher à dresser une liste de toutes les circonstances appelant un ajustement automatique du contrat. Les points a et b ci-dessous renvoient à des situations qui entraînent souvent une modification contractuelle, que celle-ci résulte ou non d'un mécanisme automatique (ajustement) ; d'une négociation entre les parties (avenant) ; ou d'un mécanisme externe, comme le règlement des litiges (adaptation). Sur le plan législatif, deux catégories particulières de changements retiennent spécialement l'attention : les changements d'ordre législatif ou réglementaire et les changements imprévus de la conjoncture économique.

a) *Changements législatifs et réglementaires*

131. Étant donné la durée des PPP, le partenaire privé peut, pour satisfaire aux obligations qu'il a contractées dans le cadre du contrat de PPP, être tenu d'engager des dépenses supplémentaires en raison de changements futurs imprévus de la législation s'appliquant à ses activités. Dans le cas extrême, la législation peut même le mettre dans l'impossibilité financière ou matérielle de poursuivre le projet. Pour examiner les solutions appropriées face à des changements d'ordre législatif, il peut être utile d'établir une distinction entre les changements qui ont une incidence particulière sur les PPP ou sur un projet particulier, d'une part, et les changements législatifs généraux qui touchent également d'autres activités économiques en dehors de l'exploitation des infrastructures, d'autre part.

132. Toutes les entités commerciales, que ce soit dans le secteur privé ou dans le secteur public, peuvent être visées par des changements de la législation et doivent normalement faire face aux conséquences de ces changements pour leur activité, y compris l'impact sur le prix ou la demande de leurs produits. On peut citer à cet

égard plusieurs exemples : changements de la structure des déductions pour amortissement s'appliquant à des catégories entières de biens, qu'ils soient détenus par le secteur public ou par le secteur privé et liés ou non à des projets d'infrastructure ; réglementation touchant la santé et la sécurité des travailleurs du bâtiment pour tous les projets de construction et non pas seulement pour les projets d'infrastructure ; et changements de la réglementation concernant l'élimination des substances dangereuses. Les changements généraux de la législation peuvent être considérés comme un risque commercial ordinaire plutôt que comme un risque particulier aux activités du partenaire privé, et l'État pourra peut-être difficilement s'engager à protéger les exploitants d'infrastructures contre les conséquences économiques et financières de changements de la législation qui touchent de la même manière d'autres entités commerciales. C'est particulièrement vrai lorsque le PPP est entrepris par une autorité locale qui n'est pas placée sous le contrôle direct du gouvernement central, lequel conserve le pouvoir de réglementer le secteur concerné. C'est pourquoi il n'y a pas, à première vue, de raison que le partenaire privé ne supporte pas les conséquences des risques législatifs généraux, y compris le risque de coûts découlant de changements de la loi s'appliquant à l'ensemble du secteur auquel il appartient.

133. Lorsque le contrat de PPP prévoit des mécanismes de régulation tarifaire, le partenaire privé cherchera à obtenir de l'autorité contractante et de l'organisme de réglementation, selon le cas, l'assurance qu'il sera autorisé à recouvrer les dépenses supplémentaires entraînées par des changements législatifs en augmentant ses redevances. Lorsqu'il est impossible de donner une telle assurance, il est souhaitable d'habiliter l'autorité contractante à négocier avec le partenaire privé le dédommagement auquel il peut avoir droit si les mesures de régulation tarifaire ne l'autorisent pas à compenser pleinement une augmentation des coûts résultant de changements législatifs généraux. Il est recommandé d'inclure un tel scénario économique et financier dans les documents de préparation établis lors de la phase de planification (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 14) et dans le document contractuel.

134. Il en va autrement lorsque le partenaire privé voit ses coûts augmenter en raison de changements dans la législation qui visent le projet qui le concerne, une catégorie de projets analogues ou les PPP en général. De tels changements ne peuvent pas être considérés comme un risque commercial ordinaire et peuvent modifier considérablement les hypothèses économiques et financières sur la base desquelles le contrat de PPP a été négocié. Aussi l'autorité contractante accepte-t-elle souvent de supporter les coûts supplémentaires résultant d'une législation qui vise le projet considéré, une catégorie de projets analogues ou les PPP en général. Par exemple, dans les projets d'autoroutes, la législation visant un projet ou une société d'exploitation routière en particulier, ou encore la catégorie en question de projets routiers exploités par une entreprise privée, peut entraîner un ajustement

des redevances au titre des clauses pertinentes du contrat de PPP. Lorsque le PPP implique un investissement étranger, le partenaire privé peut éventuellement aussi invoquer les mécanismes de règlement des litiges prévus dans tout traité applicable relatif à la promotion ou à la protection des investissements (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 5).

b) Changements de la conjoncture économique

135. Dans certains systèmes juridiques, des règles autorisent une modification du contrat de PPP à la suite d'un changement des conditions économiques ou financières qui, sans empêcher l'exécution par une partie de ses obligations contractuelles, rend cette exécution plus risquée sur le plan financier que ce qui avait été prévu au moment de la conclusion du contrat de PPP. Dans certains systèmes juridiques, la possibilité d'une modification des clauses contractuelles est généralement implicite dans tous les contrats publics, ou est expressément prévue dans la législation pertinente. Dans certains pays, la modification du contrat peut aussi être ordonnée par un tribunal. Il importe toutefois de veiller à ce que l'autorité contractante ne se retrouve pas à devoir assumer une responsabilité illimitée en raison de principes juridiques généraux de ce genre.

i) Circonstances conduisant à la modification du contrat

136. Les considérations financières et économiques relatives à l'investissement du partenaire privé sont négociées à la lumière d'hypothèses fondées sur les circonstances prévalant au moment des négociations et des attentes raisonnables des parties quant à l'évolution probable de ces circonstances pendant tout le cycle de vie du projet. Dans une certaine mesure, des projections de paramètres économiques et financiers et parfois même une certaine marge de risque seront normalement incluses dans le scénario économique et financier contenu dans le dossier de soumission publié par l'autorité contractante et dans le traitement des propositions financières présentées par les soumissionnaires (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 73). Cependant, il peut se produire certains événements que les parties n'auraient pas pu raisonnablement anticiper lors de la négociation du contrat de PPP et qui, s'ils avaient été pris en considération, auraient entraîné une répartition différente des risques ou une contrepartie différente pour l'investissement du partenaire privé. Étant donné la durée des projets d'infrastructure, il importe de concevoir des mécanismes permettant de faire face à l'impact financier et économique de tels événements. Un certain nombre de pays appliquent donc des règles prévoyant la modification des contrats, qui se sont révélées utiles pour aider les parties à trouver des solutions équitables afin d'assurer la viabilité économique et financière, dans le temps, des projets d'infrastructure et d'éviter ainsi une défaillance du partenaire privé qui pourrait avoir des effets négatifs. Toutefois, ces règles peuvent aussi présenter quelques inconvénients, en particulier du point de vue des pouvoirs publics.

137. Comme les changements législatifs de caractère général, les changements de la conjoncture économique sont des risques auxquels s'exposent la plupart des entités commerciales, sans pouvoir recourir à une garantie générale des pouvoirs publics qui les protégerait contre les effets économiques et financiers de ces changements. Si l'autorité contractante s'oblige sans réserve à dédommager le partenaire privé en cas de changement de la conjoncture économique, le secteur public risque de se voir transférer une partie considérable des risques commerciaux qui sont initialement alloués au partenaire privé et représentent une obligation financière illimitée. En outre, il convient de noter que le niveau des redevances envisagé et les éléments essentiels de la répartition des risques constituent des facteurs importants, voire décisifs, dans la sélection du partenaire privé (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 84 à 87). Si l'on ouvre trop largement la voie à la renégociation du projet, on encourage certains à soumettre des propositions excessivement basses pendant la procédure de sélection, dans l'espoir d'une augmentation des redevances une fois le projet attribué. L'autorité contractante peut donc avoir intérêt à établir des limites raisonnables en ce qui concerne les modifications susceptibles d'être apportées au contrat de PPP en cas de changement de la conjoncture économique qui sont autorisées par les dispositions législatives ou contractuelles.

138. Il peut être souhaitable de prévoir dans le contrat de PPP qu'un changement de circonstances qui justifie une modification dudit contrat doit avoir échappé au contrôle du partenaire privé et être d'une nature telle que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de celui-ci qu'il le prenne en considération au moment de la négociation du contrat ou qu'il en évite ou surmonte les conséquences. Ainsi, on ne pourra peut-être pas attendre de l'exploitant d'une route à péage détenteur d'une concession exclusive qu'il prenne en considération et assume le risque d'une diminution du trafic routier résultant de l'ouverture ultérieure d'une autre route – sans péage, celle-ci – par une entité autre que l'autorité contractante. En revanche, le partenaire privé devrait normalement envisager la possibilité d'une augmentation raisonnable des coûts du travail au cours du cycle de vie du projet. Ainsi, dans des circonstances normales, le fait que les salaires dépassent le montant initialement prévu ne constituerait pas une raison suffisante pour modifier le contrat de PPP.

139. Il peut aussi être souhaitable de prévoir, dans le contrat de PPP, que pour demander une modification dudit contrat, il faut que les changements allégués des conditions économiques et financières représentent une certaine valeur minimale, proportionnelle au coût total du projet, tel que défini dans le dossier de soumission (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 73), ou aux recettes du partenaire privé. Une telle règle peut être utile pour éviter les négociations complexes pour de petits changements, en attendant que les changements accumulés représentent un chiffre important. Dans certains pays, des règles fixent un plafond pour le montant cumulatif des révisions périodiques du contrat de PPP. Elles ont pour but d'éviter un recours abusif au mécanisme de changement en vue d'obtenir un

équilibre financier général qui serait sans rapport avec celui qui était envisagé dans le contrat initial. Du point de vue du partenaire privé et des prêteurs, toutefois, de telles restrictions peuvent représenter un risque considérable en cas, par exemple, d'augmentation sensible des coûts résultant de profonds changements des circonstances. Il faut donc examiner avec soin à la fois l'opportunité d'introduire un tel plafond et le niveau auquel celui-ci doit être fixé.

ii) Étendue des modifications contractuelles admises

140. Les autorités contractantes devraient avoir la possibilité de prévoir de modifier un contrat de PPP dans des limites raisonnables. Pour ce faire, le meilleur moyen pour les parties consiste à insérer dans le contrat des clauses spécifiques de révision ou d'option prévoyant, par exemple, des mécanismes clairs d'ajustement ou d'indexation des prix (voir ci-dessus, par. 43 à 50), ou à déterminer précisément la portée des autres adaptations du contrat pouvant être rendues nécessaires par des difficultés techniques qui apparaissent lors de l'exploitation de l'ouvrage, comme toute intervention extraordinaire de maintenance qui peut s'avérer nécessaire pour assurer la continuité d'un service public (voir ci-dessus, par. 95 et 96).

141. Outre les modifications couvertes par un mécanisme de modification, d'indexation ou d'ajustement convenu dans le contrat, les autorités contractantes peuvent également être confrontées à des circonstances externes non prévues au moment de l'attribution du contrat de PPP. Il peut être souhaitable d'autoriser des modifications du contrat afin d'assurer la viabilité économique et pratique d'un contrat de PPP lorsque l'exécution du contrat d'origine devient nettement plus onéreuse en raison d'événements ou de changements que l'autorité contractante n'aurait pas pu prévoir malgré une préparation raisonnablement diligente de l'offre initiale, compte tenu de la nature et des caractéristiques du projet spécifique et des bonnes pratiques dans le domaine considéré. Dans le même temps, toutefois, il faudrait limiter le droit des parties de modifier le contrat afin d'éviter que la modification envisagée n'altère fondamentalement la nature du contrat dans son ensemble. Tel pourrait être le cas, par exemple, si les parties remplaçaient les travaux à exécuter ou les services à fournir par quelque chose de différent ou modifiaient fondamentalement le type d'accord de PPP (c'est-à-dire en passant d'un PPP concessif à un accord de partage des risques impliquant des paiements directs importants par l'autorité contractante).

142. Si l'on cherche à éviter les grosses modifications aux contrats de PPP, c'est pour préserver la transparence, l'intégrité et l'économie dans l'attribution et la gestion de ces contrats. En effet, du moins hypothétiquement, le résultat d'une procédure donnée d'attribution de marché aurait pu être différent si les conditions modifiées avaient été connues ou anticipées au moment de l'appel d'offres, de sorte qu'un autre soumissionnaire aurait peut-être présenté une proposition plus

avantageuse que la proposition effectivement retenue, offrant un meilleur rapport qualité-prix global pour l'autorité contractante. En principe, la loi devrait exiger une nouvelle procédure d'attribution en cas de modification substantielle du contrat initial concernant notamment la portée et le contenu des droits et obligations des parties, ou un changement dans la répartition des risques initialement envisagée.

143. Néanmoins, il devrait être possible d'apporter au contrat de PPP des modifications entraînant un changement mineur de la valeur du contrat, inférieur à un certain montant, sans qu'il soit nécessaire de mener une nouvelle procédure d'attribution de contrat. À cet effet et afin d'assurer la sécurité juridique, la loi pourrait prévoir des plafonds au-delà desquels des modifications peuvent uniquement être apportées au contrat de PPP dans des cas exceptionnels et expressément définis. Pour déterminer le plafond au-delà duquel une nouvelle procédure d'attribution sera nécessaire, la loi pourrait renvoyer à la valeur actuelle du contrat de PPP telle que définie dans la proposition retenue (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 77). Comme exemple de cas exceptionnel conduisant à la modification du contrat, on pourrait mentionner la nécessité de répondre aux demandes d'une autorité contractante en relation avec les exigences environnementales, de sécurité ou autres énoncées dans la législation qui pourraient évoluer avec le temps. Un autre exemple pourrait être la nécessité de refinancer le contrat de PPP. Ce genre de situation n'est pas inhabituel dans les gros projets de PPP et l'État pourra souhaiter faciliter les arrangements financiers permettant la continuation du projet de PPP.

144. Pour empêcher que l'on puisse contourner le seuil fixé, la loi pourrait aussi prévoir que lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur devrait être déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives. Ce calcul cumulatif pourrait s'appliquer uniquement à une durée déterminée, et pas à la durée globale du contrat de PPP.

5. *Empêchements exonératoires*

145. Au cours du cycle de vie d'un projet d'infrastructure, il peut se produire des événements qui empêchent une des parties de satisfaire à ses obligations contractuelles. Ces événements échappent normalement au contrôle des parties et peuvent être de nature matérielle, comme une catastrophe naturelle, ou le résultat d'une action humaine telle qu'une guerre, des émeutes ou une attaque terroriste. De nombreux systèmes juridiques reconnaissent généralement qu'une partie qui ne peut satisfaire à une obligation contractuelle en raison de certains types d'événements peut être exemptée des conséquences d'une telle défaillance. Ce concept, connu de longue date sous le nom de « force majeure », est bien défini, ce qui a des conséquences importantes pour les parties à un contrat de PPP.

a) *Définition des empêchements exonérateurs*

146. Les empêchements exonérateurs sont d'une double nature : il s'agit généralement d'événements qui échappent au contrôle d'une partie et la mettent dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, et qui n'ont pu être surmontés par l'exercice d'une diligence raisonnable. Les cas les plus courants sont les suivants : catastrophes naturelles (par exemple, cyclones, inondations, sécheresses, tremblements de terre, orages, incendies ou foudre) ; guerre (déclarée ou non) et autre activité militaire, y compris émeutes et troubles civils ; panne ou sabotage des installations ; actes de terrorisme, dommages criminels ou menace de tels actes ; contamination radioactive ou chimique ou rayonnements ionisants ; effets d'éléments naturels, y compris de conditions géologiques n'ayant pas pu être prévues et combattues ; et grève des employés d'une ampleur exceptionnelle.

147. Certaines lois font uniquement référence de manière générale aux empêchements, exonérateurs, tandis que d'autres énumèrent longuement les circonstances qui déchargent les parties de l'exécution au titre du contrat de PPP. Cette dernière méthode peut permettre d'assurer un traitement cohérent de la question pour tous les projets mis en œuvre dans le cadre de la législation pertinente, ce qui évite le cas où un partenaire privé obtient une répartition des risques plus favorable que celle qui a été accordée dans d'autres contrats de PPP. Toutefois, il est important d'examiner les inconvénients possibles de l'inclusion, dans les dispositions législatives ou réglementaires, d'une liste des circonstances considérées comme des empêchements exonérateurs dans tous les cas de figure. Cette liste risque en effet d'être incomplète et de ne pas comprendre certains empêchements importants. En outre, certaines catastrophes naturelles telles que les orages, les cyclones ou les inondations, peuvent constituer des conditions normales à un certain moment de l'année sur le site du projet. Dans ce cas, elles représentent un risque que tout prestataire de services publics de la région sera tenu d'assumer.

148. Un autre aspect qu'il peut falloir examiner soigneusement est le fait de savoir si et dans quelle mesure certains actes d'autorités publiques autres que l'autorité contractante peuvent constituer des empêchements exonérateurs. Le partenaire privé peut être tenu, pour s'acquitter de certaines de ses obligations, d'obtenir une licence ou toute autre approbation officielle. Le contrat de PPP pourrait donc stipuler que, si la licence ou l'approbation est refusée ou si elle est accordée puis retirée ultérieurement en raison de l'incapacité du partenaire privé à respecter les critères requis pour la délivrance de la licence ou de l'approbation, celui-ci ne peut invoquer ce refus comme étant un empêchement exonérateur. En revanche, si la licence ou l'approbation est refusée ou retirée pour des motifs extérieurs ou inappropriés, il serait équitable de stipuler que le partenaire privé peut invoquer ce refus en tant qu'empêchement exonérateur. On peut aussi envisager comme empêchement une interruption du projet provoquée par une autorité publique autre que l'autorité contractante, en raison par exemple d'un changement des plans

et des politiques du gouvernement qui exige l'interruption ou une révision importante du projet, en modifiant considérablement la conception initiale. Dans ce type de situation, il peut être important d'examiner la relation institutionnelle existant entre l'autorité contractante et l'autorité publique responsable de l'empêchement, ainsi que leur degré d'indépendance. Un événement classé comme empêchement exonératoire peut, dans certains cas, constituer une véritable violation du contrat de PPP par l'autorité contractante, dans la mesure où celle-ci pouvait raisonnablement contrôler ou influencer les actes de l'autre autorité publique.

b) Conséquences pour les parties

149. Pendant la phase de construction, la survenance d'empêchements exonératoires justifie généralement de prolonger le temps accordé pour achever l'ouvrage. À cet égard, il importe d'examiner les incidences de tout prolongement de ce type sur la durée globale du projet, en particulier lorsque la phase de construction est prise en compte pour calculer la durée totale du contrat de PPP. Les retards dans l'achèvement de l'ouvrage raccourcissent la période d'exploitation et peuvent influencer négativement sur les estimations globales de recettes du partenaire privé et des prêteurs. Il peut donc être souhaitable d'examiner les circonstances justifiant que l'on prolonge la durée du contrat de PPP de façon à prendre en compte les prolongations éventuelles survenant pendant la phase de construction.

150. Une autre question importante est le fait de savoir si le partenaire privé aura droit à une indemnisation pour perte de recettes ou dommage matériel résultant de la survenance d'empêchements exonératoires. La réponse à cette question est donnée par la répartition des risques prévue dans le contrat de PPP. Sauf pour les cas dans lesquels les pouvoirs publics prévoient une forme quelconque d'appui direct, les PPP sont généralement exécutés aux propres risques du partenaire privé, y compris le risque de pertes pouvant résulter de catastrophes naturelles et d'autres empêchements exonératoires, contre lequel il est généralement tenu de contracter une assurance adéquate. Ainsi, certaines législations excluent expressément toute forme d'indemnisation du partenaire privé en cas de perte ou dommage résultant de la survenance d'empêchements exonératoires. Cela ne signifie pas nécessairement, toutefois, qu'un événement qualifié d'empêchement exonératoire ne puisse pas, dans le même temps, justifier une révision des conditions du contrat de PPP de façon à rétablir son équilibre économique et financier (voir par. 135 à 144).

151. Cependant, un type différent de répartition des risques est parfois envisagé pour les projets nécessitant la construction d'ouvrages détenus en permanence par l'autorité contractante ou d'ouvrages qui doivent lui être transférés à la fin de la période de projet. Dans certains pays, l'autorité contractante est autorisée à prendre des dispositions pour aider le partenaire privé à réparer ou à reconstruire des ouvrages endommagés par des catastrophes naturelles ou des événements analogues définis dans le contrat de PPP, à condition que la possibilité d'une telle assistance

ait été envisagée dans la demande de propositions. Parfois, l'autorité contractante est autorisée à indemniser le partenaire privé en cas d'interruption des travaux dépassant un certain nombre de jours jusqu'à une durée maximale, si l'interruption est causée par un événement dont celui-ci n'est pas responsable.

152. Dans l'éventualité où le partenaire privé se trouve dans l'impossibilité d'exécuter les travaux en raison d'un tel empêchement et où les parties ne parviennent pas à s'accorder sur une révision du contrat, certaines législations nationales autorisent celui-ci à résilier le contrat de PPP, sans préjudice de l'indemnisation qui pourrait être due dans ces circonstances (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 53).

153. Les dispositions législatives et contractuelles relatives aux empêchements exonérateurs doivent également être examinées à la lumière des autres règles régissant l'offre du service concerné. La législation de certains pays exige que les prestataires de services publics fassent tout leur possible pour continuer à fournir le service malgré la survenance de circonstances définies comme empêchements contractuels (voir par. 95 et 96). Dans ces cas, il est souhaitable d'examiner dans quelle mesure une telle obligation peut raisonnablement être imposée au partenaire privé et quelle compensation peut être due pour les coûts additionnels et les difficultés auxquels ce dernier doit faire face.

154. Outre les mécanismes décrits ci-après, certains risques (conflits armés et émeutes par exemple) peuvent être partiellement couverts par des institutions financières internationales comme la Banque mondiale, à travers l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI), pour autant que le pays puisse bénéficier d'une telle couverture et que les conditions autrement applicables soient satisfaites (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 67).

6. Manquements et recours

155. En règle générale, il existe un grand nombre de recours dont les parties peuvent convenir pour faire face aux conséquences d'un manquement, recours pouvant aller jusqu'à la résiliation du contrat de PPP. Les paragraphes suivants offrent des considérations générales sur les manquements et sur les recours dont peuvent se prévaloir l'une et l'autre parties (voir par. 156 et 157). Ils examinent les incidences législatives de certains types de recours destinés à rectifier les causes du manquement et à assurer la continuité du projet, en particulier l'intervention de l'autorité contractante (voir par. 158 à 161) ou la substitution du partenaire privé (voir par. 162 à 165). Le recours ultime que constitue la résiliation du contrat de PPP et les conséquences pouvant découler de cette résiliation sont examinés ailleurs dans le *Guide* (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », sect. D et E).

a) Considérations générales

156. Les recours, en cas de manquement du partenaire privé, incluent généralement ceux qui sont habituellement prévus dans les contrats de construction ou de services à long terme : déchéance des garanties, sanctions contractuelles et dommages-intérêts spécifiés⁷. Dans la plupart des cas, ces recours sont de nature contractuelle et ne sont pas traités en détail dans la législation. Néanmoins, il importe d'établir des procédures adéquates concernant la constatation et la correction des défaillances. Dans certains pays, pour imposer des sanctions contractuelles, il faut produire les résultats d'inspections officielles et mettre en œuvre d'autres procédures, y compris, avant l'imposition de sanctions plus sévères, l'examen par des agents supérieurs de l'autorité contractante. Ces procédures peuvent être complétées par des dispositions établissant une distinction entre les vices susceptibles d'être rectifiés et ceux qui ne le sont pas, et fixant les procédures et recours correspondants. Bien qu'il ne soit pas toujours possible d'envoyer une notification préalable, surtout dans les situations d'urgence, l'autorité contractante devrait être tenue, en règle générale, d'adresser une notification au partenaire privé pour le mettre en demeure de remédier au manquement dans un délai raisonnable. Il peut également être souhaitable d'envisager le versement de pénalités ou de dommages-intérêts par le partenaire privé en cas d'inexécution d'obligations essentielles et de préciser qu'aucune sanction ne s'applique en cas d'inexécution d'obligations secondaires ou accessoires pour lesquelles la législation nationale prévoit d'autres recours. De surcroît, un système de suivi des résultats imposant des sanctions ou des dommages-intérêts peut être complété par un programme de bonus payables au partenaire privé en cas de résultats allant au-delà des conditions convenues.

157. Alors que l'autorité contractante peut se prémunir contre les conséquences d'un manquement du partenaire privé par diverses dispositions contractuelles exécutoires par voie judiciaire, les recours dont peut se prévaloir le partenaire privé en cas de manquement de l'autorité contractante peuvent être soumis à un certain nombre de restrictions en vertu du droit applicable. D'importantes restrictions peuvent découler de règlements nationaux ou internationaux accordant aux autorités publiques l'immunité contre toute poursuite judiciaire et mesure d'exécution. En fonction du statut juridique de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques qui assument des obligations vis-à-vis du partenaire privé, ce dernier peut se voir refuser la possibilité de faire appliquer des mesures d'exécution pour faire respecter des obligations contractées par ces entités publiques (voir aussi chap. VI, « Règlement des différends », par. 41 à 43). C'est pourquoi il est important de prévoir des mécanismes prémunissant le partenaire privé contre les conséquences d'un manquement de l'autorité contractante, par exemple au moyen de garanties de l'État

⁷ Pour une analyse des recours utilisés dans les contrats de construction d'installations industrielles complexes, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*, chap. XVIII, « Retards, vices et autres cas d'inexécution ».

couvrant certains manquements ou de garanties offertes par des tiers tels que des organismes de crédit multilatéraux (voir aussi chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 88 à 98).

b) Droits d'intervention de l'autorité contractante

158. Certaines législations nationales autorisent expressément l'autorité contractante à assurer temporairement l'exploitation de l'ouvrage, généralement en cas de défaillance du partenaire privé, en particulier lorsqu'elle est tenue par la loi d'assurer la fourniture effective et permanente du service concerné. Dans certains systèmes juridiques, cette prérogative est inhérente à la plupart des contrats publics et peut être présumée exister même lorsqu'elle n'est pas expressément mentionnée dans la législation ou dans le contrat de PPP.

159. On notera que le « droit d'intervention » de l'autorité contractante est une mesure extrême. Autrement, les investisseurs privés pourraient craindre qu'elle ne l'utilise ou menace de l'utiliser afin d'imposer ses propres vues sur la façon dont le service doit être fourni, voire pour prendre le contrôle des biens du projet. Il est donc souhaitable de définir aussi clairement que possible les cas dans lesquels ce droit d'intervention peut être exercé. Il importe de le limiter aux cas de dysfonctionnement grave du service et non aux cas de simple insatisfaction devant les résultats du partenaire privé. Il peut être utile de préciser dans la législation que l'intervention de l'autorité contractante dans le projet est temporaire et est destinée à remédier à un problème spécifique urgent que le partenaire privé n'a pas été en mesure de régler. Ce dernier devrait assumer à nouveau la responsabilité de la prestation du service une fois le problème résolu.

160. L'aptitude de l'autorité contractante à intervenir peut être limitée par le fait qu'il peut être difficile de trouver et d'engager immédiatement un sous-contractant pour remédier à la situation ayant motivé l'intervention de l'autorité contractante. De surcroît, en intervenant fréquemment, l'autorité contractante peut avoir à assumer de nouveau des risques qui avaient été transférés, dans le contrat de PPP, au partenaire privé. Ce dernier ne devrait pas compter sur l'intervention de l'autorité contractante pour faire face à un risque particulier au lieu de l'assumer lui-même, comme l'exige le contrat de PPP.

161. Il est souhaitable de préciser, dans le contrat de PPP, quelle partie supporte le coût d'une intervention de l'autorité contractante. Dans la plupart des cas, c'est le partenaire privé qui devrait supporter les coûts encourus par l'autorité contractante lorsque l'intervention est due à une défaillance qui lui est imputable. Dans certains cas, pour prévenir des différends quant à la responsabilité et au niveau approprié des coûts, l'accord peut autoriser l'autorité contractante à intervenir pour remédier au problème elle-même, puis à facturer le coût réel de cette intervention (y compris ses propres dépenses administratives) au partenaire privé. Lorsque,

cependant, cette intervention a lieu après à la survenance d'un empêchement exonérateur (voir par. 145 à 154), les parties peuvent convenir d'une solution différente, en fonction de la façon dont ce risque particulier a été attribué dans le contrat de PPP.

c) Droits d'intervention des prêteurs

162. Pendant le cycle de vie du projet, il peut arriver qu'en dépit d'un manquement du partenaire privé ou de la survenance d'un événement extraordinaire échappant à son contrôle, les parties aient néanmoins intérêt à éviter qu'il soit mis fin au projet en permettant que celui-ci soit poursuivi sous la responsabilité d'un partenaire privé différent. Les prêteurs, dont la principale garantie est liée aux recettes tirées du projet, s'inquiéteront particulièrement du risque d'interruption ou de résiliation du projet avant le remboursement de leurs prêts. En cas de manquement ou d'empêchement du partenaire privé, les prêteurs auront intérêt à faire en sorte que les travaux ne soient pas laissés inachevés et que le contrat de PPP reste profitable. L'autorité contractante peut également avoir intérêt à ce que le projet soit poursuivi par un nouveau partenaire privé, pour ne pas avoir à intervenir et à le poursuivre sous sa propre responsabilité.

163. Des clauses permettant aux prêteurs de sélectionner, avec le consentement de l'autorité contractante, un nouveau partenaire privé pour exécuter le projet dans le cadre du contrat de PPP existant ont été incluses dans plusieurs accords récents portant sur d'importants projets d'infrastructure. Ces clauses sont généralement complétées par un accord direct entre l'autorité contractante et les prêteurs qui accordent des financements au partenaire privé. Ce type d'accord direct a principalement pour objectif de permettre aux prêteurs de prévenir la résiliation par l'autorité contractante en cas de manquement du partenaire privé en substituant à celui-ci un partenaire privé qui continuera d'exécuter le projet dans le cadre du contrat de PPP, en lieu et place de son prédécesseur défaillant. À la différence du droit d'intervention de l'autorité contractante, qu'elle peut exercer en cas de dysfonctionnement spécifique, temporaire et grave du service, le droit d'intervention des prêteurs s'applique aux cas où l'incapacité du partenaire privé à fournir le service est récurrente ou peut raisonnablement être considérée comme irrémédiable. Les pays qui ont récemment recouru à de tels accords directs ont constaté que la possibilité de prévenir la résiliation en proposant un autre partenaire privé donnait aux prêteurs une garantie supplémentaire contre un éventuel manquement du partenaire privé. Dans le même temps, elle permet à l'autorité contractante d'éviter l'interruption résultant d'une résiliation du contrat de PPP et d'assurer ainsi la continuité du service.

164. Dans certains pays, cependant, l'application de ces clauses peut être difficile en l'absence de disposition législative à cet effet. L'incapacité du partenaire privé à s'acquitter de ses obligations est généralement invoquée par l'autorité contractante

pour reprendre l'exploitation de l'ouvrage ou résilier l'accord (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 16 à 26). Pour sélectionner un nouveau partenaire privé qui succédera à son prédécesseur défaillant, l'autorité contractante doit souvent suivre les mêmes procédures que pour la sélection du partenaire privé initial, et il peut lui être impossible de s'entendre, en consultation avec les prêteurs, sur un nouveau partenaire privé qui n'aura pas été sélectionné conformément à ces procédures. D'autre part, même lorsque l'autorité contractante est autorisée, en cas d'urgence, à négocier avec un nouveau partenaire privé, il se peut qu'elle doive conclure avec lui un nouveau contrat de PPP. Or, le nouveau partenaire privé ne sera peut-être pas à même d'assumer totalement les obligations de son prédécesseur.

165. Il peut donc être utile de reconnaître à l'autorité contractante, dans la législation, le droit de conclure avec les prêteurs des accords prévoyant la désignation, avec son consentement, d'un nouveau partenaire privé chargé d'exécuter le contrat de PPP existant dans l'éventualité où le partenaire privé initial ferait gravement défaut à son obligation de fournir le service requis aux termes dudit contrat, ou en cas de survenance d'autres événements spécifiés qui pourraient justifier la résiliation dudit contrat. L'accord entre l'autorité contractante et les prêteurs devrait notamment préciser les points suivants : les circonstances dans lesquelles les prêteurs seraient autorisés à substituer un nouveau partenaire privé ; les procédures de remplacement du partenaire privé ; les motifs de refus par l'autorité contractante d'un substitut proposé ; et l'obligation qu'auraient les prêteurs d'assurer la fourniture du service au niveau et dans les conditions stipulées dans le contrat de PPP.

V. Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP

A. Remarques générales

1. La plupart des contrats de PPP ont une durée déterminée à la fin de laquelle, selon le type de projet, le partenaire privé transfère à l'autorité contractante la responsabilité de l'exploitation du service ou de l'ouvrage, ou l'autorité contractante décide de soumettre le contrat à un nouvel appel d'offres. La section B examine les éléments à prendre en compte lors de l'établissement de la durée du contrat de PPP. La section C traite de la question de savoir si, et dans quelles circonstances, le contrat de PPP peut être prorogé. La section D passe en revue les circonstances qui peuvent autoriser la résiliation du contrat de PPP avant la date de son expiration. Enfin, la section E aborde les conséquences de l'expiration ou de la résiliation du contrat de PPP, y compris le transfert des biens du projet et l'indemnisation à laquelle chacune des parties peut prétendre au moment de la résiliation, ainsi que la liquidation du projet, notamment le démantèlement de l'infrastructure.

B. Durée du contrat de PPP

2. La législation de certains pays contient des dispositions qui limitent la durée des concessions d'infrastructure ou des PPP à un nombre d'années déterminé. Certaines législations posent une limite générale pour la plupart des projets d'infrastructure ou de PPP et des limites spéciales pour les projets réalisés dans certains secteurs. Dans d'autres pays, enfin, il n'est imposé de durée maximum que dans certains secteurs d'infrastructure.

3. Du point de vue du partenaire privé, il faut que le contrat de PPP dure suffisamment longtemps pour lui permettre de recouvrer son investissement et de réaliser un bénéfice raisonnable. Du point de vue de l'autorité contractante, il faut que le contrat dure en principe aussi longtemps que le service est susceptible d'être requis, mais soit également compatible avec la stratégie d'investissement du pays et la politique de concurrence du secteur concerné, en tenant compte du verrouillage de marchés que pourraient causer des projets de PPP longs et exclusifs. Outre ces deux considérations de base, la durée souhaitable d'un contrat de PPP peut dépendre de divers facteurs, essentiellement :

a) *Des facteurs techniques.* L'ingénierie et d'autres facteurs techniques jouent un rôle important dans la détermination de la durée idéale d'un contrat de PPP. La phase de construction, qui correspond normalement au financement initial, comporte généralement le risque le plus élevé d'événements perturbateurs (retard d'achèvement, dépassement des coûts et autres risques évoqués au chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 30 à 32), qu'il faut prendre en compte dans l'établissement de la durée globale du projet. Après la construction, la durée de la phase d'exploitation devrait également refléter les attentes relatives au fonctionnement de l'équipement ou des biens principaux ou essentiels à partir d'une estimation du nombre d'années pendant lesquelles cet équipement ou ces biens sont susceptibles de rester en service pour générer des recettes rentables, y compris la probabilité que la technologie requise pour le projet change ;

b) *Des facteurs financiers.* D'un point de vue financier, la durée optimale du projet sera définie par diverses méthodes de capitalisation, comme le délai de récupération, la valeur actuelle nette, le taux de rendement interne ou le rapport temps/coût. Un élément clef est le temps dont le partenaire privé a besoin pour rembourser ses dettes et amortir l'investissement initial. La notion d'« amortissement » économique, dans ce contexte, renvoie à l'imputation progressive des investissements réalisés sur les recettes du projet dans l'hypothèse où l'infrastructure n'aurait aucune valeur résiduelle à l'expiration de ce dernier.

4. Comme il est difficile de fixer par voie législative une limite de durée qui s'appliquerait à tous les projets de PPP, il est souhaitable d'envisager des solutions qui laissent à l'autorité contractante une certaine marge de manœuvre pour négocier, dans chaque cas, une durée appropriée compte tenu des caractéristiques du projet. Dans certains cas, la durée du contrat est un des facteurs d'une formule (« moindre valeur actualisée des recettes ») utilisée pendant la procédure de sélection pour déterminer quel soumissionnaire sera retenu (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 84). Lorsque ce système est utilisé, les parties conviennent d'une durée de contrat qui permette au partenaire privé d'atteindre le niveau global des recettes prévu dans son offre. Pour toutes ces options, il convient que l'approche législative concernant la durée des contrats soit souple. Les pays qui ont établi des mécanismes institutionnels de suivi des contrats de PPP et de renforcement des capacités de négociation et de gestion de ces partenariats (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 47) peuvent émettre, à l'intention des autorités contractantes, des lignes directrices ou des conseils sur la durée qu'il est souhaitable ou approprié de donner au contrat en fonction de la nature du projet, compte tenu de l'expérience passée.

5. Certains systèmes juridiques assurent la souplesse voulue par des lois qui exigent que tous les contrats de PPP soient sujets à une limitation de durée, sans toutefois spécifier le nombre d'années. Parfois, la loi se borne à indiquer les éléments qui doivent être pris en compte pour déterminer la durée du PPP, par exemple la

nature et le montant de l'investissement que doit effectuer le partenaire privé ou la période normale d'amortissement des ouvrages et installations. Certaines lois portant sur des projets ou des secteurs spécifiques prévoient un système mixte dans lequel la durée maximum du contrat de PPP va jusqu'à la fin d'une période donnée ou jusqu'à la date, si celle-ci est antérieure, à laquelle le partenaire privé a remboursé intégralement ses dettes et à laquelle a été atteint un certain niveau de recettes, de production ou d'utilisation. Une législation souple concernant la durée des contrats de PPP peut permettre de répondre aux besoins particuliers et aux paramètres financiers du projet par des solutions sur mesure, par exemple lorsque l'autorité contractante et le partenaire privé sont convenus d'un projet à échéance variable ou flottante pouvant être prorogée automatiquement dans certaines circonstances (voir ci-dessous, par. 10).

6. Toutefois, lorsqu'il est jugé nécessaire de limiter par voie législative la durée du PPP, le délai fixé doit être assez long pour laisser au partenaire privé le temps de rembourser intégralement ses dettes et de dégager un profit raisonnable. Enfin, il peut être utile, dans des cas exceptionnels, d'autoriser l'autorité contractante à convenir de périodes plus longues, compte tenu du montant de l'investissement à effectuer et du temps qu'il faudra pour l'amortir, et sous réserve de procédures d'approbation spéciales.

C. Prorogation du contrat de PPP

7. Dans la pratique contractuelle de certains pays, l'autorité contractante et le partenaire privé peuvent convenir de prolonger une ou plusieurs fois la durée du PPP. Toutefois, le droit interne n'autorise le plus souvent la prorogation du contrat de PPP que dans des circonstances exceptionnelles. Dans ce cas, l'autorité contractante est normalement tenue de sélectionner un nouveau partenaire privé à l'expiration du contrat de PPP, en recourant habituellement aux mêmes procédures que celles qui avaient été appliquées pour sélectionner le partenaire privé du moment (pour une description des procédures de sélection, voir chap. III, « Attribution du contrat »).

8. Un certain nombre de pays ont jugé utile d'exiger que les contrats de PPP, en particulier ceux qui incluent des concessions exclusives pour la fourniture d'un service public, fassent de temps à autre l'objet d'une nouvelle soumission et ne soient pas librement prorogés par les parties. Le renouvellement périodique de l'appel d'offres peut fortement inciter le partenaire privé à obtenir de bons résultats. Pour fixer la période qui s'écoule entre l'attribution initiale du contrat et le premier renouvellement (et les renouvellements ultérieurs) de l'appel d'offres, il faudrait tenir compte du niveau des investissements et des autres risques supportés par le partenaire privé. Pour les PPP qui portent entre autres sur la collecte de déchets

solides, activité qui n'exige pas d'investissement important en capital fixe, la périodicité peut être relativement courte (entre trois et cinq ans, par exemple), alors que des périodes plus longues seront peut-être souhaitables pour ceux qui exigent des niveaux élevés d'investissement, tels les PPP qui portent sur la distribution d'électricité ou d'eau dans lesquels le partenaire privé aura construit de nouveaux ouvrages ou réseaux, ou réalisé d'importants travaux d'extension ou de remise en état d'ouvrages ou de réseaux existants. Dans la plupart des pays, le renouvellement de l'appel d'offres coïncide avec la fin du projet, mais dans certains, un contrat peut être attribué pour une longue période (quatre-vingt-dix-neuf ans, par exemple) avec renouvellement périodique de l'appel d'offres (tous les dix ou quinze ans, par exemple). Dans ce dernier mécanisme, qui a été adopté dans quelques pays, le premier renouvellement intervient avant que le partenaire privé n'ait pleinement recouvré sa mise. À titre d'incitation de l'exploitant titulaire, certaines législations disposent que la préférence pourra lui être accordée au détriment d'autres candidats dans l'octroi de contrats de PPP ultérieurs pour la même activité. Toutefois, le titulaire pourra exiger un dédommagement s'il ne remporte pas l'appel d'offres suivant. Le fait que le candidat sélectionné soit tenu de rembourser le titulaire pour compenser ses droits patrimoniaux et les investissements non encore récupérés réduit le risque à long terme que courent les investisseurs et les prêteurs, et leur offre une précieuse voie de sortie (voir par. 42 et 43).

9. Nonobstant ces considérations, il est souhaitable de ne pas exclure totalement la possibilité de négocier, dans certaines circonstances spécifiques, une prorogation de la période de PPP. La durée d'un projet d'infrastructure est un élément central de l'évaluation de sa faisabilité et de son « rapport qualité-prix » (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 6 à 14). Elle est aussi l'un des principaux facteurs pris en considération dans la négociation des arrangements financiers et a une incidence directe sur le prix des services fournis par le partenaire privé. Les parties jugeront peut-être que la prorogation du contrat de PPP (venant se substituer à d'autres mécanismes de dédommagement ou associée à ces derniers) peut être une option utile pour faire face à des empêchements ou à d'autres changements de circonstances inattendus intervenant durant la vie du projet. Il peut s'agir d'une des circonstances suivantes : prorogation pour compenser une suspension du projet ou un manque à gagner dû à des empêchements (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 145 à 154) ; prorogation pour compenser une réduction imprévue des flux de recettes, y compris liée à des mesures réglementaires tendant au contrôle des prix et des redevances à un niveau dépassant la marge envisagée dans le contrat (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 49 et 50) ; prorogation pour compenser une suspension du projet par l'autorité contractante ou par d'autres autorités publiques (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 148) ; ou prorogation pour permettre au partenaire privé de couvrir les dépassements de coûts dus à des conditions défavorables imprévues

(d'ordre géologique ou météorologique, par exemple) sur le site de construction ou de recouvrer le coût lié à des retards de construction ou à des travaux supplémentaires qui se sont révélés nécessaires dans le cadre de l'ouvrage et que le partenaire privé ne pourrait pas recouvrer pendant la durée normale du contrat de PPP sans hausse de coût déraisonnable (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 81 à 84).

10. Une prorogation de contrat visant à faire face à ces situations peut faire l'objet d'un mécanisme automatique prévu dans le contrat ou être le fruit d'un accord entre les parties, lorsque le contrat prévoit cette possibilité. La première possibilité peut, en particulier lorsque le contrat associe la prorogation à une valeur actualisée du revenu convenue au préalable et calculée sur le cycle de vie du PPP, avoir l'avantage de limiter la place laissée à l'appréciation et au jugement subjectif dans la détermination de la durée de la prorogation. En tout état de cause, dans un souci de transparence et afin de réduire les possibilités de corruption, il faudrait que le contrat énonce clairement les circonstances susceptibles d'autoriser sa prorogation et que les résultats du partenaire privé aient fait l'objet d'un suivi adéquat (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 91 et 92). Pour les mêmes raisons, dans certains pays, la prorogation de la durée d'un PPP fait l'objet d'une limite cumulative globale ou doit être approuvée par une autorité publique spécialement désignée.

D. Résiliation

11. Le droit interne aborde souvent les motifs de résiliation d'un contrat de PPP avant la date de son expiration et les conséquences d'une résiliation anticipée. Habituellement, la loi autorise les parties à résilier le contrat de PPP à la suite de certains types d'événements. L'intérêt majeur de toutes les parties qui interviennent dans un PPP est de veiller à ce que l'ouvrage soit achevé et exploité de façon satisfaisante et, dans le cas des PPP concessifs, à ce que le service public considéré soit fourni sans interruption et dans de bonnes conditions. Dans la pratique, la résiliation est une cause fréquente de différends et de litiges et un motif invoqué de façon récurrente à l'appui des demandes relatives à des investissements internationaux (voir chap. VI, « Règlement des différends », par. 5, et chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 4 à 6). Étant donné les graves conséquences d'une résiliation, le service pouvant en effet être interrompu, voire supprimé, et les coûts du litige qui en découle, la résiliation devrait, dans la plupart des cas, être considérée comme une mesure de dernier recours. Les conditions de l'exercice de ce droit par l'une ou l'autre partie devraient être soigneusement examinées. Elles ne doivent pas nécessairement être identiques, mais il est en général souhaitable, en la matière, de parvenir à un équilibre équitable des droits et des conditions pour les deux parties.

12. Outre la nécessité de recenser les circonstances ou les catégories d'événements qui peuvent donner lieu au droit de résilier le contrat de PPP, il est souhaitable que les parties envisagent des procédures appropriées pour déterminer s'il existe des raisons valables de le résilier. Il importe, en particulier, de savoir si le contrat peut être résilié unilatéralement ou si cette résiliation requiert la décision d'un organe juridictionnel ou autre de règlement des différends.

13. Habituellement, le partenaire privé n'a pas le droit de résilier sans raison le contrat de PPP et, dans certains systèmes juridiques, toute résiliation par le partenaire privé, même en cas de contravention de la part de l'autorité contractante, requiert un jugement définitif. Dans certains pays, cependant, en vertu des règles applicables aux contrats conclus avec des entités publiques, un tel droit peut être exercé par des autorités publiques, sous réserve du versement d'une indemnité au partenaire privé. Dans d'autres pays, toutefois, une exception est faite dans le cas des concessions de services publics, dont la nature contractuelle est jugée incompatible avec des droits de résiliation unilatéraux. Enfin, certains systèmes juridiques ne reconnaissent pas de droits de résiliation unilatéraux aux autorités publiques. Toutefois, les investisseurs et les prêteurs pourraient s'inquiéter du risque de résiliation prématurée ou injustifiée par l'autorité contractante, même lorsque la décision de résilier peut être soumise à examen par le biais du mécanisme de règlement des différends. Il convient également de noter que le fait de donner à l'autorité contractante le droit unilatéral de résilier le contrat de PPP ne saurait remplacer de manière adéquate un mécanisme contractuel bien conçu de suivi des résultats ou des garanties d'exécution appropriées (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 88 à 104 et 117 à 129).

14. Ainsi, les dispositions régissant la résiliation devraient être mises en parallèle avec les recours en cas de contravention prévus dans le contrat de PPP. En particulier, il est utile d'établir une distinction entre les conditions de résiliation et les conditions d'intervention de l'autorité contractante (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 158 à 161). Il importe également de considérer les droits de résiliation de l'autorité contractante par rapport aux accords de financement négociés par le partenaire privé avec ses prêteurs. Dans la plupart des cas, les faits qui peuvent conduire à la résiliation du contrat de PPP constitueraient aussi des cas de défaillance en vertu des accords de prêt, de sorte que la totalité de l'encours de la dette du partenaire privé pourrait devenir immédiatement exigible. Il conviendrait dès lors d'essayer d'éviter le risque de résiliation en permettant aux prêteurs de proposer un autre partenaire privé lorsque la résiliation du contrat de PPP avec le partenaire privé initial paraît imminente (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 162 à 165).

15. À la lumière de ce qui précède, il est en général souhaitable de soumettre la résiliation du contrat de PPP à une conclusion définitive de l'organe de règlement

des différends stipulé dans le contrat. Une telle disposition limiterait les craintes que pourrait susciter un recours prématuré ou injustifié à la résiliation. Par ailleurs, cela n'empêcherait pas l'adoption de mesures propres à assurer la continuité du service en attendant la décision finale de l'organe de règlement des différends, pour autant que des recours contractuels en cas de contravention, comme un droit d'intervention de l'autorité contractante et des prêteurs, soient prévus dans le contrat de PPP. Dans les pays où une telle exigence ne serait pas conforme aux principes généraux du droit applicable aux contrats publics, il pourrait être important de garantir, pour le moins, que le droit dont jouit l'autorité contractante de résilier le contrat de PPP ne porte pas préjudice à celui dont jouit le partenaire privé de solliciter un examen juridictionnel subséquent de la décision prise par l'autorité contractante de résilier le contrat.

1. Résiliation par l'autorité contractante

16. Les droits de résiliation de l'autorité contractante sont liés en général à trois types de motifs : manquement grave du partenaire privé ; insolvabilité du partenaire privé ; ou résiliation pour des raisons d'intérêt général.

a) Manquement grave du partenaire privé

17. Lorsque le contrat prévoit la prestation de services publics au titre d'une forme quelconque de « concession » (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 18 et 19), l'autorité contractante doit veiller à ce que ces services soient fournis conformément aux lois, règlements et dispositions contractuelles applicables. C'est pourquoi un certain nombre de législations nationales lui reconnaissent expressément le droit de résilier le contrat de PPP en cas de manquement du partenaire privé. Cependant, compte tenu des perturbations qu'entraîne la résiliation et de la nécessité d'assurer la continuité du service, il n'est pas souhaitable de considérer cette mesure comme une sanction pour tous les cas où les résultats du partenaire privé ne donnent pas satisfaction. Au contraire, il est en général souhaitable de ne recourir à cette solution extrême qu'en cas de défaillance « particulièrement grave » ou « répétée », notamment dans les circonstances où l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le partenaire privé puisse ou veuille s'acquitter de ses obligations conformément au contrat de PPP. De nombreux systèmes juridiques utilisent des termes techniques spécifiques pour caractériser les situations où le degré de manquement d'une partie contractante est tel que l'autre partie peut résilier la relation contractuelle avant sa date d'expiration (« contravention essentielle », « violation patente » ou d'autres expressions analogues, par exemple). Dans le *Guide*, ces situations sont qualifiées de « manquements graves ».

18. Le fait de circonscrire la possibilité de résiliation aux cas de manquement grave peut donner aux prêteurs et aux investisseurs l'assurance qu'ils seront protégés

contre des décisions déraisonnables ou prématurées de l'autorité contractante. La loi peut prévoir de manière générale que l'autorité contractante a le droit de résilier le contrat de PPP en cas de manquement grave du partenaire privé, en laissant audit contrat le soin de définir plus précisément cette notion et en en donnant, s'il y a lieu, des exemples. D'un point de vue pratique, il n'est pas souhaitable d'essayer, par voie législative ou dans le contrat de PPP, de dresser une liste des cas qui justifieraient la résiliation. En général, la gravité et les conséquences du manquement du partenaire privé à ses obligations dépendront de la phase du projet à laquelle le manquement survient (voir ci-dessous, par. 21 à 26).

19. Un type de manquements que le droit interne considère habituellement comme étant suffisamment grave pour justifier la résiliation du contrat de PPP indépendamment de la phase de projet à laquelle le manquement est détecté regroupe les violations graves du droit pénal du pays par le partenaire privé et ses agents, et les condamnations pénales prononcées en vertu du droit du pays du partenaire privé ou d'un pays tiers. Toutes les formes de corruption d'agents publics en lien avec l'attribution ou la gestion de contrats publics ou avec la délivrance de licences ou d'autorisations, que cela concerne spécifiquement ou non un contrat de PPP, sont des motifs largement reconnus de résiliation d'un contrat de PPP. Depuis l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies contre la corruption¹, les États assument l'obligation internationale de lutter contre ces pratiques, et nombre d'entre eux poursuivraient les actes de corruption même commis à l'étranger pour autant qu'ils l'aient été par leurs ressortissants ou portent préjudice aux intérêts nationaux. Comme autres exemples d'infractions pénales justifiant souvent la résiliation au regard du droit interne, on peut citer : *a*) la participation à une organisation criminelle ; *b*) la fraude ; *c*) les infractions terroristes ou liées à des activités terroristes ; *d*) le blanchiment d'argent ou le financement du terrorisme ; ou *e*) d'autres infractions graves au sens de l'alinéa b de l'article 2 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée². En de tels cas, la résiliation serait justifiée dès lors que le partenaire privé, en tant que personne morale, a commis ces infractions, mais aussi lorsque la personne objet d'une condamnation définitive est membre de l'organe d'administration, de gestion ou de surveillance du partenaire privé ou est investie de pouvoirs de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

¹ La Convention a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 58/4 du 31 octobre 2003 et elle est entrée en vigueur le 14 décembre 2005.

² À savoir, « un acte constituant une infraction passible d'une peine privative de liberté dont le maximum ne doit pas être inférieur à quatre ans ou d'une peine plus lourde » (Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 55/25 du 15 novembre 2000, entrée en vigueur le 29 septembre 2003). Des exemples courants d'infractions graves visées dans le droit interne sont le meurtre, le viol, l'enlèvement, le vol simple, qualifié ou avec effraction, le recel, l'extorsion, le trafic de drogues, la soustraction, la corruption, la fraude, la contrefaçon de monnaie, le blanchiment d'argent, le trafic d'armes à feu, le travail des enfants et d'autres formes de trafic d'êtres humains.

20. Hormis la situation exposée au paragraphe précédent, qui peut exiger une sanction immédiate, il est souhaitable, en règle générale, qu'avant d'utiliser un recours, l'autorité contractante accorde au partenaire privé un délai supplémentaire pour qu'il s'acquitte de ses obligations et pare aux conséquences de son manquement. Il faudrait, par exemple, l'aviser de la nature des problèmes constatés et lui demander d'y remédier dans un certain délai. On pourrait également donner aux prêteurs et aux garants, selon le cas, la possibilité de remédier au manquement du partenaire privé, par exemple en engageant temporairement une tierce partie pour ce faire, conformément aux clauses des cautions de bonne exécution fournies à l'autorité contractante ou aux clauses d'un accord direct passé entre les prêteurs et l'autorité contractante (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 117 à 129 et 162 à 165). Le contrat de PPP peut également prévoir que, s'il n'est pas remédié aux problèmes avant l'expiration du délai fixé, l'autorité contractante peut résilier le contrat, sous réserve d'en aviser au préalable les prêteurs et de leur donner la possibilité d'exercer, entre la notification de la résiliation et la date effective de celle-ci, tout droit de substitution dont ils peuvent se prévaloir conformément à un accord direct conclu entre eux et l'autorité contractante. Le contrat de PPP peut aussi prévoir un report de cette date, si l'autorité contractante et les prêteurs en conviennent. Il convient, cependant, de fixer des délais raisonnables, car on ne peut s'attendre à ce que l'autorité contractante supporte indéfiniment le coût d'une violation du contrat de PPP par le partenaire privé. En outre, ces procédures doivent s'entendre sans préjudice du droit qu'a l'autorité contractante d'intervenir pour prévenir le risque d'une interruption du service par le partenaire privé (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 158 et 159).

i) Manquement grave avant le début de la construction

21. Parmi les cas qui justifient souvent la résiliation du contrat de PPP avant le début de la construction, on citera notamment les exemples suivants de manquement du partenaire privé :

- a) L'incapacité d'entreprendre la construction de l'ouvrage ;
- b) L'incapacité de commencer à exécuter le projet ; ou
- c) L'incapacité de soumettre les plans et les études techniques nécessaires dans les délais fixés à partir de l'attribution du contrat de PPP.

22. En principe, la résiliation devrait être réservée aux cas où l'autorité contractante ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le partenaire privé sélectionné prenne les mesures nécessaires pour commencer à exécuter le projet. À cet égard, il importe que l'autorité contractante prenne en considération toutes les circonstances qui pourraient excuser le retard pris par le partenaire privé pour s'acquitter de ses obligations. En outre, le partenaire privé ne devrait pas subir les conséquences

de l'inaction ou d'une erreur de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques. Par exemple, la résiliation du contrat de PPP ne se justifierait normalement pas lorsque le partenaire privé, pour des raisons indépendantes de sa volonté, ne parvient pas à obtenir des pouvoirs publics, dans les délais convenus, les licences et autorisations requises.

ii) Manquement grave pendant la phase de construction

23. Parmi les cas qui peuvent justifier la résiliation du contrat de PPP pendant la phase de construction, on citera notamment :

a) L'incapacité de respecter les règles de construction, les spécifications ou les normes minimales de conception et d'exécution, et l'incapacité inexcusable d'achever les travaux dans les délais convenus ;

b) L'incapacité de respecter les lois impératives et les normes obligatoires relatives au travail, les lois relatives à la sécurité sociale et les normes d'ordre public connexes ;

c) L'incapacité de fournir ou de renouveler les garanties requises dans les clauses de l'accord ;

d) La violation d'autres obligations légales ou contractuelles essentielles.

24. La résiliation devrait être proportionnée à la gravité du manquement du partenaire privé et aux conséquences de ce manquement pour l'autorité contractante. Celle-ci peut, par exemple, avoir un intérêt légitime à préciser la date à laquelle les travaux de construction doivent être achevés et serait de ce fait qualifiée à considérer un retard dans l'achèvement des travaux comme un manquement et, partant, comme un motif de résiliation. Toutefois, un retard, en particulier s'il n'est pas excessif au regard des spécifications du contrat de PPP, ne devrait peut-être pas constituer à lui seul une raison suffisante de résiliation lorsque l'autorité contractante est par ailleurs convaincue de l'aptitude du partenaire privé à achever les travaux de construction conformément aux normes de qualité requises, et de son engagement à mener sa tâche à bien.

iii) Manquement grave pendant la phase d'exploitation

25. Parmi les cas de manquement qui justifient en général, selon le cas, la résiliation du contrat pendant la phase d'exploitation, on citera notamment :

a) La grave incapacité de fournir les services conformément aux normes de qualité légales et contractuelles, y compris le non-respect des mesures de contrôle des prix applicables à un PPP concessif ;

b) La suspension ou l'interruption inexcusable de la fourniture des services requis en vertu du contrat sans le consentement préalable de l'autorité contractante ;

c) La grave incapacité du partenaire privé d'assurer la maintenance de l'ouvrage ainsi que du matériel et des dépendances qui y sont associés conformément aux normes de qualité convenues, ou un retard inexcusable dans l'exécution des travaux de maintenance conformément aux plans, programmes et calendriers convenus ;

d) Le non-respect des sanctions infligées par l'autorité contractante ou l'organisme réglementaire, selon le cas, pour violation des obligations du partenaire privé.

26. La possibilité de résilier le contrat de PPP lorsque le partenaire privé ne respecte pas les décisions réglementaires ou les sanctions infligées par l'autorité contractante montre qu'il est nécessaire de prévoir des mécanismes de prévention et de règlement des différends dans ledit contrat (voir chap. VI, « Règlement des différends », par. 5 à 9). Il en va de même pour la résiliation du contrat de PPP lorsque le partenaire privé est reconnu coupable de fraude fiscale ou d'autres types d'actes frauduleux, ou lorsque ses agents ou salariés sont impliqués dans la corruption d'agents publics ou se livrent à d'autres pratiques de corruption (voir ci-dessus, par. 18). Ce dernier cas de figure souligne également qu'il importe de concevoir des mécanismes efficaces pour combattre la corruption active et passive et donner au partenaire privé la possibilité de porter plainte en cas de demandes de versements illégaux ou de contraintes illégales exercées par des fonctionnaires du pays hôte (voir également chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 55 à 57).

b) Insolvabilité du partenaire privé

27. En général, les services d'infrastructure doivent être assurés de manière continue et c'est pourquoi la plupart des législations nationales exigent que le contrat de PPP soit résilié si le partenaire privé est déclaré insolvable ou en faillite. Afin de garantir la continuité du service, les biens corporels et incorporels qui doivent être cédés à l'autorité contractante peuvent être exclus de la procédure d'insolvabilité et la loi peut exiger l'approbation préalable des pouvoirs publics pour tout acte de disposition, par un liquidateur ou un administrateur de l'insolvabilité, d'une catégorie quelconque de biens détenus par le partenaire privé dans le cadre du projet de PPP.

28. Dans les systèmes juridiques qui autorisent la constitution de sûretés réelles sur la concession elle-même (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 64 et 65), la loi dispose habituellement que l'autorité contractante peut, en consultation avec les créanciers garantis, désigner un administrateur temporaire pour assurer la continuité du service considéré, en attendant que lesdits créanciers parties à la procédure d'insolvabilité décident, sur recommandation de l'administrateur de l'insolvabilité, si l'activité doit être poursuivie ou si le droit d'exploiter la concession doit faire l'objet d'un appel d'offres.

c) *Résiliation pour des raisons d'intérêt général*

29. Dans la pratique contractuelle de certains pays, les autorités publiques qui font exécuter des travaux de construction conservent habituellement le droit de résilier le contrat pour des raisons d'intérêt général (c'est-à-dire sans avoir à fournir d'autre justification que l'intérêt de l'État). Dans certains pays de *common law*, ce droit, parfois dénommé droit de « résiliation au gré de l'autorité contractante », ne peut être exercé que s'il est expressément prévu par une loi ou dans le contrat. Plusieurs systèmes juridiques de tradition romano-germanique reconnaissent également aux autorités publiques le pouvoir analogue de résilier un contrat pour des raisons d'intérêt général. Dans certains pays, ce droit peut être tacite pour l'autorité contractante publique, même en l'absence d'une disposition légale ou contractuelle explicite à cet effet. Le droit qu'ont les pouvoirs publics de résilier un contrat pour des raisons d'intérêt général, dans les systèmes juridiques qui reconnaissent une telle notion, est jugé essentiel pour préserver le pouvoir discrétionnaire qu'ont ces pouvoirs d'exercer leurs fonctions qui ont une incidence sur le bien public.

30. Néanmoins, les conditions de l'exercice de ce droit et ses conséquences devraient être soigneusement examinées. La détermination de ce qui constitue l'intérêt général peut relever de la discrétion des pouvoirs publics, de sorte que la décision que prendrait l'autorité contractante de résilier le contrat de PPP ne pourrait être contestée que dans des cas particuliers (motif illicite, détournement de pouvoir, par exemple). Toutefois, un droit général et absolu de résilier le contrat de PPP pour des raisons d'intérêt général peut représenter un risque impondérable que ni le partenaire privé ni les prêteurs ne seraient prêts à accepter sans garanties suffisantes qu'ils seraient rapidement dédommagés pour le préjudice subi. Si elle est envisagée, la possibilité de résilier un contrat pour des raisons d'intérêt général devrait donc être portée à la connaissance des investisseurs potentiels dès que possible et être expressément mentionnée dans le projet de contrat de PPP communiqué avec la demande de propositions (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 76). L'indemnisation exigible en cas de résiliation pour des raisons d'intérêt général peut, dans la pratique, viser les éléments qui sont pris en compte dans le calcul de l'indemnisation due pour résiliation en cas de manquement grave de l'autorité contractante (voir par. 51 ; on trouvera par ailleurs au paragraphe 54 un examen détaillé des arrangements financiers en cas de résiliation pour des raisons d'intérêt général). En outre, il est en général souhaitable de limiter l'exercice du droit de résilier le contrat de PPP aux cas où la résiliation est nécessaire pour des raisons impératives d'intérêt général, qui devraient être interprétées de façon restrictive (par exemple, lorsque des changements majeurs intervenus ultérieurement dans les politiques et plans des pouvoirs publics nécessitent l'intégration d'un projet dans un réseau plus large ou lorsque des changements intervenus dans les plans de l'autorité contractante exigent d'importantes révisions du projet qui affectent sensiblement sa conception initiale ou sa faisabilité commerciale en cas d'exploitation

par le secteur privé). En particulier, il n'est pas souhaitable de considérer le droit de résiliation pour des raisons d'intérêt général comme un moyen de substitution à d'autres recours contractuels lorsque les résultats obtenus par le partenaire privé ne donnent pas satisfaction (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 155 à 165).

2. *Résiliation par le partenaire privé*

31. Si, dans certains systèmes juridiques, l'autorité contractante peut conserver le droit absolu de résilier le contrat de PPP, les motifs de résiliation par le partenaire privé sont, par contre, habituellement limités aux cas de manquement grave de l'autorité contractante ou à d'autres cas exceptionnels, et ne comprennent normalement pas le droit général de résilier le contrat à son gré. En outre, certains systèmes juridiques ne reconnaissent pas au partenaire privé le droit de résilier le contrat de PPP unilatéralement, mais uniquement celui de demander à un tiers, tel que le tribunal compétent, de déclarer la résiliation du contrat.

a) *Manquement grave de l'autorité contractante*

32. En général, le droit qu'a le partenaire privé de résilier le contrat de PPP est limité aux cas où il a été constaté que l'autorité contractante a manqué à une partie importante de ses obligations (notamment par l'incapacité d'effectuer les versements convenus au partenaire privé ou celle de délivrer les licences requises pour l'exploitation de l'ouvrage, pour des raisons indépendantes de la volonté du partenaire privé). Dans les systèmes juridiques où l'autorité contractante est en droit de demander que le projet soit modifié ou remanié, le partenaire privé peut avoir le droit de résilier le contrat de PPP si l'autorité contractante remanie ou modifie le projet initial d'une manière qui accroît sensiblement le montant des investissements requis et si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le montant approprié du dédommagement (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 81 à 84).

33. En dehors des cas de manquement grave de l'autorité contractante elle-même, il pourrait être équitable d'autoriser la résiliation du contrat par le partenaire privé si celui-ci ne peut s'acquitter de ses obligations en raison de faits imputables à des autorités publiques autres que l'autorité contractante, comme l'inaptitude à fournir l'appui nécessaire à l'exécution du contrat de PPP (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 61 à 86).

34. Si la résiliation du contrat par le partenaire privé ne nécessite pas toujours une décision définitive prononcée par un organe de règlement des différends juridictionnel ou autre, il peut y avoir des limites aux recours dont dispose le partenaire privé en cas de manquement de l'autorité contractante. Conformément à une règle

de droit appliquée dans de nombreux systèmes juridiques, une partie au contrat peut refuser de s'acquitter de ses obligations en cas de violation par l'autre d'une part importante de ses propres obligations. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, cette règle ne s'applique pas aux contrats publics et la loi dispose au contraire que les entrepreneurs œuvrant dans le domaine public ne sont pas déchargés de leurs obligations uniquement en raison d'une violation du contrat par l'autorité contractante, à moins que le contrat ne soit annulé en vertu de la décision d'une juridiction étatique ou arbitrale, et seulement après qu'une telle décision a été prise.

35. Les limites au droit qu'a le partenaire privé de refuser de s'acquitter de ses obligations visent en général à assurer la continuité des services publics (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 95 et 96). Il convient de noter, toutefois, que si l'autorité contractante peut atténuer les conséquences d'un manquement du partenaire privé en usant de son droit d'intervention, le partenaire privé ne dispose pas, en général, d'un recours comparable. En cas de manquement grave de l'autorité contractante, il peut subir un préjudice très important, voire irréparable, en fonction du temps requis pour obtenir une décision finale le libérant des obligations qu'il a contractées en vertu du contrat de PPP. Ces circonstances soulignent l'importance des garanties offertes par l'État en ce qui concerne les obligations assumées par les autorités contractantes (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 71 à 76) et la nécessité d'autoriser les parties à choisir des mécanismes de règlement des différends rapides et efficaces (voir chap. VI, « Règlement des différends », par. 3 à 49).

b) Évolution des conditions

36. Les législations nationales autorisent souvent le partenaire privé à résilier le contrat de PPP si les résultats attendus de lui ont été rendus sensiblement plus onéreux par une modification imprévue des conditions et si les parties n'ont pu s'entendre sur une révision appropriée de nature à adapter le contrat de PPP à l'évolution de la situation (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 135 à 144). Le partenaire privé aurait également le droit de résilier le contrat si l'autorité contractante ne respectait pas les dispositions contractuelles destinées à préserver l'équilibre économique du contrat (les clauses d'ajustement et d'indexation, par exemple).

3. Résiliation par l'une ou l'autre partie

a) Empêchement d'exécution

37. Certaines législations prévoient que les parties peuvent résilier le contrat de PPP si l'exécution de leurs obligations est rendue définitivement impossible par une circonstance définie dans le contrat comme un empêchement exonératoire (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP »,

par. 146 à 148). À cet égard, il est souhaitable de prévoir, dans le contrat de PPP, que si l'empêchement exonératoire persiste pendant une certaine période ou si la durée cumulative de deux ou de plusieurs empêchements exonératoires dépasse une certaine période, l'accord peut être résilié par l'une ou l'autre partie. Si l'exécution du projet est rendue impossible par des facteurs juridiques (modification de la législation ou décision de justice touchant la validité du contrat de PPP, par exemple), le droit de résiliation peut ne pas être assorti d'un délai et être exercé dès que la législation a été modifiée ou que tout autre obstacle juridique prend effet.

b) Consentement mutuel

38. Certaines législations nationales autorisent les parties à résilier le contrat de PPP par consentement mutuel, sous réserve, habituellement, de l'approbation d'une autorité supérieure. L'autorité contractante peut avoir besoin d'une autorisation spécifique des organes législatifs dans les systèmes juridiques où la résiliation par consentement mutuel risque d'entraîner une interruption du service public dont l'autorité contractante pourrait être tenue responsable.

E. Conséquences de l'expiration ou de la résiliation du contrat de PPP

39. Les conséquences de l'expiration ou de la résiliation du contrat dépendront du type et de la structure de PPP (PPP « concessif » ou « non concessif », par exemple) et de la nature du projet (pour un aperçu des divers types de PPP, voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 14 à 16). En général, pour les PPP concessifs, l'expiration ou la résiliation du contrat entraîne l'extinction du droit qu'a le concessionnaire d'exploiter l'ouvrage, de fournir le service requis et d'être rétribué pour cela. Dans ce cas, à moins que l'infrastructure ne soit détenue définitivement par le concessionnaire, l'expiration ou la résiliation du contrat de PPP nécessite souvent le transfert de biens à l'autorité contractante ou à un autre concessionnaire qui entreprend d'exploiter l'ouvrage. La situation peut être différente pour les PPP non concessifs, notamment lorsque le partenaire privé reste propriétaire des biens du projet. Cela peut avoir d'importantes conséquences financières que les parties doivent traiter en détail dans le contrat de PPP, en particulier en cas de résiliation par l'une ou l'autre partie. Les parties doivent également convenir de diverses mesures de liquidation pour assurer dans de bonnes conditions le transfert de la responsabilité de l'exploitation de l'ouvrage et de la prestation du service.

1. Transfert de biens associés au projet

40. Dans la plupart des cas, les biens corporels et incorporels initialement mis à la disposition du partenaire privé ainsi que d'autres éléments intéressant le PPP

doivent être rendus à l'autorité contractante au moment de l'expiration ou de la résiliation du contrat (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 22 à 28). Dans un projet de type « construction-exploitation-transfert », le partenaire privé serait également tenu de transférer à l'autorité contractante l'infrastructure matérielle et d'autres biens associés au projet au moment de l'expiration ou de la résiliation du contrat. Les biens qui doivent être transférés à l'autorité contractante comprennent souvent des biens incorporels, comme les créances en cours et d'autres droits existant au moment du transfert. En fonction du projet, les biens à transférer peuvent comprendre une technologie ou un savoir-faire particulier (voir par. 56 à 60). Il convient de noter que dans certains PPP, les biens sont transférés directement et automatiquement au nouveau partenaire privé sélectionné qui succédera au partenaire privé titulaire pour fournir le service considéré.

a) Transfert de biens à l'autorité contractante

41. Différents arrangements peuvent être requis selon le type de biens à transférer (voir. chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 27) :

a) Biens devant être transférés à l'autorité contractante. Dans la tradition juridique de certains pays, à la fin du projet de PPP, le partenaire privé est tenu de transférer sans frais à l'autorité contractante ces biens exempts de toute hypothèque et charge, à l'exception des dédommagements pour les améliorations apportées aux biens ou pour leur modernisation en vue d'assurer la continuité du service, dont le coût n'a pas encore été recouvré par le partenaire privé. Dans la pratique, une telle règle pré-suppose que soient négociés une période de contrat suffisamment longue ainsi qu'un niveau de recettes suffisamment élevé pour permettre au partenaire privé d'amortir pleinement son investissement et de rembourser intégralement ses dettes. D'autres législations permettent une plus grande souplesse en autorisant l'autorité contractante à dédommager le partenaire privé pour la valeur résiduelle, le cas échéant, des biens qu'il a construits ou des autres investissements qu'il a consentis dans des installations matérielles ou des systèmes ;

b) Biens pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré. Si l'autorité contractante décide d'exercer son droit d'acquérir ces biens, le partenaire privé a normalement droit à un dédommagement correspondant à leur juste valeur marchande au moment de l'acquisition. Toutefois, s'il était prévisible que ces biens seraient entièrement amortis (à savoir si les arrangements de financement du partenaire privé ne prévoyaient aucune valeur résiduelle), alors les parties conviennent généralement d'un prix symbolique. Dans la pratique contractuelle de certains pays, il est courant que soit accordée à l'autorité contractante une sûreté sur les biens à titre de garantie de transfert effectif ;

c) *Biens demeurant la propriété privée du partenaire privé.* En général, il s'agit de biens dont le partenaire privé peut librement disposer ou qu'il peut librement retirer.

b) *Transfert de biens à un nouveau partenaire privé*

42. Comme indiqué précédemment, à l'expiration du contrat de PPP, l'autorité contractante voudra peut-être soumettre le contrat à un nouvel appel d'offres plutôt que d'exploiter elle-même l'ouvrage (voir par. 7). À cette fin, il peut être utile que la loi exige du partenaire privé qu'il mette les biens à la disposition d'un nouveau partenaire privé. Pour garantir une transition fluide et la continuité du service, le partenaire privé devrait être tenu de coopérer avec son successeur lors de la remise des biens considérés. Le transfert des biens peut nécessiter le versement de dédommagements au partenaire privé qui passe la main, selon que les biens ont été ou non amortis.

43. Un élément important à prendre en considération à cet égard est la structure de la proposition financière formulée par le partenaire privé pendant le processus de sélection (voir également chap. III, « Attribution du contrat », par. 76). Dans les PPP d'infrastructure publique, l'un des principes de base des propositions financières des soumissionnaires est que tous les biens à construire ou à acquérir pour le PPP seront entièrement amortis (c'est-à-dire que leur coût sera entièrement recouvert) pendant le cycle de vie du PPP. Ainsi, les propositions financières ne prévoient normalement pas de valeur résiduelle des biens à la fin de la période de PPP. Dans ce cas, il peut ne pas y avoir, de prime abord, de raison d'exiger du nouveau partenaire privé le versement d'un quelconque dédommagement au partenaire privé initial, lequel peut être tenu de mettre tous les biens à la disposition de son successeur gratuitement ou moyennant une simple contrepartie symbolique. En effet, si le partenaire privé a obtenu le rendement qu'il escomptait pour son investissement, tout paiement effectué par son successeur représenterait un coût supplémentaire qui devrait être financé à terme par les prix appliqués par ce dernier conformément au deuxième contrat. Toutefois, si le niveau des redevances envisagé dans la proposition initiale du partenaire privé tablait sur une valeur résiduelle des biens à la fin de la période du PPP, ou si la proposition financière tablait sur d'importantes recettes provenant de tiers, le partenaire privé pourrait prétendre à une indemnisation pour les biens cédés à son successeur.

c) *État des biens au moment du transfert*

44. Lorsque des biens sont remis à l'autorité contractante ou directement transférés à un nouveau partenaire privé à l'expiration du PPP, le partenaire privé est en général tenu de les transférer exempts d'hypothèques ou de charges et dans l'état voulu pour le fonctionnement normal de l'infrastructure, compte tenu des

besoins du service. Le droit qu'a l'autorité contractante de recevoir ces biens dans un tel état de fonctionnement est complété, dans certaines législations, par l'obligation imposée au partenaire privé de maintenir et de transférer les biens dans l'état qu'exige une maintenance prudente et d'offrir une garantie d'un type ou d'un autre à cet effet (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 127). Lorsque l'autorité contractante demande que les biens lui soient remis dans un état prédéterminé, les conditions qu'elle impose devraient être raisonnables. S'il peut être raisonnable qu'elle demande à ce que les biens aient une durée de vie résiduelle définie, elle ne devrait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'ils soient comme neufs. En outre, ces exigences peuvent ne pas être applicables en cas de résiliation du contrat de PPP, en particulier si la résiliation intervient avant la fin de la phase de construction.

45. Il est souhaitable d'établir des procédures claires qui permettent d'évaluer et de déterminer l'état des biens qui doivent être transférés à l'autorité contractante. Il peut être utile, par exemple, de constituer un comité comprenant des représentants de l'autorité contractante et du partenaire privé pour établir si l'ouvrage est dans l'état prescrit et conforme aux critères pertinents énoncés dans le contrat de PPP. Celui-ci peut aussi prévoir la désignation et le mandat d'un tel comité auquel peut être dévolu le pouvoir de demander au partenaire privé de prendre des mesures raisonnables pour réparer l'ouvrage ou éliminer tout défaut ou insuffisance constatés. Il peut être souhaitable de prévoir une inspection spéciale qui interviendrait en temps utile, bien avant l'expiration du contrat (au moins un an avant, mais parfois plus tôt encore), après quoi l'autorité contractante pourrait demander au partenaire privé de prendre des mesures de maintenance supplémentaires pour faire en sorte que les biens soient en bon état au moment du transfert. L'autorité contractante souhaitera peut-être demander, dans le contrat de PPP, que le partenaire privé offre des garanties spéciales pour assurer la remise de l'ouvrage dans des conditions satisfaisantes. Elle pourrait s'appuyer sur ces garanties pour financer la réparation des biens endommagés.

2. Arrangements financiers au moment de la résiliation

46. La résiliation du contrat de PPP peut intervenir avant que le partenaire privé ait pu recouvrer son investissement, rembourser ses dettes et dégager les bénéfices attendus, ce qui peut lui causer des pertes importantes. L'autorité contractante peut également subir des pertes, car il est possible qu'elle doive faire des investissements supplémentaires ou engager de fortes dépenses afin, par exemple, d'achever l'ouvrage ou de continuer à fournir les services pertinents. De ce fait, les contrats de PPP comportent en général des dispositions détaillées traitant des obligations et droits financiers des parties au moment de la résiliation. La résiliation d'un contrat de PPP peut générer d'importants passifs éventuels, que l'autorité contractante doit

évaluer correctement dans sa matrice des risques aux tout premiers stades de la planification du projet (voir. chap. 2, « Planification et préparation du projet », par. 15 et 16). En outre, les versements effectifs que l'autorité contractante effectue – que ce soit à titre d'indemnisation de la résiliation ou de paiement ordinaire pour le transfert de biens – peuvent nécessiter l'allocation de ressources budgétaires suffisantes, qu'elle devra peut-être solliciter bien avant la date d'exigibilité des versements.

47. Les paragraphes ci-après portent sur les différents facteurs que les autorités contractantes et les partenaires privés prennent habituellement en considération lorsqu'ils définissent les normes concernant l'indemnisation à laquelle chacune des parties peut prétendre en cas de résiliation du contrat de PPP. À cet égard, il importe d'établir une distinction entre les normes d'indemnisation convenues contractuellement et les dommages-intérêts à verser en cas de résiliation abusive. Dans ce dernier cas, les versements viennent se substituer à une réparation intégrale et ont pour objet de placer la partie lésée dans une situation essentiellement identique à celle dans laquelle elle se serait trouvée si l'autre partie n'avait pas résilié le contrat de façon abusive³. Le versement d'indemnités convenues contractuellement, quant à lui, n'a généralement pas un caractère substitutif ou punitif, et correspond habituellement à ce que les parties considèrent comme une indemnisation équitable des investissements consentis et des éventuels manques à gagner découlant de la résiliation anticipée du contrat.

48. Trois grandes démarches sont utilisées pour déterminer le montant de l'indemnité : a) une démarche fondée sur les revenus, qui détermine la valeur d'une entreprise à partir de ses revenus actuels et futurs en appliquant les méthodes de l'actualisation des flux monétaires, de la valeur actualisée ajustée ou de la capitalisation des flux monétaires ; b) une démarche fondée sur le marché, qui consiste à comparer le projet considéré et la valeur marchande d'une entreprise ou d'un titre de propriété comparable telle qu'attestée par le prix auquel il a été vendu ; c) enfin, une démarche fondée sur les biens, qui utilise soit la valeur comptable, soit la valeur de remplacement des biens concernés par l'indemnisation. Ces trois méthodes peuvent servir à définir les paramètres du calcul de l'indemnité à verser en cas de résiliation d'un contrat de PPP, et varient en général selon le stade auquel la

³ La norme d'indemnisation en droit international coutumier a été définie d'une manière générale par la Cour permanente de justice internationale dans les termes suivants : « Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international. » (*Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, *fond*, 1928, CPJI (série A), n° 17 (13 septembre), p. 47).

résiliation intervient et les motifs de la résiliation. Pour déterminer les paramètres d'indemnisation, cependant, on se fonde habituellement sur les éléments suivants :

a) *Encours de la dette, participation au capital et bénéfices attendus.* La résiliation du projet figure normalement parmi les cas de défaillance dans les accords de prêt du partenaire privé. Dans la mesure où ces accords comprennent en général une « clause d'exigibilité immédiate » en vertu de laquelle l'intégralité de la dette peut devenir exigible au moment où survient une défaillance, la perte immédiate subie par le partenaire privé au moment de la résiliation du contrat de PPP peut inclure le montant de la dette impayée. La question de savoir si et dans quelle mesure le partenaire privé peut être indemnisé par l'autorité contractante dépend habituellement du motif de la résiliation du contrat. Une indemnisation partielle peut être limitée à un montant correspondant à la valeur des travaux exécutés de façon satisfaisante par le partenaire privé, alors qu'une indemnisation intégrale couvrirait l'ensemble de l'encours de la dette. Une autre catégorie de perte parfois prise en compte dans les accords d'indemnisation a trait à la perte de la participation au capital par le partenaire privé, dans la mesure où un tel investissement n'est pas encore recouvré au moment de la résiliation. Enfin, la résiliation prive également le partenaire privé des bénéfices que l'ouvrage aurait pu lui procurer. Bien que le manque à gagner ne soit généralement pas considéré comme un réel préjudice, il se peut que, dans des circonstances exceptionnelles (comme une résiliation abusive par l'autorité contractante), la valeur alors estimée des bénéfices escomptés soit prise en compte dans l'indemnité due au partenaire privé ;

b) *Degré d'achèvement, valeur résiduelle et amortissement des biens.* Les régimes d'indemnisation contractuelle correspondant à diverses causes de résiliation prévoient en général une indemnisation proportionnée au degré d'achèvement des travaux au moment de la résiliation. La valeur de l'ouvrage est habituellement déterminée en fonction de l'investissement nécessaire à sa construction (en particulier si la résiliation intervient pendant la phase de construction), du coût de remplacement ou de la valeur « résiduelle » de l'ouvrage. La valeur résiduelle signifie la valeur marchande de l'infrastructure au moment de la résiliation. La valeur marchande peut être difficile à déterminer, voire inexistante, pour certains types d'infrastructure matérielle (comme les ponts ou les routes) ou pour les ouvrages dont la durée d'exploitation est proche de son terme. Parfois, on peut estimer la valeur résiduelle en prenant en compte l'utilité attendue de l'ouvrage pour l'autorité contractante. Toutefois, il peut être difficile d'établir la valeur d'ouvrages inachevés, en particulier si le montant de l'investissement que doit encore consentir l'autorité contractante pour rendre l'ouvrage opérationnel dépasse celui effectivement investi par le partenaire privé. En tout état de cause, le montant de la valeur résiduelle est rarement réglé dans son intégralité, en particulier lorsque les recettes dégagées du projet constituent la seule rémunération de l'investissement du partenaire privé. Ainsi, au lieu de percevoir une indemnisation

complète correspondant à la valeur de l'ouvrage, le partenaire privé reçoit souvent une indemnisation correspondant uniquement à la valeur résiduelle des biens qui n'ont pas encore été entièrement amortis au moment de la résiliation.

a) *Résiliation due à un manquement du partenaire privé*

49. En général, le partenaire privé n'a pas droit à des dommages-intérêts lorsque la résiliation est due à un manquement de sa part. C'est même lui qui peut être dans l'obligation d'en verser à l'autorité contractante, bien que, dans la pratique, une entreprise défaillante dont les dettes sont déclarées exigibles par ses créanciers ait rarement des moyens financiers encore suffisants pour régler effectivement ces dommages-intérêts, ce qui souligne l'importance des cautionnements et autres garanties d'exécution que le partenaire privé peut être tenu d'apporter (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 118 et 119).

50. Il convient de noter que la résiliation pour manquement, même lorsqu'elle est considérée comme une sanction pour défaut grave d'exécution, ne devrait pas avoir pour conséquence l'enrichissement injuste de l'une ou l'autre partie. Ainsi, même dans les PPP dans lesquels le partenaire privé construit un ouvrage destiné à être transféré à terme à l'autorité contractante, la résiliation ne donne pas nécessairement à l'autorité contractante le droit de reprendre des biens sans rémunérer le partenaire privé. Pour régler équitablement cette question, on peut établir une distinction entre les différents types de biens, selon les arrangements y relatifs envisagés dans le contrat de PPP (voir par. 40) :

a) *Biens devant être transférés à l'autorité contractante.* Lorsque le contrat de PPP requiert le transfert automatique des biens du projet à l'autorité contractante à l'expiration du contrat, la résiliation pour manquement n'implique pas habituellement une indemnisation du partenaire privé pour les biens considérés, à l'exception de la valeur résiduelle des travaux correctement exécutés, dans la mesure où ils n'ont pas encore été amortis par le partenaire privé ;

b) *Biens pouvant être acquis par l'autorité contractante, à son gré.* Une indemnisation financière peut être indiquée lorsque l'autorité contractante a le choix d'acquérir les biens à la valeur du marché à l'expiration du contrat de PPP, ou le droit de demander que cette possibilité soit donnée au nouvel attributaire du projet. Toutefois, il peut être légitime d'envisager une indemnisation financière inférieure à la valeur totale des biens de manière à encourager le partenaire privé à améliorer ses résultats. De même, il n'est peut-être pas nécessaire que l'indemnisation couvre le montant total du remboursement de l'encours de la dette du partenaire privé. Il est souhaitable de fixer les détails de la formule d'indemnisation financière dans le contrat de PPP (c'est-à-dire de déterminer si elle couvre la valeur désagrégée des biens ou le montant le moins élevé entre l'encours de la dette et la valeur des usages concurrents) ;

c) *Biens restant la propriété du partenaire privé.* Pour ce qui est des biens dont il est propriétaire et qui n'entrent pas dans les catégories a ou b ci-dessus, le partenaire privé peut généralement les retirer et en disposer, de sorte qu'il est rarement nécessaire de prévoir des accords d'indemnisation. Une situation différente peut toutefois se présenter dans le cas de projets entièrement privatisés, où tous les biens, y compris ceux qui sont essentiels pour la fourniture des services, sont la propriété du partenaire privé. L'autorité contractante peut alors, pour assurer la continuité des services, juger nécessaire de les reprendre, même si cela n'est pas prévu dans le contrat de PPP. Dans de tels cas, il est généralement admis que l'autorité contractante devrait indemniser le partenaire privé sur la base de la juste valeur marchande des biens. Le contrat de PPP peut toutefois prévoir que l'indemnité sera réduite du montant des frais supportés par l'autorité contractante pour exploiter l'installation ou engager un autre exploitant.

b) *Résiliation due à un manquement de l'autorité contractante*

51. En général, le partenaire privé a droit à une indemnisation intégrale pour le préjudice subi du fait de la résiliation du contrat pour des motifs attribuables à l'autorité contractante. Cette indemnisation comprend habituellement une indemnité correspondant à la valeur des travaux et des installations, dans la mesure où ils n'ont pas déjà été amortis, ainsi qu'au préjudice subi, y compris le manque à gagner. D'ordinaire, celui-ci est calculé sur la base des recettes perçues par le partenaire privé durant les exercices précédents, lorsque la résiliation intervient pendant la phase d'exploitation, ou sur celle d'une projection des bénéfices escomptés pendant la durée prévue initialement. Le partenaire privé peut avoir droit à une indemnisation intégrale au titre de la dette et du capital social, y compris le coût du service de la dette et le manque à gagner.

c) *Résiliation pour d'autres motifs*

52. Lorsqu'on prévoit des accords d'indemnisation en cas de résiliation due à des circonstances sans rapport avec un manquement de l'une ou l'autre partie, il peut être utile d'établir une distinction entre les empêchements exonérateurs et la résiliation déclarée par l'autorité contractante pour des raisons d'intérêt général ou d'autres motifs analogues.

i) *Résiliation due à des empêchements exonérateurs*

53. Par définition, les empêchements exonérateurs sont indépendants de la volonté des parties, et, en règle générale, la résiliation dans ces circonstances ne peut donner lieu à des demandes d'indemnisation par l'une ou l'autre partie. Dans certains cas, toutefois, il pourrait être équitable de prévoir un dédommagement pour le partenaire privé, par exemple une juste indemnisation pour les travaux déjà

réalisés, en particulier lorsque les biens, en raison de leur nature spécialisée, ne peuvent être retirés ou mis à profit par le partenaire privé, mais peuvent être utilisés par l'autorité contractante pour fournir le service requis (un pont, par exemple). Toutefois, dans la mesure où, en de tels cas, la résiliation ne saurait être attribuée à l'autorité contractante, l'indemnisation du partenaire privé pourrait ne pas être obligatoirement « intégrale » (à savoir remboursement de la dette, du capital social et du manque à gagner).

ii) Résiliation pour raison d'intérêt général

54. Lorsque le contrat de PPP reconnaît à l'autorité contractante le droit de résilier l'accord pour raison d'intérêt général (voir par. 30), l'indemnisation du partenaire privé porte en général sur les mêmes éléments que ceux à prendre en compte dans une indemnisation pour résiliation due à un manquement de l'autorité contractante (voir par. 51), mais pas nécessairement de façon intégrale. Pour déterminer le montant équitable de l'indemnité à verser au partenaire privé, il peut être utile d'établir une distinction entre la résiliation pour raison d'intérêt général pendant la phase de construction et la résiliation pendant la phase d'exploitation :

a) Résiliation pendant la phase de construction. Si le contrat de PPP est résilié pendant la phase de construction et d'investissement, les accords d'indemnisation peuvent suivre la pratique habituellement appliquée dans le cadre des grands contrats de travaux qui autorisent la résiliation au gré de l'autorité contractante. Dans ce cas, l'entrepreneur a généralement droit à la part du prix correspondant aux travaux de construction exécutés de façon satisfaisante ainsi qu'au remboursement des dépenses engagées et des pertes subies en raison de la résiliation du contrat. Toutefois, dans la mesure où normalement, l'autorité contractante ne verse aucune somme pour les travaux de construction exécutés par le partenaire privé, le principal critère pour calculer l'indemnité devrait être, en général, le montant de l'investissement total effectivement engagé par le partenaire privé jusqu'au moment de la résiliation, y compris toutes les sommes réellement déboursées au titre des facilités de prêt accordées au partenaire privé pour exécuter les travaux de construction conformément au contrat de PPP, et les dépenses afférentes à l'annulation des accords de prêts. Le risque de résiliation pendant la phase de construction représente un risque majeur pour le financement des projets de PPP. Afin d'atténuer ce risque et d'améliorer les perspectives de financement des projets dans lesquels l'autorité contractante paie pour les travaux réalisés par le partenaire privé, certains pays émettent des certificats négociables à échéance périodique correspondant au montant des investissements réalisés au cours de la période considérée (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 51 et 52). Dans ce système, en cas de résiliation anticipée du contrat de PPP, tout montant reconnu mais non encore acquitté par l'autorité contractante est automatiquement inclus dans la somme

résiduelle due par celle-ci en tant qu'investissement non amorti. Les incidences financières globales de cette forme de prise en charge indirecte du risque lié à la construction par l'autorité contractante, que l'on retrouve dans certains modèles de PPP, doivent être soigneusement examinées à l'étape de planification du projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 30 à 32). Il convient également de déterminer si, et dans quelle mesure, le partenaire privé peut avoir le droit de recouvrer le montant du manque à gagner correspondant à la partie du contrat qui a été résiliée pour des raisons d'intérêt général. D'une part, le partenaire privé peut avoir renoncé à d'autres chantiers pour achever l'ouvrage et le mettre en service pendant la durée prévue du contrat de PPP. D'autre part, si l'autorité contractante a l'obligation de l'indemniser pour le manque à gagner, l'exercice de son droit de résilier l'accord à son gré risque d'être financièrement prohibitif. Une solution peut être d'établir, dans le contrat de PPP, un barème des versements à effectuer par l'autorité contractante à titre d'indemnisation pour manque à gagner, le montant de ces versements étant alors subordonné à l'état d'avancement des travaux lorsque le contrat de PPP est résilié au gré de la partie contractante ;

b) *Résiliation pendant la phase d'exploitation.* Lorsque le partenaire privé a mené à terme les travaux de construction de façon satisfaisante, les arrangements d'indemnisation peuvent être les mêmes que dans le cas d'une résiliation pendant la phase de construction. Toutefois, une indemnisation équitable pour résiliation pendant la phase d'exploitation peut devoir inclure un juste dédommagement pour manque à gagner. La norme plus élevée d'indemnisation appliquée dans ce cas peut se justifier par le fait que, contrairement à ce qui se passe lorsque la résiliation intervient pendant la phase de construction et que l'autorité contractante peut alors être obligée d'achever les travaux à ses frais, cette dernière peut, lorsque la résiliation intervient pendant la phase d'exploitation, avoir à sa disposition un ouvrage achevé qui peut être exploité rentablement. L'indemnisation pour manque à gagner est souvent calculée sur la base des recettes dégagées par le partenaire privé pendant un certain nombre d'exercices précédents, mais il peut, dans certains cas, être nécessaire de prendre en considération d'autres éléments tels que le bénéfice prévu sur la base des redevances convenues, étant donné que les recettes escomptées sont un élément central des études de faisabilité et de la structuration financière du projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 33 et 34). La raison en est que dans certains projets d'infrastructure tels que des routes à péage et des projets similaires, que caractérisent des coûts financiers élevés et des recettes relativement faibles dans les premiers temps de l'exploitation, la résiliation peut intervenir avant que le projet soit devenu rentable.

3. Mesures de liquidation et mesures de transition

55. Lorsque l'ouvrage est transféré à l'autorité contractante à l'expiration du contrat, il se peut que les parties aient à prendre un ensemble de dispositions pour

faire en sorte que l'autorité contractante soit à même d'exploiter ledit ouvrage selon les normes d'efficacité et de sûreté prescrites. Le contrat de PPP peut faire obligation au partenaire privé de transférer une technologie ou un savoir-faire nécessaire à l'exploitation de l'infrastructure. Il peut également prévoir le maintien, pendant une période transitoire, de certaines obligations du partenaire privé touchant l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage. Il peut en outre disposer que ce dernier sera tenu d'assurer ou de faciliter la fourniture des pièces de rechange dont l'autorité contractante pourrait avoir besoin pour réparer l'ouvrage. Il convient toutefois de noter que le partenaire privé pourra ne pas être à même de prendre lui-même certaines des mesures de transition dont il est question ci-dessous, car, dans la plupart des cas, il aura été constitué à la seule fin d'exécuter le projet et aura dû se procurer la technologie ou les pièces de rechange nécessaires auprès de tiers.

a) *Transfert de technologie et de savoir-faire*

56. L'ouvrage transféré à l'autorité contractante comporte parfois divers procédés technologiques nécessaires à la production de certains biens (tels que l'électricité ou l'eau potable) ou à la fourniture de services (tels que le téléphone). Souvent, l'autorité contractante voudra se familiariser avec ces procédés et leur application. Elle voudra également acquérir l'information et les compétences techniques nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage. Même lorsqu'elle possède les qualifications de base requises pour entreprendre une partie de l'exploitation et de la maintenance (techniques de construction ou génie civil, par exemple), il lui faudra peut-être acquérir des connaissances sur les procédés techniques spécialisés nécessaires à l'exploitation de l'ouvrage dans les conditions voulues. La communication à l'autorité contractante de ces connaissances, informations et compétences est souvent appelée « transfert de technologie ». Les obligations relatives au transfert de technologie ne peuvent être imposées unilatéralement au partenaire privé et, dans la pratique, ces questions font l'objet de négociations détaillées entre les parties concernées. Bien que le pays hôte ait un intérêt légitime à accéder à la technologie nécessaire pour exploiter l'ouvrage, il faudrait tenir dûment compte des intérêts commerciaux et des stratégies commerciales des investisseurs privés.

57. Différentes clauses contractuelles peuvent être adoptées pour le transfert de technologie et l'exécution des autres obligations nécessaires pour construire et exploiter l'ouvrage. Le transfert de technologie en soi peut s'effectuer de diverses manières, par exemple par l'octroi de licences de propriété industrielle, la création d'une coentreprise entre les parties ou la fourniture d'un savoir-faire confidentiel. Le *Guide* ne tente pas de traiter dans le détail la négociation et la rédaction de contrats concernant l'octroi de licences de propriété industrielle ou la fourniture de savoir-faire, ces questions ayant déjà été traitées en profondeur dans des

ouvrages publiés par d'autres organismes des Nations Unies⁴. Les paragraphes ci-après signalent simplement certaines questions majeures que soulève le transfert des connaissances nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage par la formation du personnel de l'autorité contractante ou par la fourniture d'une documentation.

58. Pour transférer à l'autorité contractante les informations et compétences techniques nécessaires à une bonne exploitation et à une bonne maintenance de l'ouvrage, il importe principalement de former son personnel. Pour pouvoir déterminer ses besoins de formation, dans la demande de propositions ou pendant la négociation du contrat, l'autorité contractante peut demander au partenaire privé de fournir un organigramme indiquant le personnel nécessaire pour assurer le fonctionnement et la maintenance de l'ouvrage, y compris les qualifications essentielles (techniques et autres) que ce dernier doit posséder. Cet organigramme devrait être suffisamment détaillé pour permettre à l'autorité contractante de déterminer l'ampleur de la formation requise compte tenu du personnel dont elle dispose. Le partenaire privé aura souvent les moyens voulus pour assurer la formation, toutefois celle-ci pourra dans certains cas être dispensée plus efficacement par un ingénieur-conseil ou par un établissement spécialisé.

59. Les informations et compétences techniques nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage peuvent également être transférées par le biais d'une documentation technique qui peut comprendre des plans, des dessins, des formules, des manuels d'exploitation et de maintenance et les prescriptions de sécurité. Il peut être souhaitable d'énumérer dans le contrat de PPP les documents à fournir. Le partenaire privé peut être tenu de fournir des documents très détaillés et rédigés clairement, dans une langue spécifiée. Il peut être souhaitable de faire obligation au partenaire privé de démontrer, à la demande de l'autorité contractante, les procédures décrites dans la documentation, si celles-ci ne peuvent être comprises sans démonstration.

⁴La négociation et la rédaction de contrats concernant l'octroi de licences de propriété industrielle et la fourniture de savoir-faire sont traitées de façon détaillée dans le *Guide sur les licences pour les pays en développement* de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (publication OMPI n° 620 (F), 1977). Les principales questions à envisager lors de la négociation et de la rédaction de tels contrats sont énoncées dans les *Principes directeurs pour l'évaluation des accords de transfert de technologie*, Série « Mise au point et transfert des techniques », n° 12 (ID/233, 1979) et dans le *Guide sur la rédaction de contrats portant sur le transfert international de know-how (savoir-faire) dans l'industrie mécanique* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.II.E.15). Entre autres publications pertinentes, on citera le *Manuel sur l'acquisition de la technologie par les pays en développement* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.78.II.D.15). Pour une analyse du transfert de technologie dans le cadre de contrats de construction d'installations industrielles, voir le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.10), chap. VI, « Transfert de technologie ».

60. Les moments auxquels la documentation doit être fournie peuvent être précisés. Le contrat de PPP peut prévoir que toute la documentation doit avoir été fournie à la date fixée dans le contrat pour l'achèvement de l'ouvrage. Les parties peuvent également souhaiter prévoir que le transfert de l'ouvrage ne sera considéré comme terminé que lorsque toute la documentation concernant son exploitation et requise selon le contrat avant l'achèvement des travaux, aura été effectivement communiquée. Il peut être souhaitable de prévoir qu'une partie de la documentation (les manuels d'exploitation, par exemple) doit être fournie pendant la construction, celle-ci pouvant permettre au personnel ou à l'ingénieur de l'autorité contractante de se familiariser avec le fonctionnement des machines ou du matériel pendant leur construction.

b) Assistance à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage après son transfert

61. L'aide dont l'autorité contractante aura besoin dépendra de la technologie et du personnel qualifié dont elle dispose. Si l'autorité contractante manque de personnel suffisamment qualifié pour assurer le fonctionnement technique de l'ouvrage, elle voudra peut-être obtenir l'assistance du partenaire privé à cette fin, du moins dans un premier temps. Dans certains cas, elle souhaitera peut-être que le partenaire privé pourvoie lui-même une grande partie des postes techniques, alors que dans d'autres, elle préférera qu'il fournisse uniquement les services d'experts techniques pour collaborer à titre consultatif avec son propre personnel afin d'assurer l'exécution de quelques opérations très spécialisées.

62. Pour aider l'autorité contractante à assurer l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage, le contrat de PPP peut imposer au partenaire privé de soumettre, avant le transfert de l'ouvrage, un programme d'exploitation et de maintenance conçu pour maintenir l'ouvrage en exploitation pendant le reste de sa durée de vie, au niveau d'efficacité exigé en vertu du contrat de PPP. Un tel programme comportera notamment un organigramme indiquant le personnel clef nécessaire à l'exploitation technique de l'ouvrage et les fonctions dont chaque personne doit s'acquitter ; inspection régulière de l'ouvrage ; opérations de graissage, nettoyage et réglage ; et remplacement des pièces défectueuses ou usées. Pourraient également entrer, dans la maintenance, des opérations de caractère organisationnel, comme l'établissement d'un calendrier ou de registres de maintenance. Le partenaire privé peut également être tenu par l'autorité contractante de fournir des manuels d'exploitation et de maintenance énonçant les procédures appropriées, manuels à présenter sous une forme et dans une langue facilement compréhensibles par le personnel de l'autorité contractante.

63. Un moyen efficace de former le personnel de l'autorité contractante aux procédures d'exploitation et de maintenance consiste à prévoir, dans le contrat de PPP, que ce personnel sera associé à celui du partenaire privé pour assurer les

opérations d'exploitation et de maintenance pendant un certain temps avant le transfert de l'ouvrage, voire après. Les postes que doivent occuper les membres du personnel de l'autorité contractante peuvent ainsi être recensés et leurs qualifications et expérience précisées. Pour éviter les désaccords et les facteurs d'inefficacité, il est souhaitable de définir clairement l'autorité que doit exercer le personnel de chaque partie sur le personnel de l'autre partie pendant la période considérée.

c) *Fourniture de pièces de rechange*

64. Dans les projets qui prévoient le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante, celle-ci devra obtenir des pièces de rechange pour remplacer les pièces usées ou endommagées et pour entretenir, réparer et exploiter l'ouvrage. Il se peut que ces pièces ne soient pas disponibles localement et que l'autorité contractante soit tributaire du partenaire privé pour les obtenir. La programmation de la fourniture des pièces de rechange et des services après le transfert de l'ouvrage serait grandement facilitée si les parties prévoyaient, dans le contrat de PPP ou dans un accord ultérieur, les besoins de l'autorité contractante à cet égard. Toutefois, étant donné la longue durée de la plupart des PPP, il peut être difficile pour les parties de prévoir, dans le contrat de PPP, les besoins de l'autorité contractante après le transfert de l'ouvrage.

65. Les parties pourraient aussi conclure un contrat distinct pour régler ces questions⁵. Cela pourrait se faire peu avant le transfert de l'ouvrage, lorsque l'autorité contractante aurait peut-être une idée plus précise de ses besoins. Si les pièces de rechange sont fabriquées non par le partenaire privé, mais par des fournisseurs, l'autorité contractante préférera peut-être, pour les obtenir, se mettre en rapport avec ces fournisseurs plutôt qu'avec le partenaire privé, à moins qu'elle ne souhaite que le partenaire privé les obtienne en qualité d'agent la représentant.

66. Il est souhaitable que le personnel de l'autorité contractante acquière les capacités techniques nécessaires à l'installation des pièces de rechange. À cette fin, le contrat de PPP peut faire obligation au partenaire privé de fournir les manuels d'instruction, outils et matériels indispensables. Les manuels d'instruction devraient être présentés sous une forme et dans une langue facilement compréhensibles par le personnel de l'autorité contractante. Le contrat peut également exiger que le partenaire privé fournisse des plans de construction indiquant comment les diverses parties des équipements sont reliées entre elles et comment on peut y accéder afin de pouvoir installer les pièces de rechange et effectuer les opérations de

⁵ La Commission économique pour l'Europe a établi un *Guide pour la rédaction de contrats internationaux de services relatifs à l'entretien, à la réparation et à l'exploitation d'installations industrielles et autres* (ECE/TRADE/154) qui peut, *mutatis mutandis*, aider les parties à élaborer un contrat ou des contrats distincts traitant de la maintenance et des réparations après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante.

maintenance et des réparations. Dans certains cas, il pourrait être utile d'exiger que le partenaire privé forme le personnel de l'autorité contractante à l'installation des pièces de rechange.

d) Réparations

67. L'autorité contractante a intérêt à prendre des dispositions contractuelles garantissant la réparation rapide de l'ouvrage en cas de panne. Dans de nombreux cas, le partenaire privé est peut-être mieux qualifié qu'une tierce personne pour effectuer les réparations. En outre, si le contrat de PPP empêche l'autorité contractante de divulguer à des tiers la technologie fournie par le partenaire privé, cela peut limiter la sélection de tiers pour effectuer les réparations à ceux qui donneront des garanties, acceptables par le partenaire privé, qu'ils ne dévoileront pas sa technologie. En revanche, si des pièces essentielles ont été fabriquées par des fournisseurs pour le partenaire privé, l'autorité contractante jugera peut-être préférable, pour effectuer les réparations, de conclure des contrats indépendants avec lesdits fournisseurs. Il est souhaitable de définir clairement la nature et la durée des obligations imposées, le cas échéant, au partenaire privé en matière de réparations et d'établir une distinction entre ces obligations et celles de corriger les défauts relevés dans l'ouvrage, assumées par le partenaire privé conformément aux garanties de qualité.

e) Démantèlement

68. Dans les paragraphes précédents, il a été évoqué diverses mesures de liquidation et d'accompagnement à prendre pour assurer le transfert ordonné des biens ou de l'équipement à l'autorité contractante (ou à un partenaire privé successeur, selon le cas). Un type différent de mesures de liquidation s'impose pour le démantèlement d'une infrastructure ou d'un ouvrage qui est devenu(e) obsolète ou n'est plus capable de fonctionner conformément aux objectifs de protection de l'environnement ou de développement durable du pays hôte. Dans ce contexte, le terme « démantèlement » signifie la mise hors service définitive de l'infrastructure. Le démantèlement pourra impliquer le démontage et l'enlèvement de l'infrastructure du lieu du projet de PPP, l'ensemble du processus ne devant causer aucun préjudice corporel ou dommage à des biens ni présenter de risque pour l'environnement. Une planification soigneuse est requise, et il faudrait que le contrat de PPP énonce les procédures et méthodes à appliquer pour démanteler l'infrastructure. Par exemple, les parties pourront avoir besoin de conduire des études indépendantes pour évaluer l'obsolescence potentielle ou les risques pour l'environnement ou la sécurité que présente l'infrastructure. Il est en outre conseillé d'aborder les coûts et la procédure de démantèlement dans les études d'impact environnemental lors de la préparation du projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 19 et 20).

69. Le démantèlement d'une infrastructure est souvent coûteux. Il faudrait donc que le contrat de PPP énonce les obligations respectives des parties en ce qui concerne les diverses mesures à prendre pour assurer un démantèlement approprié, y compris en ce qui concerne les coûts et toute responsabilité qui pourrait découler de nuisances environnementales ou d'autres dommages causés au site, à des biens adjacents, ou de toute forme de dommage corporel (ainsi que les mécanismes correspondants d'assurance et autres d'atténuation des risques). Il convient de noter que la législation générale relative à l'environnement ou à la gestion des déchets pourrait compléter les dispositions du contrat de PPP, notamment en cas de démantèlement imprévu de l'infrastructure, voire l'emporter sur elles dans le cas relativement courant où la réglementation environnementale évoluerait vers des normes plus strictes après l'attribution du contrat de PPP.

VI. Règlement des différends

A. Remarques générales

1. Un facteur important pour l'exécution des PPP est le cadre juridique mis en place par le pays hôte pour le règlement des différends. Investisseurs, entrepreneurs et prêteurs seront encouragés à participer à des projets lorsqu'ils auront la certitude que tous les litiges pouvant surgir dans le cadre des contrats passés au titre d'un projet seront réglés de façon équitable et efficace. De la même manière, des procédures efficaces pour éviter les différends ou les régler rapidement faciliteront l'exercice des fonctions de contrôle de l'autorité contractante et réduiront ses dépenses générales d'administration. Pour créer un climat plus favorable à l'investissement, le pays hôte doit disposer d'un cadre juridique qui donne effet à certains principes fondamentaux, tels que la garantie pour les sociétés étrangères et pour celles du pays hôte d'un accès essentiellement similaire à la justice ; le droit pour les parties à des contrats privés de choisir la loi applicable à leurs contrats ; la force exécutoire des jugements étrangers et des sentences arbitrales ; la possibilité, prévue dans la législation, que les parties puissent choisir les mécanismes judiciaires et extrajudiciaires de prévention et de règlement des différends qu'ils considèrent comme les mieux adaptés et les plus efficaces.

2. Les PPP exigent habituellement la formation d'un certain nombre de contrats liés entre eux ainsi que la mise en place d'autres relations juridiques faisant intervenir diverses parties. Les dispositions législatives relatives au règlement des différends susceptibles de survenir dans le cadre de ces projets doivent tenir compte de la diversité des relations, qui peuvent appeler différents modes de règlement en fonction de la phase du projet, du type de différend et des parties en litige. Des différends peuvent survenir dès l'abord, pendant l'étape d'attribution du marché, par exemple sous la forme de contestations des adjudications ou des décisions de l'autorité contractante au fil du processus, en particulier au sujet de la sélection du partenaire privé. En règle générale, ces litiges sont traités conformément aux procédures généralement disponibles pour l'examen et le règlement des différends en vertu de la législation nationale sur les marchés publics (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 142 et 143). Le présent chapitre se concentre sur les principaux litiges qui peuvent survenir pendant la phase de mise en œuvre et après l'achèvement du projet, qui peuvent être répartis en trois grandes catégories :

a) *Différends survenant dans le cadre d'accords entre le partenaire privé et l'autorité contractante ou d'autres organismes publics.* Dans la plupart des pays de droit civil, le contrat de PPP est régi par le droit administratif (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 25 à 28), alors que dans d'autres pays, il est en principe régi par le droit général des contrats complété par des dispositions spéciales élaborées pour les contrats passés par l'État pour la prestation de services publics. Ce régime peut avoir des incidences sur le mode de règlement des différends dont les parties au contrat de PPP pourraient convenir. Des considérations analogues peuvent également s'appliquer à certains contrats passés entre le partenaire privé et des organismes publics ou des entreprises d'État fournissant des biens ou des services au projet ou achetant des biens ou des services générés par l'ouvrage ;

b) *Différends survenant dans le cadre de contrats et d'accords passés entre les promoteurs du projet ou le partenaire privé et des parties associées pour l'exécution du projet.* Il s'agit généralement au moins des accords suivants : i) contrats entre les parties détenant des parts de la société de projet (par exemple, pactes d'actionnaires, accords concernant la fourniture de financements supplémentaires ou arrangements relatifs aux droits de vote) ; ii) accords de prêt et accords connexes intéressant, outre la société de projet, des parties telles que les banques commerciales, les organismes publics de prêt, les organismes internationaux de prêt et les organismes d'assurance-crédit à l'exportation ; iii) contrats entre la société de projet et les entrepreneurs, qui peuvent eux-mêmes être des consortiums, les fournisseurs de matériel et les prestataires de services ; iv) contrats entre la société de projet et les parties qui assurent l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage ; et v) contrats entre le partenaire privé et des entreprises privées pour la fourniture des biens et des services nécessaires à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage ;

c) *Différends entre le partenaire privé et d'autres parties.* Ces autres parties comprennent les usagers ou les clients, qui peuvent être notamment une entreprise de services publics appartenant à l'État qui achète de l'électricité ou de l'eau à la société de projet pour la revendre aux utilisateurs finals ; des entreprises commerciales, telles que des compagnies aériennes ou des compagnies maritimes passant contrat pour l'utilisation d'un aéroport ou d'un port maritime ; ou des particuliers acquittant un droit de péage pour emprunter une route. Les parties à ces différends ne sont pas nécessairement liées par un rapport juridique antérieur à caractère contractuel ou analogue. Des litiges peuvent également survenir entre le partenaire privé et des tiers, par exemple des habitants de zones adjacentes, des groupes autochtones affectés par le projet ou des représentants de la société civile. Les différends de cet ordre sont généralement réglés au sein du système judiciaire interne. Il est souhaitable que la loi prévoie des mécanismes de consultation permettant de prendre en compte les vues de ces parties dès la phase de planification. Les États peuvent également envisager un mécanisme de règlement des litiges qui peuvent survenir entre ces parties et le partenaire privé (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 50 et 51) ; voir aussi chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 18).

B. Différends entre l'autorité contractante et le partenaire privé

3. Les contrats de PPP, particulièrement ceux qui sont associés à des projets d'infrastructure, s'étalent sur de longues périodes d'exécution, avec plusieurs entreprises participant aux phases de construction et d'exploitation. De plus, ces projets font souvent intervenir des organismes publics et attirent largement l'intérêt du public, d'où la nécessité de disposer de mécanismes permettant d'éviter, dans toute la mesure du possible, l'aggravation des désaccords entre les parties et de préserver leur relation commerciale, d'empêcher toute perturbation des travaux de construction ou de la prestation des services, et adaptés aux particularités des différends pouvant survenir.

4. Dans la présente section sont examinées certaines des principales questions relatives aux diverses phases de l'exécution des PPP. La résolution des plaintes du partenaire privé au sujet de décisions des organismes de réglementations a été abordée dans la partie relative aux pouvoirs en matière de réglementation des services d'infrastructure (voir chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 56 et 57), et le règlement des litiges pouvant surgir pendant la sélection d'un partenaire privé (c'est-à-dire les différends précontractuels) a été traité dans un autre chapitre du *Guide* (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 142 et 143).

1. Considérations générales sur les méthodes de prévention et de règlement des différends

5. Le plus souvent, les litiges survenant pendant la durée du contrat de PPP découlent de questions liées à d'éventuels manquements à des obligations contractuelles pendant la construction ou l'exploitation de l'ouvrage, et relatives à l'expiration ou à la résiliation du contrat. Ces différends, qui peuvent être très complexes, portent souvent sur des questions hautement techniques qui doivent être réglées rapidement pour ne pas entraîner de perturbations dans la construction ou l'exploitation de l'ouvrage. C'est pourquoi il est souhaitable que les parties conçoivent des mécanismes qui leur permettent de choisir des experts compétents pour les aider à régler leurs différends.

6. Pour atteindre les objectifs susmentionnés, les contrats de PPP prévoient souvent des clauses composites de règlement des différends destinées à en prévenir l'apparition (dans la mesure du possible), à favoriser la recherche de solutions concertées et à mettre en place des modes de règlement efficaces lorsqu'un litige ne peut être évité. De telles clauses énoncent normalement une série de mesures successives commençant par une notification rapide à l'autre partie des problèmes susceptibles de se transformer en litiges si rien n'est fait pour les régler. Lorsqu'un

différend survient malgré tout, le contrat de PPP peut imposer de manière générale aux parties d'échanger des informations et de se concerter afin de rechercher une solution. Si elles n'y parviennent pas elles-mêmes, l'une ou l'autre peut demander l'intervention d'un tiers indépendant et impartial pour les aider à trouver une solution qui soit acceptable pour toutes les deux. Dans la plupart des cas, une procédure contradictoire n'est utilisée que lorsque le différend ne peut être réglé par voie de conciliation.

7. Toutefois, il peut y avoir des limites à la liberté qu'ont les parties de convenir de certaines méthodes de prévention ou de règlement des différends, tenant, par exemple, à l'objet de ces derniers ou, dans certains systèmes juridiques, au fait que l'autorité contractante est un organisme public. Dans certains systèmes, la tradition veut que, selon l'objet du contrat, l'État et les organismes publics ne soient pas entièrement libres de convenir de certaines méthodes de règlement des différends, en particulier l'arbitrage. Dans certains pays, cette limite ne s'étend pas aux entreprises publiques à caractère industriel ou commercial dont les relations avec des tiers relèvent du droit privé ou du droit commercial.

8. La liberté de convenir de méthodes de règlement des différends, dont l'arbitrage, peut aussi se trouver limitée par la nature juridique du contrat de PPP. Dans certains systèmes de droit civil où les contrats de PPP sont considérés comme des accords administratifs, il peut être nécessaire de soumettre tout différend découlant de ce type de contrat à un tribunal judiciaire ou administratif du pays hôte. Dans d'autres systèmes juridiques, des limites analogues peuvent être expressément énoncées dans la législation ou dans des précédents jurisprudentiels directement applicables aux contrats de PPP, ou peuvent résulter de pratiques contractuelles établies, généralement fondées sur des textes législatifs ou réglementaires.

9. Les autorités contractantes devraient examiner attentivement les avantages et les inconvénients éventuels des diverses méthodes de règlement des litiges présentées dans le *Guide*. Il est important que les pays qui souhaitent résoudre les différends liés aux PPP en recourant à des modes alternatifs de règlement des litiges (y compris les diverses méthodes examinées dans le *Guide*) pour remplacer ou compléter les procédures de règlement accéléré par les tribunaux nationaux éliminent les obstacles juridiques possibles et autorisent clairement leurs autorités contractantes à convenir des méthodes qu'elles considèrent les plus appropriées et efficaces. L'absence d'une telle autorisation législative peut susciter des doutes quant à la validité de la clause compromissoire et retarder le règlement des litiges. Si, par exemple, un tribunal arbitral estime que la convention d'arbitrage a été valablement conclue, même si le défendeur allègue que l'autorité contractante n'était pas autorisée à la conclure, la question peut resurgir au stade de la reconnaissance et de l'exécution devant une juridiction étatique du pays hôte ou d'un pays tiers où la sentence doit être reconnue ou exécutée.

2. Méthodes couramment utilisées pour prévenir et régler les différends

10. Les paragraphes qui suivent présentent les caractéristiques essentielles de méthodes utilisées pour prévenir et régler les différends et examinent leur adéquation aux différentes phases des grands projets d'infrastructure (à savoir la construction, l'exploitation et la phase suivant la fin du contrat). Bien que les contrats de PPP prévoient généralement des mécanismes composites de prévention et de règlement des différends, il faut s'attacher à éviter d'imposer des procédures trop complexes ou un trop grand nombre de procédures différentes. La description succincte de certaines méthodes de prévention et de règlement des litiges donnée ci-après vise à informer le législateur de leurs caractéristiques et de leur utilité sans pour autant recommander l'utilisation d'une combinaison quelconque d'entre elles.

a) *Alerte rapide*

11. Des dispositions imposant une alerte rapide peuvent être un important moyen d'éviter les différends. Ainsi, si l'une des parties à un contrat estime que certains faits qui se sont produits ou certaines demandes qu'elle entend présenter peuvent engendrer un différend, elle doit les porter à l'attention de l'autre partie dès que possible. En effet, non seulement un retard peut être source de conflit, en créant la surprise chez l'autre partie et en suscitant par conséquent animosité et hostilité, mais il peut également rendre les demandes plus difficiles à justifier. C'est pourquoi lorsqu'un mécanisme d'alerte rapide est prévu, la partie requérante est généralement tenue de présenter des données chiffrées, ainsi que les preuves nécessaires, dans un délai déterminé. Pour que le mécanisme soit efficace, on prévoit fréquemment une sanction en cas de non-respect des dispositions, telle que la perte du droit de poursuivre l'action ou un alourdissement de la charge de la preuve. Dans les projets d'infrastructure, l'alerte rapide porte souvent sur des faits qui peuvent nuire à la qualité des travaux ou des services publics, accroître leur coût, engendrer des retards ou menacer la continuité du service. Elle est par conséquent utile pendant toute la durée du projet.

b) *Médiation et conciliation*

12. Le terme « médiation » est employé dans le *Guide* pour désigner, de manière large, une procédure dans laquelle une personne ou un groupe de personnes aide les parties, de façon indépendante et impartiale, à régler leur différend à l'amiable. La médiation diffère de la négociation (que les parties entament généralement après l'apparition du différend) dans la mesure où elle fait intervenir une assistance indépendante et impartiale pour aider à résoudre le différend alors qu'aucun tiers n'apporte son aide dans la négociation. La différence entre la médiation et l'arbitrage réside dans le fait que la médiation aboutit à un règlement du différend par l'accord des parties ou n'aboutit pas alors que, dans l'arbitrage, le tribunal impose une

décision contraignante aux parties, à moins que ces dernières n'aient réglé leur litige avant le prononcé de la sentence. Dans la pratique, les procédures de médiation sont désignées par divers termes dont « conciliation ». Les praticiens font parfois une distinction entre ces termes sur le plan des méthodes utilisées par le tiers ou le degré d'implication de ce dernier dans le processus. Cependant, les termes « médiation » et « conciliation » sont le plus souvent utilisés comme des synonymes.

13. La médiation est de plus en plus utilisée dans diverses parties du monde, y compris dans les régions où elle était autrefois peu courante. Cette tendance se reflète notamment dans l'adoption par un nombre croissant d'États de lois relatives à la médiation, souvent fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)¹ (à laquelle a succédé la Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation (2018)²) et dans la création de plusieurs organismes privés et publics qui offrent des services de médiation aux parties intéressées. L'exécution des accords de règlement résultant de la médiation dépend actuellement du droit procédural et du droit matériel nationaux, qui varient encore considérablement en ce qui concerne tant les effets des accords de règlement que le processus d'exécution. La Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation³ aborde cette question en prévoyant un régime efficace et uniforme pour la reconnaissance et l'exécution transfrontalières des accords de règlement, sur le modèle de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958)⁴ qui a connu un grand succès.

14. En règle générale, la procédure de médiation est informelle et facile à mettre en œuvre, d'où le fait qu'elle soit habituellement rapide et peu coûteuse. Elle est aussi normalement privée et confidentielle, bien que certains pays mettent en avant la transparence des médiations où interviennent des organismes publics (par exemple en rendant publics les accords de règlement). Le médiateur, qui peut assumer de multiples fonctions, joue en général un rôle plus actif qu'un simple facilitateur. Il peut fréquemment mettre en question la position des parties pour en faire ressortir les faiblesses, ce qui facilite généralement un accord, et peut proposer, s'il y est

¹ Le texte de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale est reproduit dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17 (A/S7/17)*, annexe I.

² Le texte officiel de la Loi type sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation (2018) est reproduit dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/73/17)*, annexe II.

³ Pour le texte officiel de la « Convention de Singapour sur la médiation » (intitulé sous lequel elle est connue), voir la résolution 73/198 de l'Assemblée générale du 20 décembre 2018.

⁴ Pour le texte officiel de la « Convention de New York » (intitulé sous lequel elle est connue), voir le *Recueil des traités* des Nations Unies, vol. 330, n° 4739, texte reproduit dans le *Registre des textes des conventions et autres instruments relatifs au droit commercial international*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.73.V.3).

autorisé, des solutions. La procédure n'est habituellement pas contraignante et le médiateur a pour tâche de faciliter un règlement en attirant l'attention des parties sur les problèmes et sur les solutions possibles plutôt qu'en statuant sur l'affaire. Elle est particulièrement utile lorsque les parties sont nombreuses et qu'il serait donc difficile de parvenir à un accord par des négociations directes. Compte tenu des éventuelles répercussions financières et pratiques des accords de règlement, et dans un souci de transparence et d'application du principe de responsabilité, il peut être souhaitable de soumettre la mise en œuvre d'un tel accord par l'autorité contractante à l'approbation préalable d'un organe supérieur.

15. Si elles prévoient la médiation dans le contrat de PPP, les parties devront régler diverses questions procédurales pour accroître les chances de succès. Elles y parviendront d'autant plus facilement qu'elles incorporeront par référence, dans leur contrat, des règles telles que le *Règlement de conciliation de la CNUDCI*⁵. Divers organismes internationaux et nationaux ont également établi des règles relatives à la médiation.

c) Examen des différends techniques par des experts indépendants

16. Pendant la phase de construction de l'ouvrage, les parties peuvent souhaiter prévoir que certains types de différends soient soumis à un expert indépendant nommé par elles. Cette méthode peut être particulièrement utile en cas de désaccords portant sur des aspects techniques de la construction de l'ouvrage (par exemple, lorsqu'il s'agit de savoir si les travaux répondent aux spécifications contractuelles ou aux normes techniques).

17. Les parties peuvent, par exemple, nommer un inspecteur des plans qui examinera les désaccords relatifs à l'inspection et à l'approbation des plans de l'ouvrage ou un ingénieur-superviseur qui suivra l'avancement des travaux de construction (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 77 à 87). Ces experts indépendants devraient être spécialisés dans la conception et la construction de projets du même type. Le contrat de PPP devrait spécifier les pouvoirs de l'expert indépendant (en indiquant, par exemple, s'il doit formuler des recommandations ou prendre des décisions obligatoires) et les cas dans lesquels les parties peuvent lui demander un avis ou une décision. Ainsi, dans certains grands

⁵ Pour le texte officiel du *Règlement de conciliation de la CNUDCI*, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17 (A/35/17)*, par. 106 (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XI, 1980, première partie, chap. II, sect. A (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.8)). Le *Règlement de conciliation de la CNUDCI* a également été publié sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.6). Il est accompagné d'une clause de conciliation type rédigée comme suit : « Quand, en cas de litige découlant du présent contrat ou lié audit contrat, les parties souhaitent rechercher un règlement amiable de ce litige par la conciliation, celle-ci se fera conformément au *Règlement de conciliation de la CNUDCI* actuellement en vigueur. » L'Assemblée générale a recommandé l'utilisation du *Règlement de conciliation de la CNUDCI* dans sa résolution 35/52 du 4 décembre 1980.

projets d'infrastructure, le partenaire privé peut demander un tel avis chaque fois qu'il est en désaccord avec l'autorité contractante concernant la conformité de certains aspects des plans ou des travaux de construction avec les spécifications ou les obligations contractuelles applicables. Recourir à un inspecteur des plans ou à un ingénieur-superviseur, selon le cas, peut être particulièrement utile lorsque le contrat de PPP requiert le consentement préalable de l'autorité contractante pour certaines actions du partenaire privé, telles qu'une autorisation finale pour l'exploitation de l'ouvrage (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 86).

18. Il a souvent été fait appel à des experts indépendants pour régler des différends techniques découlant de contrats de construction et il est possible d'appliquer les divers mécanismes et procédures utilisés dans l'industrie du bâtiment, *mutatis mutandis*, aux PPP. Toutefois, il convient de noter que les différends entre l'autorité contractante et le partenaire privé ne portent pas nécessairement sur les mêmes points que ceux qui découlent habituellement d'un contrat de construction. En effet, les positions respectives de l'autorité contractante et du partenaire privé, dans un contrat de PPP, ne sont pas pleinement comparables à celles du propriétaire et de l'entrepreneur dans un contrat de construction. Ainsi, les litiges portant sur les sommes à payer à l'entrepreneur pour les travaux effectivement réalisés, qui sont fréquents dans les contrats de construction, ne sont pas typiques des relations entre l'autorité contractante et le partenaire privé, puisque ce dernier n'est normalement pas rétribué par l'autorité contractante pour les travaux de construction effectués.

d) *Conseils d'examen des différends*

19. Dans les grands projets d'infrastructure, le contrat de PPP prévoit souvent la mise en place d'un conseil composé d'experts nommés par les deux parties, éventuellement avec l'aide d'une autorité de nomination, afin de faciliter le règlement des litiges pouvant survenir pendant la construction ou l'exploitation (appelé dans le *Guide* « conseil d'examen des différends », de l'anglais *dispute review board*). Ces conseils peuvent être permanents ou ad hoc, selon le nombre de litiges prévisible et l'évaluation par les parties du coût et de l'efficacité de l'une ou l'autre solution. Les procédures peuvent être à la fois informelles, rapides et adaptées aux particularités des différends dont le conseil est saisi. En nommant un tel conseil, les parties peuvent éviter que des malentendus ou des divergences se transforment en véritables litiges ne pouvant être réglés que par l'arbitrage ou le recours aux tribunaux. C'est en fait son efficacité comme moyen d'éviter les différends qui constitue l'un des points forts du conseil, encore qu'il puisse aussi servir à les régler, en particulier lorsqu'il est habilité à rendre des décisions qui s'imposent aux parties.

20. Pour constituer un conseil d'examen des différends, les parties choisissent généralement, dès le début du projet, trois experts renommés pour leur connaissance

du secteur concerné. Les experts peuvent être remplacés si le projet comporte différentes phases pouvant exiger des connaissances spécialisées différentes (par exemple, les connaissances requises ne sont pas les mêmes pour la construction de l'ouvrage et la gestion ultérieure du service public). Le remplacement fréquent des experts risque toutefois de provoquer une perte des connaissances institutionnelles. Cependant, dans certains grands projets d'infrastructure, plusieurs conseils ont été établis. L'un d'entre eux traite uniquement les litiges relatifs à des questions techniques (par exemple, la conception de l'ouvrage, l'adéquation d'une certaine technologie, le respect des normes environnementales) alors qu'un autre se charge des différends de nature contractuelle ou financière (par exemple, le montant de l'indemnisation due pour retard dans l'octroi de licences ou les désaccords concernant l'application des formules de révision des prix). Chacun des membres d'un conseil devrait avoir une expérience du type de projet concerné, y compris de l'interprétation et de l'application des contrats de PPP et devrait s'engager à demeurer impartial et indépendant par rapport aux parties. Ces membres peuvent être saisis de rapports périodiques sur l'avancement des travaux de construction ou sur l'exploitation de l'ouvrage, selon le cas, et être informés immédiatement des divergences pouvant surgir entre les parties. Ils peuvent rencontrer ces dernières, soit à intervalles réguliers, soit selon les besoins, pour examiner les divergences survenues et proposer des solutions possibles.

21. Étant donné leur rôle, les membres du conseil peuvent se rendre périodiquement sur le terrain, rencontrer les parties et être tenus informés de l'avancement des travaux. Ces rencontres peuvent aider à déceler rapidement tout conflit potentiel avant qu'il ne s'aggrave et ne se transforme en véritable différend. Lorsque des points litigieux sont décelés, le conseil propose des solutions qui, étant donné l'expertise et le prestige de ses membres, ont de grandes chances d'être acceptées par les parties. Lorsqu'il est saisi d'un différend, il l'analyse de manière informelle, généralement en discutant avec les parties à l'occasion d'une visite sur le terrain. Il dirige la discussion, mais chacune des parties a tout loisir d'exposer ses vues, et il est libre quant à lui de poser des questions et de demander des documents ou d'autres éléments de preuve. La tenue de réunions sur le terrain, peu après les événements à l'origine du conflit et avant que chacun n'ait durci sa position, offre des avantages évidents. Le conseil se réunit ensuite en privé pour essayer de formuler une recommandation ou une décision. Si les parties n'acceptent pas ces propositions et si un litige ne peut être évité, le conseil est dans une position privilégiée, s'il a l'autorisation des parties, pour le résoudre rapidement en raison de sa connaissance des problèmes et des documents contractuels.

22. Étant donné la durée généralement longue des PPP, de nombreuses circonstances afférentes à leur exécution peuvent changer avant la fin de la période du contrat. Les répercussions de certains de ces changements peuvent être automatiquement prises en compte dans le contrat (voir chap. IV, « Mise en place du PPP :

cadre juridique et contrat de PPP », par. 135 à 144), mais il existe d'autres modifications qui se prêtent plus difficilement à l'insertion dans un mécanisme d'ajustement automatique ou que les parties peuvent préférer en exclure. Il importe donc que les parties mettent en place des mécanismes pour traiter les différends pouvant découler de changements de circonstances. Cela est particulièrement important au stade de l'exploitation du projet. Lorsque les parties sont convenues de règles permettant de réviser les clauses du contrat de PPP à la suite de certaines circonstances peut se poser la question de savoir si ces dernières se sont véritablement produites et, dans l'affirmative, comment il faut modifier ou compléter les clauses contractuelles. Pour faciliter le règlement d'éventuels litiges et éviter tout blocage lorsque les parties ne parviennent pas à s'accorder sur une révision du contrat, il est souhaitable qu'elles précisent si certaines clauses contractuelles peuvent être modifiées ou complétées par le conseil d'examen des différends, et dans quelle mesure. On notera, à cet égard, que les parties n'auront pas toujours la possibilité de recourir à un tribunal arbitral ou à une juridiction étatique du pays à cette fin. En effet, dans certains systèmes juridiques, les tribunaux et les arbitres n'ont pas compétence pour modifier ou compléter des clauses contractuelles. Dans d'autres, ils ne peuvent le faire que s'ils y sont expressément autorisés par les parties. Dans d'autres encore, les arbitres peuvent le faire mais non les tribunaux.

23. La législation qui régit les procédures arbitrales ou juridictionnelles peut déterminer dans quelle mesure les parties peuvent autoriser des arbitres ou une juridiction étatique à réexaminer une décision du conseil d'examen des différends. Si un tel réexamen est exclu, la décision du conseil a l'avantage d'être immédiatement définitive et obligatoire. Toutefois, s'il est autorisé, les parties auront davantage l'assurance que la décision est correcte. Au début, les clauses relatives aux conseils d'examen des différends ne prévoyaient pas que les recommandations de ces derniers deviendraient définitives si elles n'étaient pas contestées dans une procédure arbitrale ou devant une juridiction étatique. Dans la pratique, toutefois, la force persuasive de recommandations adoptées à l'unanimité par des experts indépendants nommés conjointement par les parties a conduit les autorités contractantes comme les sociétés de projet à accepter volontairement ces recommandations plutôt que de s'en remettre aux tribunaux. Aujourd'hui, les mêmes clauses stipulent généralement qu'une décision du conseil, si elle ne s'impose pas immédiatement aux parties, devient obligatoire sauf si l'une d'entre elles ou les deux soumettent le différend à l'arbitrage ou à une juridiction étatique dans un délai déterminé. Les parties tiennent souvent compte, non seulement de la possibilité d'éviter une procédure qui risque d'être très longue, mais également de la difficulté à remettre en cause une recommandation que la juridiction étatique ou le tribunal arbitral considérera comme d'autant plus forte qu'elle a été formulée par des experts indépendants connaissant bien le projet depuis le départ et qu'elle repose sur l'examen dudit projet avant la naissance du différend et au moment de ce dernier.

24. Les parties peuvent convenir que la décision du conseil sera définitive et obligatoire. On notera toutefois qu'elles ne le font que très rarement et que, même si elles conviennent d'être ainsi liées, dans de nombreux systèmes juridiques, cette décision, même si elle est obligatoire en tant que contrat, peut ne pas être exécutoire dans une procédure en référé telle que la procédure d'exécution d'une sentence arbitrale, puisqu'elle n'a pas valeur de sentence arbitrale. Si les parties envisagent de recourir à un conseil d'examen des différends, il leur faudra régler diverses questions de procédure dans le contrat de PPP. Il serait souhaitable que ce contrat délimite aussi précisément que possible les pouvoirs conférés au conseil. S'agissant de la nature des fonctions du conseil, le contrat de PPP pourrait autoriser celui-ci à présenter des conclusions sur les faits et à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Les fonctions peuvent être précisées ainsi que le type de questions pouvant être traitées. Si les parties sont autorisées à porter leur litige devant un tribunal arbitral ou une juridiction étatique dans un certain délai après le prononcé de la décision, elles pourraient préciser que les conclusions sur les faits présentées par le conseil ne sauraient être réfutées dans une procédure arbitrale ou juridictionnelle. Le contrat de PPP pourrait également faire obligation aux parties d'exécuter une décision prise par le conseil concernant des mesures provisoires ou conservatoires ou une décision sur le fond de certaines questions précisées ; si elles ne le font pas, elles seront réputées avoir manqué à une obligation contractuelle. S'agissant de la durée des fonctions du conseil, le contrat de PPP peut prévoir que le conseil restera actif pendant un certain temps après l'expiration ou la résiliation de ce contrat, afin d'examiner les différends pouvant survenir à ce stade (par exemple, des différends sur l'état des biens remis à l'autorité contractante et l'indemnisation due pour ces biens).

e) *Conseils pour les décisions d'urgence*

25. Dans le cas des grands projets d'infrastructure, les contrats de PPP peuvent prévoir des mécanismes spécifiques pour régler les différends entre les parties, par exemple la mise en place d'un conseil pour les décisions d'urgence (de l'anglais *dispute adjudication board*), structure qui permet aux parties de résoudre leur conflit au moyen d'une procédure convenue selon laquelle un tiers-décideur (parfois désigné en tant que membre du conseil) ou une commission de trois tiers-décideurs rend une décision tranchant le litige. Habituellement, les parties souhaitant régler les différends par l'intermédiaire d'un conseil pour les décisions d'urgence signent une convention de décision d'urgence. Généralement conclue entre les deux parties au contrat de PPP initial et le tiers-décideur unique ou la commission des trois tiers-décideurs, la convention aborde la procédure qui sera suivie, y compris les obligations des parties la concluant, les modalités de rémunération du ou des tiers-décideur(s) et la remise en cause de la décision d'urgence. Les différends découlant d'un contrat de PPP peuvent porter sur des questions délicates d'ordre public et certains tiers peuvent avoir un intérêt légitime dans l'issue d'un arbitrage.

Il est donc souhaitable que l'autorité contractante et le partenaire privé tiennent compte de ce point et élaborent, le cas échéant, des procédures permettant à ces tiers de présenter leurs observations ou d'avoir accès à la procédure⁶. La convention de décision d'urgence peut prendre effet par exemple à une date d'entrée en vigueur convenue, ou lorsque les parties et le ou les tiers-décideur(s) l'ont tous signée, la date la plus tardive étant retenue.

26. À l'instar des conseils d'examen des différends, les conseils pour les décisions d'urgence peuvent être permanents ou, pour limiter les coûts, constitués de façon ponctuelle, selon que de besoin. Les parties choisissent le tiers-décideur unique ou une commission de trois tiers-décideurs. Dans le cas d'une commission, chaque partie propose un tiers-décideur dont la nomination est soumise à l'agrément de l'autre partie et, après avoir consulté ces deux membres, les parties s'entendent sur le troisième tiers-décideur, qui fera fonction de président du conseil pour les décisions d'urgence. Les parties s'appuient sur plusieurs facteurs pour effectuer leurs choix, notamment les représentations du tiers-décideur quant à son expérience du travail que l'entrepreneur doit effectuer en vertu du contrat, l'expérience du tiers-décideur en matière d'interprétation de la documentation contractuelle et sa maîtrise de la langue de communication indiquée dans le contrat de PPP. Le tiers-décideur est nommé à titre personnel ; il doit habituellement justifier de son indépendance et de son impartialité et s'engager à agir de manière impartiale et indépendante, et il est tenu de faire connaître aux parties tout fait ou circonstance qui pourrait sembler de nature à affecter son impartialité ou son indépendance.

27. Les parties à la convention de décision d'urgence peuvent demander à récuser le tiers-décideur pour manque d'indépendance, nonobstant toute circonstance qu'il aurait ou non fait connaître. La partie qui conteste la nomination peut communiquer l'allégation de manque d'indépendance à une institution désignée à l'avance dans le contrat de PPP ou, si elle le juge nécessaire ou prudent, renvoyer l'affaire à un professionnel ou un organisme indépendant pour examiner et évaluer la demande de récusation. Si la personne ou l'organisme est d'avis qu'il n'est plus indépendant conformément à la convention, le tiers-décideur devrait être récusé et l'institution désignée devrait nommer un remplaçant dans les meilleurs délais. Les coûts d'une telle procédure de récusation sont habituellement partagés entre les parties.

28. Le tiers-décideur est en outre soumis à plusieurs obligations générales. Les obligations typiques qui peuvent être convenues entre les parties et prévues dans la convention de décision d'urgence sont notamment comme suit : le tiers-décideur

⁶ Ces procédures pourraient s'inspirer, *mutatis mutandis*, du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (pour le texte officiel du « Règlement sur la transparence », voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17)*, annexe I. Le Règlement sur la transparence a également été publié sous forme de brochure. L'Assemblée générale a recommandé l'utilisation du Règlement sur la transparence dans sa résolution 68/109 du 16 décembre 2013.

ne doit avoir aucun intérêt, financier ou autre, dans le projet ; il ne doit pas avoir été précédemment employé (que ce soit en tant que consultant ou à tout autre titre) par l'une ou l'autre des parties, et ; il doit avoir fait connaître tout engagement antérieur, professionnel ou personnel, lié au projet ou à l'employeur. Dans certains cas, les parties peuvent convenir de renoncer à certaines obligations, par exemple, le fait que le tiers-décideur n'ait pas été employé en tant que consultant (ou à tout autre titre) par l'une ou l'autre partie, si l'information a été communiquée par écrit à l'autre partie.

29. De même, les parties sont elles-mêmes soumises à des obligations générales en vertu de la convention de décision d'urgence. Ces obligations peuvent comprendre des conditions stipulant que l'une ou l'autre partie ne demandera pas de conseils ou de consultation au tiers-décideur au sujet du contrat de PPP, autrement que dans le cours normal des activités du conseil pour les décisions d'urgence en vertu du contrat de PPP et de la convention de décision d'urgence, ou lorsque les deux parties conviennent conjointement de saisir le conseil pour les décisions d'urgence en vertu du contrat de PPP. De plus, les parties s'engagent habituellement l'une envers l'autre à ce que le tiers-décideur ne soit pas désigné comme arbitre dans le cadre d'un arbitrage en vertu du contrat de PPP, qu'il ne soit pas appelé comme témoin pour témoigner dans un arbitrage en vertu du contrat de PPP, et qu'il ne soit tenu pour responsable d'aucune demande ou de quoi que ce soit de fait ou d'omis dans l'exécution ou la prétendue exécution de ses fonctions de tiers-décideur, sauf s'il est démontré qu'il a agi de mauvaise foi. Les parties tiennent aussi normalement le tiers-décideur couvert contre toute demande lorsqu'il est dégagé de toute responsabilité et conviennent habituellement de l'indemniser conjointement et solidairement. Si le tiers-décideur est tenu de se rendre sur le site et d'assister à une audience, la partie à l'origine de la demande devra également fournir une garantie appropriée, d'un montant équivalent aux frais que le tiers-décideur pourrait raisonnablement encourir.

30. La rémunération du tiers-décideur peut également être fixée dans la convention de décision d'urgence. Y seront généralement précisés la devise dans laquelle le tiers-décideur sera rémunéré, la provision à verser, les honoraires journaliers, le paiement des frais raisonnables (y compris relatifs aux déplacements nécessaires) et toutes les éventuelles taxes applicables. La provision et les honoraires journaliers sont indiqués de manière détaillée et les parties peuvent convenir de fixer les honoraires pour une période déterminée. Les parties sont également tenues d'effectuer les règlements rapidement et les tiers-décideurs sont quant à eux tenus de soumettre des factures comportant une description suffisante des activités réalisées. La convention de décision d'urgence permet également aux parties d'organiser le mode de paiement des sommes dues au tiers-décideur. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur les montants, l'entité de nomination ou la personne nommée dans le projet prend la décision et, s'il n'est pas payé dans un délai précis après

avoir soumis une facture valide, le tiers-décideur peut décider de suspendre ses services sans préavis ou de démissionner en communiquant une notification valable.

31. Les tiers-décideurs du conseil pour les décisions d'urgence sont également tenus de suivre les règles de procédure particulières énoncées dans la convention de décision d'urgence. Ces règles précisent ce que le conseil est tenu de faire en ce qui concerne les visites sur les lieux (calendrier, ordre du jour, fréquence, etc.). Le conseil doit par ailleurs se tenir au courant de l'avancement du projet et de tout éventuel problème ou demande. De plus, les règles indiquent également ce que les parties doivent faire au cours d'une audience ou dans le cadre d'une demande, notamment fournir au conseil une copie de tous les documents que celui-ci peut demander, fournir à l'autre partie des copies de toutes les communications avec le conseil et, si le conseil est constitué de trois tiers-décideurs, envoyer des copies des documents demandés à chacun d'entre eux.

32. Les règles de procédure précisent également les modalités de déroulement des audiences relatives aux différends et la manière dont les ambiguïtés et les erreurs de fait ou de principe émanant du conseil pour les décisions d'urgence seront traitées. Par exemple, si les tiers-décideurs du conseil conviennent, dans un délai préétabli, que leur décision contient des erreurs de fait ou de principe, le conseil doit en informer les parties et publier un rectificatif écrit à sa décision. Une procédure similaire est applicable si des ambiguïtés sont constatées. Si l'une ou l'autre partie pense que la décision contient une ambiguïté, elle peut demander des éclaircissements au conseil, lequel devra répondre dans un délai préétabli à compter de la réception d'une telle demande et communiquer sa réponse aux parties. Si le conseil est lui-même d'avis que sa décision contenait une erreur ou une ambiguïté, il peut la corriger en communiquant un rectificatif.

33. Les pouvoirs du conseil pour les décisions d'urgence sont prévus dans les règles de procédure. Généralement, le conseil est autorisé à adopter une procédure inquisitoire, à refuser l'admission ou le droit de parole aux audiences à toute personne autre que les représentants de l'une ou l'autre partie, et à procéder en l'absence de toute partie dont il estime qu'elle a bien été notifiée de la tenue de l'audience. Il convient toutefois de noter que la convention conclue par les parties peut limiter ces attributions. Les autres pouvoirs du conseil dont les parties sont susceptibles de convenir comprennent, sans toutefois s'y limiter, le choix de la procédure à appliquer pour trancher un différend ainsi que la détermination de la compétence du conseil et de l'étendue de tout différend qui lui est soumis.

34. Aucune opinion ne devrait être exprimée par les membres du conseil pour les décisions d'urgence au cours des audiences relatives au bien-fondé des arguments avancés par les parties. Le conseil devrait par ailleurs se réunir à huis clos après les audiences afin de tenir ses délibérations et de préparer ses décisions, et il devrait

toujours s'efforcer de parvenir à des décisions unanimes. Si cela n'est pas possible, chaque décision devrait être prise à la majorité des tiers-décideurs, qui peuvent exiger du tiers-décideur minoritaire qu'il prépare un rapport écrit (qui est généralement annexé à la décision du conseil). Enfin, s'agissant d'un conseil de trois membres, un tiers-décideur absent ne peut pas empêcher les deux autres de prendre une décision, à moins que les parties n'en soient pas d'accord, et si le tiers-décideur absent est le président et qu'il ordonne aux deux autres de ne pas prendre de décision.

35. Les parties disposent de divers mécanismes pour récuser le tiers-décideur, par exemple en lui notifiant la résolution de sa mission conformément à la convention de décision d'urgence, ou s'il ne respecte pas cette convention. Dans ces situations, les deux parties doivent convenir de la résolution pour qu'elle soit valide. Un tiers-décideur peut également mettre fin à sa participation au conseil pour les décisions d'urgence si l'une ou l'autre des parties ne respecte par la convention de décision d'urgence. Toutefois, si le tiers-décideur lui-même ne respecte pas l'une quelconque des obligations précisées dans la convention de décision d'urgence, il ne sera plus en droit de percevoir d'honoraires ou de frais et il pourrait être tenu de rembourser aux parties les honoraires et les frais déjà perçus pour des procédures ou des décisions que son manquement invaliderait ou auxquelles il enlèverait tout effet juridique. Au cas où le manquement, la résolution ou l'invalidité de la convention de décision d'urgence entraînerait une réclamation ou un différend, les parties peuvent convenir de régler cette réclamation ou ce différend par voie d'arbitrage institutionnel. Les dispositions relatives au choix de l'institution d'arbitrage, de l'arbitre ou du règlement d'arbitrage peuvent être convenues à l'avance par les parties à la convention de règlement des litiges.

36. Le rôle du conseil pour les décisions d'urgence ne se limite pas aux différends qui lui sont soumis dans le cadre du fonctionnement officiel du mécanisme. Le conseil peut également aider à régler les questions qui lui sont soumises conjointement par les parties. Ces dernières peuvent ainsi lui demander de les aider ou de mener des discussions informelles pour tenter de résoudre tout désaccord qui aurait pu survenir entre elles au cours de l'exécution du contrat de PPP. Un appui informel peut être fourni lors de réunions, de visites sur les lieux ou de toute autre manière, à condition que les deux parties soient présentes lors de la rencontre, à moins qu'il n'en ait été convenu autrement. Toutefois, les parties ne sont pas tenues de donner suite aux conseils donnés lors de ces réunions, et le conseil pour les décisions d'urgence n'est lié à aucune décision ni à aucune procédure de règlement des différends future par les points de vue exprimés au cours du processus d'aide informelle.

37. Les contrats de PPP qui prévoient de privilégier le recours à des conseils pour les décisions d'urgence afin de régler leurs différends disposeront normalement

que les décisions de ces conseils sont de nature définitive et contraignante. Conformément à certains contrats de PPP, l'une ou l'autre partie est en droit de déposer un avis d'insatisfaction (ou autre avis similaire) dans un délai donné. À l'expiration de la période concernée, la décision du conseil devient définitive et contraignante. Si un tel avis d'insatisfaction a été donné, les parties sont tenues de tenter de régler le différend à l'amiable ; si elles n'y parviennent pas, elles peuvent recourir à l'arbitrage pour le résoudre. Toutefois, la procédure d'arbitrage peut commencer le dernier jour du délai imparti pour qu'une partie dépose un avis d'insatisfaction, même si aucune tentative n'a été faite pour régler le différend à l'amiable.

f) Arbitrage

38. L'arbitrage est de plus en plus fréquemment mis en œuvre pour régler les différends pouvant surgir dans le cadre de PPP. Dans certains systèmes juridiques, la législation impose d'y avoir recours pour les litiges découlant de marchés publics, y compris les PPP. L'arbitrage est pratiqué à la fois pendant la construction ou l'exploitation de l'ouvrage et à la suite de l'expiration ou de la résiliation du contrat. Les investisseurs privés et les prêteurs préfèrent cette procédure, et l'exigent même souvent, dans la mesure où elle peut être structurée par les parties de manière à être moins formelle qu'une instance juridictionnelle et mieux adaptée à leurs besoins et aux particularités des différends susceptibles de naître dans le cadre du contrat de PPP. Les parties peuvent choisir comme arbitres des personnes ayant une connaissance approfondie du type de projet visé. Elles peuvent aussi choisir le lieu où se tiendra la procédure arbitrale, ainsi que la ou les langue(s) qui y seront utilisées. Une procédure arbitrale perturbera peut-être moins les relations commerciales entre les parties qu'une action en justice. Par ailleurs, l'exécution d'une sentence arbitrale dans des pays autres que celui où elle a été rendue se trouve facilitée par la large acceptation de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958. La possibilité de préserver la confidentialité des procédures d'arbitrage (par opposition aux procédures judiciaires qui, de par leur nature, sont généralement accessibles au public) constituait une raison supplémentaire que les parties invoquaient autrefois souvent pour justifier leur choix pour ce qui concerne les litiges commerciaux.

39. Pour ce qui est en particulier des projets d'infrastructure auxquels participent des investisseurs étrangers, on notera que la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États⁷ peut constituer un cadre pour le règlement des différends entre l'autorité contractante et les sociétés étrangères membres d'un consortium. Cette convention, à laquelle adhèrent à ce jour 154 États, a porté création du Centre international pour

⁷ Voir *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 575, n° 8359.

le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Organisation internationale autonome ayant des liens étroits avec la Banque mondiale, le CIRDI offre des moyens de médiation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des États contractants à des ressortissants d'autres États contractants. Le recours à ses services de médiation et d'arbitrage est volontaire. Cependant, une fois que les parties à un contrat ou à un différend ont consenti à soumettre ce dernier au Centre dans le cadre de la Convention, aucune ne peut retirer unilatéralement ce consentement. Tous les membres du CIRDI, qu'ils soient ou non parties à un différend, sont tenus par la Convention de reconnaître et d'exécuter ses sentences arbitrales. Le consentement des parties à l'arbitrage du Centre peut être donné pour un litige existant ou pour une catégorie déterminée de litiges futurs. Les parties ne sont cependant pas tenues de donner leur consentement pour un projet particulier ; un pays hôte pourrait, dans sa législation sur la promotion des investissements, offrir de soumettre au Centre les différends nés de certaines catégories d'investissements et l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant cette offre par écrit. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est aussi souvent mis en œuvre dans l'arbitrage d'investissement. Ces dernières années, on a observé l'accent croissant mis sur la transparence en matière de règlement des différends entre investisseurs et États, tendance qu'encouragent le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (« Règlement sur la transparence »)⁸, adopté en 2013, et la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (New York, 2014) (« Convention de Maurice sur la transparence »)⁹.

40. Les traités d'investissement bilatéraux peuvent également prévoir un cadre pour le règlement de différends entre l'autorité contractante et les sociétés étrangères (relatifs aux sujets qu'ils couvrent). Dans ces traités, l'État hôte offre généralement aux investisseurs qui sont ressortissants de l'autre État signataire un certain nombre de garanties (voir chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 4 à 6) et manifeste son consentement à l'arbitrage, par exemple, par référence au CIRDI ou à un tribunal arbitral appliquant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI¹⁰.

⁸ Voir note de bas de page 6.

⁹ Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 69/116 du 10 décembre 2014. Entrée en vigueur le 18 octobre 2017, Nations Unies, n° 54749 (pour l'état et le texte de la Convention de Maurice sur la transparence, voir à l'adresse <https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/transparency/>).

¹⁰ Le texte officiel du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, version révisée en 2010, est reproduit dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17 (A/43/17)*, annexe I (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XLI, 2010, première partie, chap. I, sect. A, annexe I (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.13.V.8)). Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, version révisée en 2010, a également été publié sous forme de brochure (Nations Unies, New York, 2011). Il est accompagné d'une clause d'arbitrage type rédigée comme suit : « Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. » L'Assemblée générale a recommandé l'utilisation du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* dans sa résolution 65/22 du 6 décembre 2010.

i) Immunité de l'État souverain

41. Le législateur peut souhaiter réexaminer les lois relatives à l'immunité souveraine et, dans la mesure jugée souhaitable, préciser dans quels domaines les autorités contractantes sont ou non autorisées à invoquer cette immunité. Lorsque l'arbitrage est autorisé et que les parties au contrat de PPP le choisissent pour régler leurs différends, l'application de la convention d'arbitrage peut être malaisée, voire entravée, si l'autorité contractante a la possibilité d'invoquer l'immunité de l'État souverain, soit pour empêcher l'ouverture de la procédure, soit comme moyen de défense contre la reconnaissance et l'exécution de la sentence. Il arrive que les textes législatifs en la matière ne soient pas clairs. Les parties intéressées (par exemple, le partenaire privé, les promoteurs du projet ou les prêteurs) peuvent alors craindre que la convention d'arbitrage ne soit inopérante. Afin d'apaiser de telles craintes, il est souhaitable de réexaminer la législation sur la question et d'indiquer dans quelle mesure l'autorité contractante peut invoquer l'immunité de l'État souverain.

42. En outre, lorsqu'une sentence lui est défavorable, l'autorité contractante peut invoquer l'immunité d'exécution contre les biens de l'État. La question de l'immunité d'exécution des États fait l'objet de diverses approches. Ainsi, dans certaines législations nationales, elle ne s'étend pas aux entités publiques qui ont une activité commerciale. Dans d'autres, il faut qu'existe un lien entre le bien devant être saisi et la demande de saisie dans la mesure où, par exemple, l'immunité ne peut pas être invoquée lorsque la demande porte sur des fonds alloués à une activité économique ou commerciale régie par le droit privé, ou encore lorsqu'il s'agit de biens affectés par l'État à ses activités commerciales. Dans certains pays, on considère qu'il appartient à l'État de prouver que les biens devant faire l'objet d'une saisie n'ont pas d'usage commercial.

43. Dans certains contrats auxquels des entités susceptibles d'invoquer l'immunité souveraine sont parties, on a inclus des clauses stipulant que les pouvoirs publics renoncent à leur droit d'invoquer une telle immunité. Un tel consentement ou une telle renonciation pourrait figurer dans le contrat de PPP ou dans un accord international ; il pourrait s'agir uniquement de reconnaître que certains biens sont utilisés ou destinés à être utilisés à des fins commerciales. De telles clauses écrites peuvent être nécessaires lorsqu'il n'est pas clair que la conclusion d'une convention d'arbitrage et la participation de l'entité publique à une procédure arbitrale constituent une renonciation implicite à l'immunité d'exécution.

ii) Efficacité de la convention d'arbitrage et force exécutoire de la sentence

44. L'efficacité d'une convention d'arbitrage dépend du régime législatif du pays où siège le tribunal arbitral. Si une partie juge que le régime de ce pays en matière d'arbitrage n'est pas satisfaisant, par exemple parce qu'elle estime qu'il soumet

l'autonomie des parties à des restrictions déraisonnables, elle peut souhaiter convenir d'un lieu d'arbitrage situé ailleurs. Il est donc important que le pays hôte garantisse que sa législation interne en matière d'arbitrage règle les principales questions de procédure de manière appropriée pour les arbitrages internationaux. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international¹¹ (« Loi type sur l'arbitrage ») prévoit un tel régime. Si l'arbitrage a lieu en dehors du pays hôte, ou si une sentence rendue dans le pays hôte doit être exécutée à l'étranger, l'efficacité de la convention d'arbitrage dépendra également de la législation qui régit la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (voir par. 13) traite, entre autres, de la reconnaissance d'une convention d'arbitrage et des motifs que peut invoquer le tribunal pour refuser de reconnaître et d'exécuter une sentence. On estime généralement que la Convention offre un régime acceptable et équilibré pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Le fait que le pays hôte y soit partie sera certainement considéré comme un élément crucial lorsqu'il s'agira de déterminer la sécurité juridique des engagements contraignants pris et la fiabilité de l'arbitrage comme méthode de règlement des différends avec les parties du pays. L'exécution à l'étranger d'une sentence arbitrale rendue dans le pays hôte s'en trouverait aussi facilitée.

g) *Procédures juridictionnelles*

45. Comme il a été indiqué plus haut, il existe des systèmes juridiques où le règlement des différends pouvant naître d'accords relatifs à la prestation de services publics relève exclusivement de la compétence des tribunaux judiciaires ou administratifs nationaux. Dans certains pays, les organismes publics ne sont pas autorisés à convenir de procédures d'arbitrage, sauf dans certains cas précis (voir par. 7 à 9), alors que dans d'autres, les parties ont toute liberté de choisir entre instances juridictionnelles et procédures arbitrales.

46. Lorsque les parties ont la possibilité de choisir entre une procédure juridictionnelle et un arbitrage, l'autorité contractante peut avoir des raisons de demander que tout différend soit réglé par les tribunaux du pays hôte, car ceux-ci connaissent bien la législation interne, qui comprend souvent des lois portant spécifiquement

¹¹ Le texte de la Loi type sur l'arbitrage, tel qu'il a été initialement adopté en 1985, est reproduit dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17)*, annexe I (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XVI, 1985, troisième partie, annexe I (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.4). Le texte des articles révisés de la Loi type sur l'arbitrage, tel qu'adopté en 2006, est reproduit dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17 (A/43/17)*, annexe I. Le texte refondu de la Loi type sur l'arbitrage a également été publié sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.08.V.4). Dans sa résolution 40/72 du 11 décembre 1985, l'Assemblée générale a recommandé que tous les États prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international. Elle a réitéré cette recommandation dans sa résolution 61/33 du 4 décembre 2006.

sur le contrat de PPP. Cette préférence de l'autorité contractante ou d'autres organismes publics peut s'expliquer également par le fait qu'ils connaissent bien à la fois les procédures judiciaires locales et la langue qui y est utilisée. Bien que tous les pays ne disposent pas nécessairement de juges formés ou expérimentés dans les types de litiges techniques qui surviennent dans le cadre des projets de PPP, certains d'entre eux ont créé des tribunaux spécialisés qui connaissent des demandes relatives à des contrats commerciaux ou publics complexes, et leurs règles de procédure civile ou administrative peuvent permettre aux juges d'obtenir des conseils d'experts si besoin est. Une autre considération peut être que, dans la mesure où des questions d'ordre public et de protection de l'intérêt général interviennent dans les contrats de PPP, les juridictions étatiques sont mieux à même de donner effet à ces accords.

47. Toutefois, les investisseurs potentiels, les bailleurs de fonds et d'autres parties du secteur privé peuvent ne pas partager les vues de l'autorité contractante sur ce point. Ils peuvent en effet considérer que l'arbitrage est préférable aux procédures juridictionnelles dans la mesure où il relève davantage de l'accord des parties, ce qui permet à celles-ci d'adapter la procédure à leurs besoins particuliers. En outre, compte tenu des questions très techniques et complexes que soulèvent les projets d'infrastructure, les parties peuvent avoir intérêt à ce que leurs différends soient réglés par des arbitres choisis en fonction de leurs connaissances et de leur expérience particulières. Les investisseurs privés, en particulier étrangers, peuvent en outre être réticents à porter un différend devant un tribunal du pays hôte appliquant des règles qu'ils connaissent mal. Certains pays ont constaté que le fait d'autoriser les parties à choisir elles-mêmes un mécanisme de règlement des différends constituait un point positif pour ce qui était d'attirer les investissements étrangers afin de développer leur infrastructure.

48. Les facteurs que les parties prennent généralement en considération pour déterminer si un différend doit être résolu par voie juridictionnelle ou s'il est préférable de prévoir une convention d'arbitrage, à condition que le droit applicable autorise un tel choix, sont, par exemple, la conviction que les tribunaux compétents sont impartiaux et que le différend sera réglé dans des délais raisonnables. Entrent également en ligne de compte l'efficacité du système juridictionnel national et l'existence de voies de recours juridictionnel adaptées aux différends auxquels peut donner lieu le contrat de PPP. Les parties doivent aussi se demander quel organisme de règlement des litiges serait le mieux placé pour traiter des questions techniques dans le domaine où des différends liés au PPP pourraient surgir.

C. Différends entre les promoteurs du projet et entre le partenaire privé et ses prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs

49. Les législations nationales reconnaissent généralement que dans les opérations commerciales, en particulier internationales, les parties sont libres de convenir du for qui statuera, par une décision ayant force obligatoire, sur tout différend pouvant surgir entre elles. En ce qui concerne les opérations internationales, l'arbitrage est devenu la méthode préférée, qu'il soit ou non précédé d'une médiation ou associé à cette dernière. Les contrats relatifs à des projets d'infrastructure passés entre le partenaire privé et les prêteurs, entrepreneurs et fournisseurs sont généralement considérés comme des accords commerciaux. En conséquence, les parties à ces contrats sont habituellement libres de choisir le mode de règlement des différends qu'elles entendent privilégier, qui inclut dans la plupart des cas l'arbitrage. Les prêteurs, toutefois, quoique favorisant le plus souvent l'arbitrage pour le règlement des différends issus du contrat de PPP (et de plus en plus également des différends entre eux), préfèrent souvent les procédures juridictionnelles pour régler les litiges auxquels les accords de prêts entre eux et le partenaire privé peuvent donner lieu. Lorsque la méthode préférée est l'arbitrage, les parties souhaiteront normalement pouvoir sélectionner le lieu où il se tiendra et déterminer s'il devra être ou non organisé par un organisme spécialisé. Les pays hôtes qui souhaitent créer un climat juridique favorable aux PPP seraient avisés de réexaminer leurs lois en ce qui concerne ces contrats de façon à éliminer toute incertitude quant à la liberté des parties de convenir des modes de règlement des différends.

D. Différends auxquels sont parties des clients ou des usagers de l'infrastructure

50. Selon le type de projet considéré, le partenaire privé peut fournir des biens et des services à diverses personnes et entités, telles que des entreprises étatiques de services publics qui lui achètent de l'électricité ou de l'eau pour la revendre aux utilisateurs finals ; des sociétés commerciales, telles que des compagnies aériennes ou des compagnies maritimes qui passent un contrat pour l'utilisation d'un aéroport ou d'un port ; ou des particuliers s'acquittant d'un droit de péage pour emprunter une voie routière. Les considérations et les politiques concernant le règlement des différends susceptibles de naître de ces relations juridiques peuvent varier en fonction des parties, des conditions dans lesquelles les services sont fournis et du régime réglementaire applicable.

51. Lorsque des particuliers sont les utilisateurs finals du service fourni par le partenaire privé, des règles spéciales en matière de protection des consommateurs

peuvent également s'ajouter aux exigences particulières énoncées dans les textes législatifs spécifiques (pour les lois relatives à la protection des consommateurs, voir également le chapitre VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 50 et 51). Ainsi, dans certains pays, les prestataires de services publics sont tenus par la loi de mettre en place des mécanismes spéciaux simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations de leurs clients. Cette réglementation spéciale est habituellement limitée à certains secteurs industriels et s'applique aux achats de biens ou de services par des clients. Elle peut s'appliquer de manière générale aux réclamations déposées par tous les clients du partenaire privé ou être limitée aux particuliers n'agissant pas en tant que commerçants. L'obligation du partenaire privé peut être limitée à la mise en place d'un mécanisme de réception et de traitement des réclamations de particuliers, tel qu'une facilité ou un service spécialement chargé au sein de la société de projet de recevoir et traiter rapidement les réclamations avec, par exemple, mise à la disposition des clients de formulaires types ou de numéros de téléphone gratuits. Si la question n'est pas résolue de manière satisfaisante, le client peut avoir le droit de porter plainte devant un organisme de réglementation, s'il en existe, qui, dans certains pays, peut être habilité à rendre une décision obligatoire. De tels mécanismes sont souvent facultatifs pour le consommateur et n'empêchent pas les personnes lésées d'entamer une action en justice.

52. Si les clients sont des entreprises de services publics (par exemple, une société de distribution d'électricité) ou des entreprises commerciales (par exemple, une grosse usine achetant de l'électricité directement à un producteur indépendant) qui choisissent librement les services fournis par le partenaire privé et négocient les clauses de leurs contrats, les parties régleront généralement leurs éventuels litiges par les méthodes habituellement prévues dans les contrats commerciaux, y compris l'arbitrage. Il peut donc ne pas être nécessaire de traiter la question du règlement de ces différends dans la législation relative aux PPP. Toutefois, lorsque les clients du partenaire privé sont des entités publiques, leur liberté peut être limitée par les règles du droit administratif régissant le règlement des différends auxquels sont parties des entités publiques. Pour les pays qui souhaitent autoriser le recours à des méthodes extrajudiciaires, y compris l'arbitrage, pour le règlement des différends entre le partenaire privé et ceux de ses clients qui sont des entités publiques, il est important d'éliminer les obstacles juridiques éventuels et d'autoriser clairement ces entités à convenir de modes de règlement de leurs différends (voir par. 7 à 9).

VII. Autres domaines pertinents du droit

A. Remarques générales

1. Le stade de développement de la législation pertinente du pays hôte, la stabilité de son système juridique et l'adéquation des recours mis à la disposition des particuliers et des entreprises privées sont des éléments essentiels du cadre juridique général applicable aux PPP. En passant en revue et, lorsqu'il y a lieu, en améliorant les lois en vigueur dans les domaines qui intéressent directement les PPP, le pays hôte contribuera largement à créer un climat propice aux investissements du secteur privé dans les infrastructures et les services publics. Une plus grande sécurité juridique et un cadre juridique favorable se traduiront par une meilleure évaluation des risques de pays par les prêteurs et les investisseurs, ce qui permettra de mobiliser à moindres frais des capitaux privés et réduira la nécessité d'un appui ou de garanties des pouvoirs publics (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 56 à 86).

2. Un PPP bien préparé et planifié peut avoir des retombées positives pour le développement économique et social d'un pays et jouer un rôle important dans sa stratégie en matière d'infrastructures (voir chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 2 à 20, pour ce qui est des principes généraux orientant les stratégies nationales en matière de PPP). Les PPP peuvent aussi aider les États à atteindre de nombreux objectifs de développement durable (voir chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 3). Toutefois, de par leur dimension et le financement important qu'ils nécessitent, ces projets peuvent avoir des incidences majeures sur le cadre économique, social et environnemental du pays hôte, incidences qui entraînent des changements législatifs que les pays concernés souhaiteront peut-être examiner de près. À cet égard, la section B met en relief quelques aspects des lois du pays hôte qui, sans nécessairement concerner directement les PPP, peuvent influencer leur réalisation (voir par. 3 à 60). La section C analyse l'applicabilité éventuelle de quelques accords internationaux importants à la mise en œuvre de projets de PPP dans le pays hôte (voir par. 61 à 65).

B. Autres domaines pertinents du droit

3. En plus des aspects de la législation qui visent directement les PPP, un cadre juridique propice exige l'adoption de dispositions appropriées dans d'autres domaines du droit. L'existence d'une législation encourageant et protégeant les investissements privés dans les activités économiques attirera de tels investissements dans les infrastructures et les services. Les paragraphes qui suivent indiquent seulement quelques aspects d'autres domaines du droit pouvant avoir un impact sur la réalisation de projets d'infrastructure. L'existence de dispositions appropriées dans ces autres domaines peut faciliter un certain nombre d'opérations nécessaires pour exécuter des projets d'infrastructure et contribuer à réduire le risque juridique perçu de l'investissement dans le pays hôte.

1. *Promotion et protection des investissements*

4. Un point qui intéresse particulièrement les promoteurs de projets et les prêteurs est le degré de protection accordé aux investissements dans le pays hôte. Les investisseurs étrangers voudront avoir l'assurance qu'ils seront protégés contre une nationalisation ou une expropriation sans possibilité de recours judiciaire ni indemnisation appropriée conformément aux règles en vigueur dans le pays hôte et aux normes de droit international. Les promoteurs souhaiteront également savoir dans quelle mesure ils pourront, entre autres, faire venir dans le pays sans restriction déraisonnable le personnel qualifié nécessaire pour travailler sur le projet, importer les biens et le matériel nécessaires, avoir accès aux devises étrangères dont ils auront besoin et transférer à l'étranger ou rapatrier leurs bénéfices et les sommes nécessaires au remboursement de prêts qu'ils auront contractés aux fins du projet de PPP. Outre les garanties spécifiques que peuvent fournir les pouvoirs publics (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 71 à 76), l'adoption de mesures législatives touchant la promotion et la protection des investissements peut beaucoup faciliter la réalisation de projets de PPP. Les pays qui disposent déjà d'une législation adéquate en matière de protection des investissements pourront envisager d'étendre expressément cette protection aux projets de PPP. Ceux qui souhaitent élaborer une politique cohérente et efficace de promotion et de protection des investissements pourront s'inspirer des principes directeurs contenus dans le Cadre pour les politiques d'investissement adopté par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)¹.

5. Des pays toujours plus nombreux ont conclu des accords bilatéraux qui visent à faciliter et à protéger les flux d'investissements entre les parties contractantes.

¹Le Cadre de la CNUCED pour les politiques d'investissement au service du développement durable (UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/3) et les « Principes directeurs pour l'élaboration de politiques d'investissement » sont disponibles à l'adresse <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ipfsd> (en anglais seulement).

Ces accords comportent généralement des dispositions concernant l'admission et le traitement des investissements étrangers, le transfert des capitaux entre les parties contractantes (par exemple, versement de dividendes à l'étranger ou rapatriement des investissements), la disponibilité de devises étrangères pour le transfert ou le rapatriement du produit des investissements, la protection contre l'expropriation et la nationalisation et le règlement des différends relatifs aux investissements en dehors du pays hôte (voir chap. VI, « Règlement des différends », par. 38 à 40). L'existence d'un tel accord entre le pays hôte et le ou les pays d'origine des promoteurs du projet peut jouer un rôle important dans la décision d'investir dans le pays hôte. De plus, selon ses conditions, un tel accord peut réduire le besoin d'assurances ou de garanties de l'État pour des projets d'infrastructure particuliers. Le guide de la CNUCED sur le Cadre pour les politiques d'investissement (voir par. 4) est aussi conforme à une telle approche. Il recommande les moyens de définir et de mettre en œuvre une stratégie dans l'écheveau complexe et fragmenté des traités multilatéraux.

6. En outre, dans un certain nombre de pays, des règles visant à faciliter et protéger les flux d'investissements (portant aussi sur des domaines tels que la législation sur l'immigration, le contrôle des importations et le contrôle des changes) sont contenues dans des lois qui n'ont pas nécessairement pour base un traité bilatéral ou multilatéral.

2. *Droit de la propriété*

7. Il est souhaitable que le droit de la propriété du pays hôte corresponde à des normes internationales acceptables et contienne des dispositions adéquates sur la propriété et l'utilisation des terrains et immeubles ainsi que des biens meubles et incorporels, et permette au partenaire privé d'acheter, de vendre et de transférer des biens, ou d'en autoriser l'utilisation, selon les cas. On a constaté que l'existence de dispositions constitutionnelles garantissant les droits de propriété contribuait largement à attirer et à encourager les investissements privés dans de nombreux pays.

8. Lorsque le partenaire privé est propriétaire des terrains sur lesquels est réalisé l'ouvrage, il importe que la propriété ou le droit de jouissance de ces terrains puisse être établi clairement et sans équivoque par des procédures adéquates d'enregistrement et de publicité. Le partenaire privé et les prêteurs auront besoin d'une preuve claire que ceux-ci ne donneront pas matière à litige. Autrement dit, ils hésiteront à engager des fonds pour le projet si les lois du pays hôte ne fournissent pas de moyens satisfaisants d'établir la propriété ou le droit de jouissance à long terme des terrains.

9. Dans certains pays, les droits de propriété accordés au partenaire privé, le cas échéant, peuvent être limités par la législation applicable aux biens publics, surtout

pour ce qui est des projets de PPP développés sur des terrains appartenant à l'État ou à une autre autorité publique. Dans la pratique, la législation relative aux biens publics interdit généralement au partenaire privé d'utiliser un tel terrain à une fin étrangère au projet, comme la sous-location d'une partie du terrain à des tiers pour générer des revenus supplémentaires. Lorsqu'un tel régime particulier existe, le contrat de PPP confère au partenaire privé le droit d'utiliser le terrain pendant la durée du contrat, sous réserve qu'il respecte son affectation légale pour l'usage public spécifique indiqué dans le contrat de PPP (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 24).

10. Il faut en outre mettre en place des mécanismes efficaces permettant de faire respecter les droits de propriété et de possession accordés au partenaire privé. Ces mécanismes devraient également s'appliquer aux servitudes dont le partenaire privé peut avoir besoin pour fournir les services requis (par exemple, pose de pylônes et de câbles sur des terrains privés pour la distribution d'électricité) (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 32 à 34).

3. Sûretés

11. Comme cela a été indiqué précédemment (voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 60 à 69), les dispositions relatives aux garanties dans les projets de PPP peuvent être complexes et prévoir diverses formes de garanties, par exemple une sûreté sur certains biens matériels du partenaire privé (hypothèque ou nantissement, par exemple), le gage d'actions du partenaire privé et la cession de biens incorporels (créances) du projet. Alors que le droit applicable aux accords de prêts est généralement celui choisi par les parties, c'est dans la plupart des cas la loi du pays hôte qui détermine le type d'action en garantie pouvant être engagée contre des biens situés dans le pays hôte et les recours disponibles.

12. Les différences dans les types de garanties ou les limites relatives aux recours disponibles en vertu des lois du pays hôte peuvent être une source de préoccupation pour les prêteurs potentiels. Il est donc important de veiller à ce que le droit interne prévoit une protection juridique suffisante pour les créanciers garantis et ne fasse pas obstacle à la capacité des parties d'établir des arrangements appropriés en la matière. En raison des différences marquées qui caractérisent le droit des sûretés en vigueur dans les différents pays, le *Guide* n'analyse pas en détail les aspects techniques des dispositions législatives requises, mais se contente de donner, dans les paragraphes qui suivent, un aperçu général des principaux éléments d'un régime moderne des opérations garanties.

13. Dans certains systèmes juridiques, des sûretés peuvent être constituées sur presque tous les types de biens, y compris la propriété intellectuelle, tandis que

dans d'autres elles ne peuvent l'être que sur une catégorie limitée de biens, comme les biens immobiliers. Dans d'autres encore, des sûretés peuvent être constituées sur des biens qui n'existent pas encore (biens futurs) ou sur l'ensemble des biens d'une société, tout en permettant à celle-ci de continuer d'en disposer dans le cours normal de ses affaires. Quelques systèmes juridiques prévoient des sûretés sans dépossession, qui permettent au créancier d'obtenir une garantie, même s'il n'a pas la possession effective des biens en question ; d'autres prévoient qu'une sûreté ne peut être constituée, dans le cas de biens dont le titre de propriété n'est pas soumis à enregistrement, que moyennant possession physique ou virtuelle. Dans certains systèmes juridiques, la sûreté peut être réalisée sans l'intervention des tribunaux, alors qu'elle est indispensable dans d'autres. Certains pays prévoient, parmi les moyens de réalisation, non seulement la vente du bien grevé, mais aussi la prise de possession ou la nomination d'un administrateur judiciaire ; dans d'autres, le principal moyen de réalisation à la disposition du créancier est la vente judiciaire. Dans différents pays, certains types de sûretés confèrent des droits ayant priorité sur ceux des créanciers privilégiés tandis que, dans d'autres, ces derniers priment sur tous les autres types de créanciers garantis. La constitution d'une sûreté est peu coûteuse dans certains pays, les droits et taxes à acquitter étant minimes, tandis qu'elle est onéreuse dans d'autres. Certains pays n'imposent aucune limite au montant de la sûreté tandis que, dans d'autres, celle-ci ne peut pas être excessive par rapport au montant de la créance. Certains systèmes juridiques imposent au créancier garanti certaines obligations en cas de réalisation de la sûreté, par exemple celle de prendre les dispositions nécessaires pour que le bien soit vendu à sa juste valeur marchande.

14. Les dispositions relatives à la protection juridique de base peuvent prévoir qu'une sûreté réelle (par exemple, une hypothèque) peut faire l'objet d'une inscription pour garantir que, dès lors que celle-ci a été consignée au registre central des titres de propriété ou autre registre public, tout acheteur du bien auquel la sûreté est attachée est tenu de prendre ce bien soumis à la sûreté. Cela peut toutefois être difficile, car nombre de pays n'ont pas de registre central de la propriété. En outre, la sûreté devrait être opposable aux tiers, avoir le caractère d'un droit de propriété et non d'une simple obligation, et devrait habiliter la personne qui la reçoit à vendre, dans une procédure de réalisation, les biens pris en garantie.

15. Un autre aspect important a trait à la latitude donnée aux parties pour définir les biens susceptibles de servir de garantie. Dans certains systèmes juridiques, cette latitude est grande. Parfois, des sûretés peuvent être constituées sur l'ensemble des biens d'une entreprise, ce qui permet de vendre celle-ci en vue de la poursuite de l'activité, et peut aider à sauver une entreprise en difficulté tout en augmentant les sommes pouvant être recouvrées par le créancier garanti. D'autres systèmes juridiques, en revanche, permettent uniquement la constitution d'une sûreté sur des biens spécifiques et ne reconnaissent pas les sûretés portant sur la totalité des biens

du débiteur. Il peut également y avoir des limites à la capacité du débiteur de négocier les biens constitués en garantie. Étant donné ces limites et restrictions, il est difficile, sinon impossible, pour le débiteur de constituer des sûretés sur des biens décrits de façon générique ou sur des biens faisant l'objet d'échanges dans le cours normal de ses affaires.

16. Les PPP s'inscrivant dans la durée, les parties peuvent souhaiter définir les biens susceptibles d'être grevés de sûretés à titre particulier ou général. Elles peuvent souhaiter également que ces sûretés portent sur des biens présents ou futurs et sur des biens qui pourraient changer pendant la durée de la garantie. Il peut être bon d'examiner les dispositions existantes sur les sûretés réelles afin d'inclure des dispositions permettant aux parties de conclure des arrangements appropriés les concernant.

17. Divers organismes intergouvernementaux internationaux, y compris la CNUDCI, ont élaboré des instruments qui peuvent servir de modèle pour l'élaboration ou la modernisation de la législation relative aux sûretés. Ainsi, la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières² fournit un cadre transparent, complet et moderne relatif au financement garanti qui peut répondre aux besoins des parties intervenant dans des PPP, comme on l'a vu plus haut (voir par. 11 à 15). La Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international³ constitue elle aussi un outil utile pour éliminer les obstacles aux transactions transfrontières, essentielles au financement des projets de PPP. La Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Convention du Cap)⁴ et les Protocoles ultérieurs relatifs à l'aéronautique⁵, au rail⁶, à l'espace⁷, et aux matériels d'équipement miniers, agricoles et de construction⁸, constituent un autre ensemble d'instruments internationaux pertinents dans le domaine des sûretés internationales. Élaborés sous les auspices de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), ces instruments

² La Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières (2016) est disponible à l'adresse https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/19-08780_f_ebook.pdf.

³ La Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 2001) est disponible à l'adresse <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/ctc-assignment-convention-f.pdf>.

⁴ Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001).

⁵ Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001).

⁶ Protocole portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Luxembourg, 2007).

⁷ Protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Berlin, 2012).

⁸ Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement miniers, agricoles et de construction à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Pretoria, 2019).

prévoient l'existence de droits sûrs et opposables – notamment grâce à un registre international électronique – sur des biens meubles pouvant faire l'objet d'une transaction liée à un PPP.

4. *Droit de la propriété intellectuelle*

18. Les PPP font souvent appel à des technologies nouvelles ou de pointe protégées par des brevets ou par des droits de propriété intellectuelle similaires. Ils peuvent également impliquer la formulation et la soumission de solutions originales ou novatrices, qui peuvent constituer une information exclusive appartenant à leur auteur au titre de la protection des droits d'auteur. Les investisseurs privés, nationaux et étrangers, qui apportent une technologie nouvelle ou de pointe dans le pays hôte ou élaborent des solutions originales devront donc avoir l'assurance que leurs droits de propriété intellectuelle seront protégés et qu'ils seront en mesure de les faire valoir contre toute atteinte qui leur serait portée, ce qui peut nécessiter l'adoption de dispositions de droit pénal pour combattre de telles violations. Cette protection devra être assurée pendant toutes les étapes d'un projet de PPP, en commençant par la phase d'attribution du contrat, pendant laquelle les soumissionnaires fournissent des informations confidentielles, dans leur dossier de soumission, à l'autorité contractante (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 132), puis pendant les phases de construction et d'exploitation, lors desquelles le partenaire privé peut utiliser une technologie ou un savoir-faire exclusif et exiger des garanties quant à la protection de ses droits de propriété intellectuelle.

19. L'adhésion aux accords internationaux concernant la protection et l'enregistrement des droits de propriété intellectuelle permet de disposer d'un cadre juridique pour la protection de la propriété intellectuelle. Il serait souhaitable de renforcer la protection des droits de propriété intellectuelle en s'inspirant d'instruments comme la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de 1883⁹. Cette Convention s'applique à la propriété industrielle au sens large, notamment aux inventions, marques, dessins et modèles industriels, modèles d'utilité, noms commerciaux et indications géographiques, et à la répression de la concurrence déloyale. Elle dispose que, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, les États contractants doivent accorder le traitement national. Elle établit également un droit de priorité dans le cas des brevets, marques et dessins industriels, et contient un petit nombre de règles communes que tous les États contractants doivent suivre en matière de brevets, marques, dessins industriels, noms commerciaux, indications d'origine, concurrence déloyale et administrations nationales. Un autre instrument de protection internationale des brevets est le Traité

⁹ Telle que révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, et telle qu'amendée le 2 octobre 1979.

de 1970 sur la coopération en matière de brevets, qui permet au déposant de demander la protection d'une invention simultanément dans plusieurs États en déposant une demande internationale. Dans certains pays, les normes internationales sont complétées par des lois visant à assurer une protection juridique aux nouveautés technologiques, par exemple des lois protégeant les droits de propriété intellectuelle sur les logiciels et le matériel informatique. Par ailleurs, le Traité sur le droit des brevets¹⁰ vise à harmoniser les procédures de forme relatives aux demandes et aux brevets nationaux et régionaux.

20. D'autres instruments importants concernant la protection internationale des droits de propriété industrielle sont l'Arrangement de Madrid de 1891 concernant l'enregistrement international des marques¹¹, le Protocole de 1989 relatif à cet Arrangement, et le Règlement d'exécution commun à l'Arrangement de Madrid et au Protocole y relatif de 1998. L'Arrangement de Madrid prévoit l'enregistrement international des marques applicables aux produits ou services auprès du Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). L'enregistrement international des marques en vertu de l'Arrangement de Madrid produit des effets dans plusieurs pays, voire dans tous les États contractants (sauf le pays d'origine). En outre, le Traité sur le droit des marques de 1994 a pour objectif de simplifier et d'harmoniser les procédures concernant les demandes d'enregistrement des marques, de changement après l'enregistrement et de renouvellement de l'enregistrement.

21. En matière de dessins industriels, l'Arrangement de La Haye de 1925 concernant le dépôt international des dessins ou modèles industriels¹² régit le dépôt international des dessins ou modèles industriels au Bureau international de l'OMPI. Le dépôt international produit, dans chacun des États contractants désignés par le déposant, les mêmes effets que si toutes les formalités requises par le droit interne pour protéger le dessin industriel avaient été accomplies par le déposant et si tous les actes administratifs nécessaires à cette fin avaient été accomplis par le service compétent de ce pays.

22. À ce jour, la convention multilatérale la plus complète sur la propriété intellectuelle est l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (« Accord sur les ADPIC ») qui a été négocié sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995. Les domaines de la propriété intellectuelle sur lesquels il porte

¹⁰ Traité sur le droit des brevets (Genève, 1^{er} juin 2000).

¹¹ Tel que révisé à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Nice le 15 juin 1957 et à Stockholm le 14 juillet 1967.

¹² Avec l'Acte additionnel de Monaco de 1961, l'Acte complémentaire de Stockholm de 1967 tel que modifié le 28 septembre 1979 et le Règlement d'exécution de l'Arrangement de La Haye concernant le dépôt international des dessins ou modèles industriels de 1998.

sont les suivants : droit d'auteur et droits connexes (c'est-à-dire les droits des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion) ; marques de fabrique ou de commerce, y compris les marques de service ; indications géographiques, y compris les appellations d'origine ; dessins et modèles industriels ; brevets, y compris la protection des obtentions végétales ; schémas de configuration de circuits intégrés ; et renseignements non divulgués, y compris les secrets commerciaux et les données résultant d'essais. Pour chacun des principaux domaines de la propriété intellectuelle qu'il couvre, l'Accord sur les ADPIC établit les normes minimales de protection que doit assurer chaque partie contractante en exigeant en premier lieu que soient respectées les obligations de fond énoncées, entre autres, dans la Convention de Paris dans sa version la plus récente. Les principales dispositions de fond de cette convention sont incorporées par référence et deviennent donc des obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. Ce dernier introduit en outre un nombre important d'obligations supplémentaires dans les domaines où les conventions préexistantes sur la propriété intellectuelle sont muettes ou jugées insuffisantes. Il expose aussi certains principes généraux applicables à toutes les procédures visant à faire valoir les droits de propriété intellectuelle. Il contient enfin des dispositions sur les procédures et mesures correctives civiles et administratives, les mesures provisoires, les prescriptions spéciales concernant les mesures à la frontière et les procédures pénales, qui précisent, de manière assez détaillée, les procédures et mesures correctives qui doivent être prévues pour permettre aux titulaires de droits de propriété intellectuelle de les faire respecter efficacement.

5. Règles et procédures relatives à l'expropriation de biens privés

23. Lorsque les pouvoirs publics se chargent de fournir les terrains nécessaires pour la réalisation du projet, ils peuvent les acheter à leurs propriétaires ou bien, si besoin est, procéder à une acquisition forcée, moyennant une compensation adéquate, dans le cadre de procédures d'expropriation (ou d'acquisition forcée) (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 29 à 31). De nombreux pays ont une législation régissant les procédures d'expropriation, et celle-ci s'appliquerait vraisemblablement à toute expropriation requise pour des projets de PPP.

24. L'expropriation peut s'effectuer dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire ou bien en vertu d'un acte législatif spécial. Dans la plupart des cas, la procédure comporte des étapes administratives et judiciaires, qui peuvent être longues et complexes. Par conséquent, l'État souhaitera peut-être envisager de revoir les règles existantes en matière d'expropriation pour des raisons d'intérêt général, pour s'assurer qu'elles répondent aux besoins des vastes projets d'infrastructure qui sont considérés comme des priorités nationales ou internes et dont on estime qu'ils seront bénéfiques tant pour la population que pour l'économie. Une telle révision

devrait, entre autres, déterminer si les règles applicables permettent la mise en œuvre de procédures rapides et d'un bon rapport coût-efficacité, tout en assurant une protection adéquate des droits des propriétaires. Dans la mesure autorisée par la loi et compte tenu de l'étude d'impact sur l'environnement et la société qui aura été réalisée lors de la phase initiale du projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 17 à 20), il est important de donner à l'État les moyens de prendre possession du bien sans délai inutile, afin d'éviter une hausse des coûts du projet.

6. *Marchés publics*¹³

25. Dans nombre de systèmes juridiques, la prestation des services publics est régie par un corpus juridique appelé droit administratif, qui régit une large gamme d'attributions étatiques. Ces systèmes sont fondés sur le principe selon lequel l'État peut exercer ses pouvoirs et ses attributions par acte ou contrat administratif, étant entendu qu'il lui est aussi loisible de conclure des contrats privés sous réserve du droit régissant les contrats commerciaux privés. Les différences entre ces deux types de contrats peuvent être importantes.

26. En droit administratif, le principe de l'autonomie et de la liberté contractuelle dont jouissent les parties à un contrat privé est subordonné à l'intérêt général. Dans certains systèmes juridiques, l'État a le droit de modifier la portée et les dispositions des contrats administratifs, voire de les résilier pour des motifs d'intérêt général, sous réserve, habituellement, de réparation du préjudice subi par le partenaire privé (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 29, 30 et 54). Il peut également avoir de larges droits de suivi et d'inspection, ainsi que le droit de sanctionner le partenaire privé qui manque à ses obligations. Ces droits sont souvent compensés par l'obligation d'apporter au contrat les autres changements nécessaires pour rétablir l'équilibre financier initial entre les parties et pour préserver la valeur générale du contrat pour le partenaire privé (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 135 à 144). Dans certains systèmes juridiques, les différends découlant de contrats conclus avec l'État relèvent de la compétence exclusive de tribunaux spéciaux qui connaissent exclusivement des questions administratives, tribunaux qui, dans certains pays, ne font pas partie du système judiciaire ou constituent un système judiciaire distinct (voir chap. VI, « Règlement des différends », par. 45 à 48).

¹³ Le lecteur voudra peut-être noter que, dans la plupart des pays, quelle que soit leur tradition juridique, les contrats de PPP sont soumis à des procédures d'appel d'offres spécifiques, parfois fondées sur les lois relatives aux marchés publics. Pour une référence aux lois sur la passation des marchés, y compris les normes élaborées par la CNUDCI, telles que la Loi type de la CNUDCI sur les marchés publics (2011), voir le chapitre III, « Attribution du contrat ».

27. Dans d'autres systèmes juridiques, on considère fréquemment que le meilleur moyen de préserver l'état de droit est de soumettre l'État au droit privé ordinaire. Il est généralement admis que l'État ne saurait, par contrat, entraver l'exercice de ses attributions souveraines. Il ne peut pas limiter ses pouvoirs exécutifs futurs dans l'accomplissement des attributions étatiques qui touchent l'intérêt général. Selon la doctrine des actes souverains appliquée dans certains pays de *common law*, l'État, en sa qualité de contractant, est dégagé de ses obligations contractuelles si, en sa qualité d'entité souveraine, il promulgue dans l'intérêt général des lois, décrets ou arrêtés qui l'empêchent d'honorer ses obligations. Ainsi, la loi peut autoriser une autorité publique à modifier des droits contractuels acquis. Habituellement, ce droit est limité, de manière que les changements apportés au contrat ne puissent pas être tels que l'autre partie ne puisse pas raisonnablement s'y adapter. En pareilles circonstances, la partie privée a habituellement droit à une certaine forme d'indemnisation ou de réparation équitable. En prévision d'une telle éventualité, on inclut dans certains pays une clause standard concernant les « changements de circonstances » dans les contrats passés avec l'État, pour permettre à celui-ci de modifier par décision unilatérale les conditions du contrat ou de stipuler que le contrat sera modifié s'il intervient un acte de puissance publique.

28. Ces systèmes juridiques justifient les prérogatives spéciales dont bénéficient les organismes publics par des motifs d'intérêt général. Toutefois, il est généralement admis que ces prérogatives, et en particulier le pouvoir de modifier par décision unilatérale les clauses d'un contrat, risquent, si elles sont abusivement invoquées, de porter atteinte aux droits acquis des entreprises travaillant avec l'État. Aussi les pays qui sont coutumiers des PPP ont-ils mis en place une série de mécanismes de contrôle et de recours pour protéger les cocontractants des organismes publics contre tout acte arbitraire ou irrégulier de la part des autorités publiques, tels que l'accès à des organes impartiaux de règlement des différends et des plans d'indemnisation intégrale en cas d'abus de pouvoir. En l'absence d'une telle protection, les investisseurs potentiels peuvent considérer que les règles de droit conférant aux autorités publiques des prérogatives spéciales constituent un risque impondérable qui peut les décourager. Aussi certains pays ont-ils revu leur législation sur les marchés publics de façon à garantir la protection nécessaire pour encourager l'investissement privé et à supprimer les dispositions qui avaient fait naître des doutes quant à la stabilité contractuelle à long terme indispensable à la réalisation de projets d'infrastructure. On pourra apporter davantage de clarté aux soumissionnaires et les mettre à l'aise en leur fournissant, lors de la phase de soumission, tous les renseignements nécessaires concernant les règles applicables aux contrats publics et le droit administratif de l'État concerné, afin de s'assurer qu'ils comprennent les prérogatives spéciales auxquelles les organismes publics peuvent recourir (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 14 et 76).

7. Contrats privés

29. Le droit régissant les contrats privés a une incidence importante sur les contrats conclus par le partenaire privé avec ses sous-traitants, ses fournisseurs et d'autres tiers du secteur privé. Le droit interne relatif aux contrats privés doit apporter des solutions adéquates aux besoins des parties contractantes, y compris la souplesse requise dans l'élaboration des contrats nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'ouvrage. Outre certains éléments essentiels à un droit des contrats approprié, tels que la reconnaissance générale de l'autonomie des parties, la possibilité de faire exécuter par voie juridictionnelle les obligations contractuelles et des recours adéquats en cas de rupture du contrat, les lois du pays hôte peuvent créer un environnement favorable pour les PPP en facilitant les arrangements contractuels susceptibles d'être utilisés pour ces projets. Il importe aussi de mettre en place une série adéquate de règles de droit international privé, car il est très probable que les contrats conclus par le partenaire privé comporteront, sous une forme ou une autre, certains éléments internationaux.

30. Lorsqu'un nouvel ouvrage doit être construit, le partenaire privé peut avoir besoin d'importer de grandes quantités de matériel et de fournitures. L'existence, dans le droit du pays hôte, de dispositions spécialement adaptées aux contrats de vente internationale réduira l'incertitude juridique entourant ces opérations. L'adhésion à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)¹⁴ ou à d'autres instruments internationaux traitant de contrats particuliers, tels que la Convention sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988)¹⁵, élaborée par UNIDROIT, permet de disposer d'un cadre juridique particulièrement adapté.

8. Droit des sociétés

31. Pour la plupart des projets comportant la mise en place d'un nouveau projet de PPP, les promoteurs créeront la société de projet sous forme de personne morale distincte dans le pays hôte (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 13 à 20). Il est reconnu que cette entité pourra prendre des formes diverses dans différents pays, et qu'elle ne sera pas nécessairement constituée en société. Cependant, comme la forme sociale est la plus souvent choisie, il importe que le pays hôte ait un droit des sociétés approprié comportant des dispositions modernes sur des aspects essentiels tels que les procédures de création, l'administration des sociétés, l'émission, la vente ou la cession d'actions, les états

¹⁴ Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.10.V.14), première partie.

¹⁵ Actes de la Conférence diplomatique pour l'adoption des projets de conventions d'Unidroit sur l'affacturage international et le crédit-bail international, Ottawa, 9-28 mai 1988, vol. I.

comptables et financiers et la protection des actionnaires minoritaires. En outre, reconnaître aux investisseurs le droit de constituer des entités distinctes pour mobiliser et décaisser des fonds peut faciliter le bouclage du montage financier du projet (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 67).

32. Bien que diverses formes de personne morale soient possibles, une caractéristique commune est que les propriétaires (ou actionnaires) de l'entité du partenaire privé voudront limiter leur responsabilité à la valeur de leur participation au capital social. S'il est prévu que la société de projet proposera des actions au public, il faudra une responsabilité limitée, car les investisseurs potentiels, en général, n'achèteront ces actions qu'à des fins d'investissement et n'interviendront pas directement dans l'exploitation de la société de projet. Il est donc important que le droit du pays hôte comporte des dispositions adéquates concernant la limitation de la responsabilité des actionnaires. En outre, des dispositions appropriées régissant l'émission d'obligations ou d'autres titres par des sociétés commerciales permettront au partenaire privé de se procurer des fonds auprès d'investisseurs sur le marché des valeurs, ce qui facilitera le financement de certains projets.

33. La législation devrait définir la responsabilité des administrateurs de la société de projet, y compris les cas dans lesquels leur responsabilité pénale peut être engagée. Elle pourra également comporter des dispositions tendant à assurer la protection des tiers lésés par tout manquement de la part des administrateurs à leur responsabilité sociale. Le droit moderne des sociétés comporte souvent des dispositions spécifiques régissant la conduite des gestionnaires de façon à prévenir les conflits d'intérêts. Les dispositions de ce type exigent que les gestionnaires agissent de bonne foi au mieux des intérêts de la société et n'utilisent pas leur position pour promouvoir leurs intérêts financiers propres ou ceux d'autres personnes au détriment de la société. De telles dispositions peuvent être particulièrement utiles dans le cas des projets d'infrastructure, où le partenaire privé peut souhaiter recourir aux services de ses propres actionnaires, à un stade ou à un autre du projet, pour l'exécution de travaux ou la fourniture de services en rapport avec le projet (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 109 et 110).

34. Il importe que la loi régisse de façon satisfaisante le processus de décision pour les assemblées des actionnaires et les réunions des organes de direction de la société (par exemple, conseil d'administration ou conseil de surveillance). La protection des droits des actionnaires et en particulier des actionnaires minoritaires contre les abus des actionnaires dominants ou majoritaires est un élément important du droit moderne des sociétés. Il convient également de prévoir des mécanismes pour le règlement des différends entre actionnaires, ainsi que de reconnaître le droit des actionnaires de régler un certain nombre d'autres questions concernant la gestion du partenaire privé en concluant des accords entre eux ou des contrats de gestion avec les administrateurs de celui-ci.

9. Droit fiscal et questions fiscales à l'échelle internationale

35. Outre les incitations fiscales que le pays hôte peut offrir à tous les investisseurs ou les incitations spéciales accordées pour la réalisation de PPP en général ou de certains projets présélectionnés (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 77 à 80), le régime fiscal général du pays hôte joue un rôle important dans les décisions d'investissement des entreprises privées. En plus d'évaluer l'impact de la fiscalité sur les coûts du projet et la marge bénéficiaire qu'elles en attendent, celles-ci examinent aussi des questions telles que la transparence générale du système fiscal, le pouvoir discrétionnaire exercé par le fisc, la clarté des directives et instructions aux contribuables et l'objectivité des critères utilisés pour calculer l'assiette de l'impôt. Il peut s'agir d'une question complexe, particulièrement dans les pays où les instances chargées de percevoir ou de relever les impôts ou d'appliquer la législation fiscale sont décentralisées.

36. Les projets de PPP, qui sont généralement financés par des prêts accordés par des banques commerciales ou de développement international ou les capitaux mis à disposition par les promoteurs, exigent des liquidités prévisibles. C'est pourquoi il est fondamental que toutes les incidences fiscales potentielles puissent être évaluées aisément pour toute la durée du projet. Toute modification imprévue des impôts ayant pour effet de réduire ces liquidités peut avoir des conséquences sérieuses pour le projet. Dans certains pays, l'État est habilité à conclure avec les investisseurs des accords visant à garantir que les liquidités du projet ne seront pas affectées par d'éventuelles hausses inattendues des impôts, qui sont parfois appelés « accords de stabilité fiscale ». Il se peut toutefois que l'État ne puisse pas, pour des raisons constitutionnelles ou politiques, fournir ce type de garantie, auquel cas les parties peuvent convenir de mécanismes d'indemnisation ou de révision du contrat en cas de hausse des coûts due à une modification de la fiscalité (voir aussi chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 131 à 134).

37. La dimension internationale des projets de PPP, qui sont souvent conclus avec des investisseurs étrangers, a également des conséquences importantes en termes de fiscalité, selon le régime fiscal existant tant dans le pays hôte que dans le pays d'origine. La plupart des régimes fiscaux nationaux entrent dans l'une des trois catégories générales suivantes. Un premier type de régime repose sur le principe de l'imposition universelle des revenus, quelle qu'en soit la source, la double imposition étant évitée au moyen d'un système de crédit d'impôt étranger, le montant des impôts dus dans le pays d'origine étant réduit du montant des impôts étrangers déjà acquittés. Si telle est l'approche adoptée par le pays d'origine de l'investisseur, celui-ci ne paiera jamais moins d'impôt que si tous ses revenus avaient leur source dans son pays d'origine. Un deuxième type de régime consiste à exempter d'impôt dans le pays d'origine de l'investisseur les revenus de source étrangère déjà

imposés à l'étranger. La troisième démarche veut que, conformément au régime territorial, les revenus de source étrangère soient totalement exemptés d'impôt dans le pays d'origine. Les investisseurs dont le pays d'origine applique l'un de ces deux derniers systèmes bénéficieront de trêves fiscales et d'une réduction d'impôt dans le pays hôte, mais un tel allègement fiscal n'encouragera aucunement l'investissement de la part d'une personne domiciliée dans un paradis fiscal.

38. Les parties au projet ne visent pas toutes le même objectif en matière d'impôts. Les investisseurs se préoccupent habituellement de l'imposition des bénéfices perçus dans le pays hôte, de l'imposition des paiements effectués aux entrepreneurs, fournisseurs, investisseurs et prêteurs et du régime fiscal applicable aux plus-values en capital (ou pertes) éventuelles en cas de liquidation du partenaire privé. Parfois, certains types de paiements déductibles aux fins de l'impôt dans le pays d'origine (intérêts sur les emprunts, dépenses de recherche, frais de soumission ou pertes de change) ne le sont pas dans le pays hôte ou inversement. De même, il se peut que la société de projet n'ait pas, dans le pays hôte, le même statut fiscal que dans son pays d'origine. Dans le cas où les avoirs affectés au projet deviennent propriété publique, le partenaire privé risque de ne pas pouvoir déduire leur amortissement aux fins de l'impôt dans son pays d'origine.

39. Un problème particulier, dans le cas des projets de PPP où interviennent des investissements étrangers, est le risque d'une double imposition des sociétés étrangères participant à un consortium de projet, c'est-à-dire l'imposition des bénéfices, redevances et intérêts dans le pays d'origine et dans le pays hôte. La date à laquelle l'impôt doit être acquitté et les retenues d'impôts peuvent également susciter des problèmes. Un certain nombre de pays ont conclu des accords bilatéraux, qui sont souvent fondés sur le Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE¹⁶, pour éliminer ou du moins réduire les effets négatifs d'une double imposition, et l'existence de tels accords entre le pays hôte et les pays d'origine des promoteurs du projet joue souvent un rôle dans leurs considérations fiscales.

40. En définitive, c'est l'effet cumulé de tous les impôts confondus qui doit être pris en considération. Par exemple, il se peut que des impôts soient perçus à plusieurs niveaux de l'administration fiscale et que le partenaire privé, en sus de l'impôt prélevé par l'État, doive également payer des impôts municipaux ou provinciaux. Il existe parfois aussi des taxes autres que l'impôt sur le revenu qui doivent souvent être acquittées avant que le partenaire privé ne commence à toucher quelque recette

¹⁶Il est conseillé au lecteur de consulter le Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune élaboré par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), qui est régulièrement mis à jour par l'Organisation pour tenir compte de l'évolution du droit fiscal et de la pratique en matière de double imposition (<http://www.oecd.org/tax/treaties/>).

que ce soit : impôts sur les ventes, parfois appelé impôt sur le chiffre d'affaires, taxes sur la valeur ajoutée, droits fonciers, droits de timbre et taxes à l'importation. Dans certains cas, des dispositions spéciales peuvent être prises pour exonérer, en tout ou en partie, le partenaire privé de ces paiements, dans le cadre des programmes d'aide à l'investissement.

10. *Dédouanement et droits de douane*

41. Les États offrent souvent des avantages fiscaux et douaniers au partenaire privé à l'appui d'un projet de PPP (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 77 à 80). Généralement, ceux-ci ont pour effet d'abaisser le niveau des impôts et des droits d'importation applicables au partenaire privé. En plus de prendre une décision de principe concernant l'octroi de ces avantages, il est souhaitable que l'État veille à ce que la législation douanière autorise l'importation des biens nécessaires à la construction et à l'exploitation du projet. Il est aussi important de veiller à ce que les bureaux de douane disposent des ressources nécessaires pour procéder aux vérifications et dédouaner les marchandises sans retard inutile. On trouve des mécanismes établis à cet effet, par exemple, dans l'Accord sur la facilitation des échanges¹⁷ adopté par l'Organisation mondiale du commerce en 2013, qui a pour objectif d'accélérer le mouvement, la mainlevée et le dédouanement des marchandises, y compris les marchandises en transit, et prévoit des mesures permettant d'assurer une coopération effective entre les douanes et les autres autorités compétentes sur les questions de facilitation des échanges et de respect des procédures douanières.

11. *Règles et pratiques comptables*

42. Le *Guide* examine, au chapitre II, les options budgétaires dont disposent les autorités publiques pour comptabiliser le coût des mesures d'appui fournies aux PPP (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 60). L'évaluation de la situation financière du partenaire privé est tout aussi importante dans le contexte des PPP. Dans plusieurs pays, la loi fait obligation aux sociétés de suivre des pratiques comptables normalisées internationalement acceptables et de recourir aux services de comptables professionnels ou de vérificateurs des comptes. L'adoption de pratiques normalisées doit notamment permettre d'assurer l'uniformité dans l'évaluation des entreprises. Elle peut aussi, pour la sélection du partenaire privé, faciliter l'évaluation de la solvabilité des soumissionnaires afin de déterminer s'ils répondent aux critères de présélection fixés par l'autorité contractante (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 39). Des pratiques comptables normalisées sont

¹⁷Décision ministérielle concernant l'Accord sur la facilitation des échanges (WT/MIN(13)/36), 7 décembre 2013. L'Accord est entré en vigueur le 22 février 2017. On en trouvera la version intégrale à l'adresse https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/tfa-nov14_f.htm.

en outre indispensables pour la vérification des bénéfices des sociétés, ce qui peut être nécessaire pour l'application de structures tarifaires et le suivi de la performance du partenaire privé par l'organisme réglementaire (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 43 à 50).

43. Des règles comptables spéciales pour les exploitants d'infrastructures ont également été introduites dans certains pays pour prendre en compte le profil de recettes particulier des projets d'infrastructure. Les projets portant sur la construction d'ouvrages, en particulier des routes et d'autres ouvrages de transport, se caractérisent généralement par une période d'investissement relativement courte marquée par un coût financier élevé et aucun flux de recettes, suivie d'une période plus longue marquée par des recettes croissantes et un coût financier décroissant et, en situation normale, des coûts d'exploitation stables. En conséquence, si l'on appliquait des règles comptables traditionnelles, la structure financière particulière de ces projets devrait être enregistrée dans les comptes de la société de projet comme une période de résultats négatifs permanents suivie d'une longue période de bénéfice net. Cela aurait non seulement des conséquences négatives, par exemple sur la cote de crédit de la société de projet pendant la phase de construction, mais pourrait aussi se traduire par une dette fiscale disproportionnée pendant la phase d'exploitation du projet. Afin d'éviter un tel décalage, certains pays ont adopté des règles comptables spéciales pour les sociétés réalisant des projets d'infrastructure, qui prennent en compte le fait que les résultats financiers des projets de PPP peuvent ne devenir positifs qu'à moyen terme. Ces règles spéciales autorisent généralement les constructeurs d'infrastructures à reporter une partie du coût financier accumulé pendant la phase de déficit sur les exercices financiers subséquents, conformément aux calendriers financiers prévus dans l'accord de projet. Toutefois, elles ne remettent généralement pas en question d'autres règles qui peuvent interdire la distribution de dividendes pendant des exercices financiers clos sur des résultats négatifs.

12. *Affectation de crédits et règles comptables*

44. Une planification et une préparation adéquates sont nécessaires à la réussite d'un projet de PPP. Pendant les phases de planification et de préparation, il convient d'examiner soigneusement les incidences fiscales potentielles du projet et ses incidences budgétaires pour l'autorité contractante ou l'État, selon le cas (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 15 et 16). Il faut que l'appui offert par l'État et les autres engagements que le projet peut déclencher tout au long de la durée du contrat de PPP soient conformes aux règles budgétaires. L'autorité contractante devra en particulier veiller à prévoir des crédits budgétaires adéquats pour les paiements dus au partenaire privé, et les allouer de manière que les paiements puissent être effectués dans les délais convenus entre les parties.

45. De fait, la plupart des pays procèdent chaque année à l'affectation des crédits budgétaires, processus qui ne prévoit pas automatiquement les engagements qui peuvent être dus de manière inattendue dans le cadre d'un contrat de PPP. De plus, ce processus exige souvent l'autorisation de l'organe législatif ou d'une autre autorité chargée de la gestion des deniers publics. Il pourra être difficile, pour l'autorité contractante ou l'État, de demander l'autorisation d'affecter des crédits dans les délais négociés par voie contractuelle. Dans la pratique, divers mécanismes peuvent être mis en place pour garantir que les dettes seront payées à temps. Ainsi, l'existence d'un fonds pour les engagements conditionnels peut permettre d'effectuer les paiements au partenaire privé sans avoir à demander une autorisation spéciale. La gestion d'un tel fonds devra toutefois être soumise à des règles strictes et être suffisamment transparente pour justifier les paiements effectués.

46. Les PPP sont de plus en plus souvent utilisés pour compléter les financements publics, qui sont insuffisants, et compenser les engagements contractés dans le cadre de projets de PPP sur le bilan de l'État. Cette pratique peut avoir de lourdes répercussions sur le budget des autorités contractantes et autres organismes publics, par exemple si les engagements conditionnels se matérialisent en obligations de payer une indemnisation ou d'effectuer d'autres versements au partenaire privé (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 58 à 60). Afin d'empêcher une telle utilisation risquée des PPP, il est recommandé de consigner, et de porter à la connaissance du public, tous les engagements contractés par l'autorité contractante, qu'ils soient directs ou conditionnels. De plus, l'État pourra souhaiter charger l'entité centrale coordonnant les PPP à l'échelle nationale de réunir toutes les informations financières liées aux projets de PPP en cours et d'évaluer le montant cumulé des engagements (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 46 et 47).

13. *Protection de l'environnement et PPP*

47. La protection de l'environnement englobe des aspects extrêmement divers allant du traitement des déchets et des substances dangereuses à la réinstallation des populations déplacées par des projets d'aménagement de grande envergure. Les autorités publiques ont de plus en plus recours aux PPP pour mettre en place les installations requises pour répondre à leurs objectifs en matière de protection de l'environnement et de développement durable (par exemple, les installations et systèmes de traitement des eaux usées et des déchets, ou les générateurs d'énergie « propre »). Elles doivent toutefois aussi tenir compte des préoccupations d'ordre social et environnemental que ce genre de projet de grande envergure suscite (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 17 à 20). On admet depuis des années que les mesures de protection de l'environnement sont indispensables au développement durable, tel qu'il est consacré par les objectifs de

développement durable des Nations Unies (voir chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 3 et 4). Les dispositions législatives relatives à la protection de l'environnement ont généralement un impact direct, à différents niveaux, sur la réalisation des projets de PPP. Par conséquent, les dispositions législatives relatives à la gestion des risques environnementaux requièrent souvent une autorisation préalable à l'exercice d'un certain nombre d'activités professionnelles, ces règles pouvant être particulièrement rigoureuses pour certains types d'infrastructures (par exemple, traitement des eaux usées, ramassage de déchets, transport d'électricité, routes et chemins de fer). Le cadre législatif environnemental vise aussi à limiter les incidences négatives des projets sur l'environnement et la population, causes les plus fréquentes de litiges et de retards dans les projets. Il peut énoncer différentes obligations, comme la réalisation d'études sociales et environnementales, qui conduisent à un engagement de mettre en œuvre des mesures d'atténuation des risques ou un plan d'action pour la réinstallation prévoyant des mesures d'indemnisation ou d'appui pour la ou les populations déplacées dont les moyens de subsistance sont affectés par le projet.

48. Il est donc souhaitable d'inclure dans la législation des mesures qui rendent transparentes les obligations découlant des lois sur la protection de l'environnement. Il est important de faire preuve du maximum de clarté possible dans les dispositions concernant les critères que peuvent appliquer les responsables de la protection de l'environnement, les obligations documentaires et autres auxquelles doivent satisfaire les demandeurs, les conditions dans lesquelles les autorisations sont délivrées et les circonstances qui justifient le refus ou le retrait d'une autorisation. Particulièrement importantes sont les dispositions garantissant l'accès du demandeur à des procédures d'appel et à des voies de recours judiciaire rapides, le cas échéant. Il peut également être indiqué, dans la mesure du possible, de s'assurer avant l'attribution définitive du marché que les conditions voulues pour obtenir les autorisations requises sont réunies. Dans certains pays, des autorités publiques spéciales ou des groupes de défense peuvent avoir le droit d'engager des actions en justice en vue de prévenir des atteintes à l'environnement, notamment en essayant de faire retirer une autorisation jugée incompatible avec les normes de protection en vigueur. Certains de ces pays ont jugé utile de faire participer des représentants du public à la procédure conduisant à la délivrance d'autorisations environnementales (voir aussi chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 19 et 20). Parfois, la législation stipule également les sanctions qui peuvent être imposées et précise les parties qui peuvent être tenues pour responsables des dommages causés à l'environnement.

49. L'adhésion aux traités relatifs à la protection de l'environnement peut contribuer à renforcer le régime international en la matière. Un grand nombre d'instruments internationaux ont été élaborés ces dernières décennies pour mettre en place des normes internationales communes. On citera notamment le programme

Action 21¹⁸ et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement¹⁹, adoptés par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, en 1992, la Charte mondiale de la nature (résolution 37/7 de l'Assemblée générale, annexe), la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, la Convention de 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière²⁰ et la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux²¹. De même, on considère le développement du financement de l'action climatique, consécutif à l'entrée en vigueur de l'Accord de Paris, en 2016²², comme un moyen de remplir les objectifs fixés par chaque pays aux fins de la lutte contre le réchauffement climatique. À cet égard, la plupart des institutions financières actives dans le financement de l'action climatique appliquent les normes de performance de la Société financière internationale²³ ou les Principes de l'Équateur²⁴ pour repérer et gérer les risques environnementaux et sociaux des projets qu'elles envisagent de financer. En cas de non-respect de ces normes par le pays bénéficiaire, l'institution financière demandera l'établissement d'un plan de mesures correctives et pourra envisager en dernier recours la cessation des paiements.

14. *Législation relative à la protection des consommateurs*

50. L'accent toujours plus important mis sur l'intérêt général dans les PPP a des conséquences pour l'évaluation de la législation relative à la protection des consommateurs dans le pays hôte (voir chap. I, « Cadre juridique et institutionnel général », par. 6). Différents pays ont promulgué des dispositions législatives spéciales visant à protéger les consommateurs. Ces dispositions varient beaucoup d'un pays à un autre, aussi bien par la forme que par le fond. Néanmoins, elles prévoient souvent des mesures comme des délais favorables pour le dépôt de plaintes et les actions

¹⁸ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexe II.

¹⁹ *Ibid.*, annexe I.

²⁰ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1989, n° I-34028.

²¹ *Ibid.*, vol. 1936, n° I-33207.

²² Accord de Paris, 12 décembre 2015 (n° 54113). Cet Accord a été adopté à la vingt et unième session de la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, qui s'est tenue à Paris du 30 novembre au 13 décembre 2015. Il a été publié sur le site Web de la Section des traités de l'Organisation des Nations Unies (https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280458f37&clang=_fr).

²³ S'agissant des normes de la Société financière internationale, voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 91.

²⁴ Principes de l'Équateur, juin 2013. Il s'agit d'un cadre de gestion des risques adopté par des institutions financières qui permet de déterminer, d'évaluer et de gérer les risques environnementaux et sociaux des projets. Ce cadre s'applique à tous les secteurs d'activité et à quatre produits financiers : 1) Activités de conseil en matière de financement de projets ; 2) Financement de projets ; 3) Prêts aux entreprises liés à un projet ; et 4) Prêts-relais. On trouvera des informations plus complètes à l'adresse https://equator-principles.com/wp-content/uploads/2018/01/equator_principles_french_2013.pdf.

tendant à faire valoir des droits contractuels ; des règles spéciales d'interprétation des contrats dont les clauses ne sont pour la plupart pas négociées avec le consommateur, parfois appelés contrats d'adhésion ; l'extension des périodes de garantie ; des droits spéciaux de résiliation du contrat ; l'accès à des instances de règlement simplifié des différends (voir aussi chap. VI, « Règlement des différends », par. 50 à 52) ; ou d'autres mesures de protection. Les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur²⁵, qui ont été adoptés en 1985 sous les auspices du Conseil économique et social de l'ONU puis revus à l'issue d'un processus de consultation mené par la CNUCED, peuvent utilement orienter les pays qui cherchent à améliorer leur cadre juridique relatif à la protection des consommateurs. Ainsi, les principes n° 76 (énergie) et n° 77 (services publics) sont particulièrement pertinents pour la mise en place de projets de PPP.

51. Du point de vue du partenaire privé, il importe de déterminer si la législation du pays hôte relative à la protection des consommateurs risque de l'empêcher, par exemple, de faire valoir son droit d'exiger le paiement des services fournis, d'ajuster ses prix ou de cesser de fournir des services à des clients qui contreviennent à des clauses essentielles de leur contrat ou à des conditions essentielles de la fourniture des services. Il s'agit d'un aspect particulièrement important pour les PPP concessifs, dans lesquels le partenaire privé perçoit non seulement des paiements de l'autorité publique mais également des redevances auprès de l'utilisateur final (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 15).

15. *Droit de l'insolvabilité*

52. L'insolvabilité d'un exploitant d'ouvrage ou d'un prestataire de services publics soulève un certain nombre de questions qui ont conduit divers pays à définir des règles spéciales pour faire face à cette situation, y compris des règles permettant à l'autorité contractante de prendre les mesures nécessaires pour assurer la continuité du projet (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 158 à 161). La continuité de la prestation des services peut être assurée au moyen d'un cadre juridique permettant, au moyen de procédures de restructuration ou de procédures semblables, de renflouer les entreprises en difficulté. Si une procédure de faillite devient inévitable, les créanciers garantis seront directement intéressés par les dispositions applicables aux créances assorties de sûretés, en particulier sur le point de savoir s'ils peuvent réaliser la sûreté malgré l'ouverture de la procédure de faillite, s'ils seront payés en priorité sur le produit de la sûreté et quel sera le rang de priorité de leurs créances. Comme indiqué plus haut, une proportion substantielle des dettes du partenaire privé revêt la forme de prêts

²⁵ La résolution y relative peut être consultée à l'adresse http://unctad.org/meetings/fr/SessionalDocuments/ares70d186_fr.pdf, et les Principes directeurs sur la page <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/UN-Guidelines-on-Consumer-Protection.aspx>.

privilégiés, les prêteurs exigeant que leurs créances soient réglées avant les créances subordonnées du partenaire privé (voir « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 60). La mesure dans laquelle les prêteurs pourront faire reconnaître leur statut de créanciers privilégiés dépendra des règles et dispositions en vigueur dans le pays concernant la hiérarchisation des créanciers dans les procédures d'insolvabilité. La reconnaissance juridique de l'autonomie des parties en ce qui concerne la subordination contractuelle de différentes catégories de prêts pourra, à cet égard, faciliter le financement de projets d'infrastructure.

53. La législation devra régler un certain nombre de questions, dont les suivantes : l'ordre de priorité des créanciers ; la relation entre l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers ; les mécanismes juridiques de restructuration du débiteur insolvable ; les règles spéciales visant à garantir la continuité du service public en cas d'insolvabilité du partenaire privé ; et l'annulation des transactions effectuées par le débiteur peu avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*²⁶ et les textes explicatifs²⁷ constituent des outils utiles pour les États qui souhaitent moderniser leur régime d'insolvabilité.

54. Dans les grands projets d'infrastructure, l'insolvabilité de la société de projet affectera souvent des créanciers ou des avoirs situés dans plusieurs pays. Il sera donc souhaitable que le pays hôte ait mis en place des dispositions facilitant la coopération judiciaire, l'accès aux tribunaux des administrateurs d'insolvabilité étrangers et la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, avec le Guide pour l'incorporation et l'interprétation²⁸, qui est complétée par la Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité et le Guide pour son

²⁶ *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* (2004), *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, Troisième partie : traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité* (2010) et *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, Quatrième partie : obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité* (2013) (tous disponibles à l'adresse <https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency>).

²⁷ *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale* (2009) et Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge, Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997) et Guide pour l'incorporation et l'interprétation (2013), tous deux disponibles à l'adresse https://uncitral.un.org/fr/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency.

²⁸ Le texte officiel de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale est reproduit dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17)*, annexe I (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XXVIII, 1997, troisième partie, annexe I (Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.96.V.6)). La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le Guide pour l'incorporation et l'interprétation ont aussi été reproduits sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.14.V.2). L'Assemblée générale a recommandé aux États, dans sa résolution 52/158 du 15 décembre 1997, d'envisager favorablement la Loi type.

incorporation²⁹, constitue un modèle approprié que peuvent utiliser les États souhaitant adopter une législation à cet effet.

16. Mesures anticorruption

55. Le climat des investissements et des affaires dans le pays hôte peut aussi être amélioré par l'adoption de mesures tendant à combattre la corruption dans l'attribution des marchés publics. Il est particulièrement important pour le pays hôte d'adopter des mesures efficaces et concrètes pour combattre la corruption active et les pratiques illicites connexes, et notamment de veiller à faire respecter les dispositions législatives existantes interdisant les pots-de-vin.

56. La promulgation de lois incorporant dans le droit interne les dispositions des accords internationaux et les normes d'intégrité applicables dans la gestion des affaires publiques peut largement contribuer à assainir le climat des affaires. À cet égard, la Convention des Nations Unies contre la corruption est le seul instrument universel contre la corruption qui soit juridiquement contraignant (voir chap. I « Cadre juridique et institutionnel général », par. 4). Conformément à la Convention, les États parties sont tenus de conférer le caractère d'infraction pénale à tout un ensemble d'actes de corruption, notamment de corruption active, si tel n'est pas encore le cas dans l'ordre législatif interne. Parmi les autres instruments importants, il convient de citer la Convention de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, négociée sous les auspices de l'Organisation de coopération et de développement économiques³⁰.

57. Par ailleurs, il est important que les règles relatives au fonctionnement des autorités contractantes et à la surveillance des marchés publics garantissent le degré requis de transparence et d'intégrité, et permettent notamment la publication des annonces de marchés et des contrats attribués, mais aussi des rapports d'évaluation des résultats. La réglementation relative aux licences et aux permis peut aussi être incluse dans la liste des informations à divulguer. En l'absence de telles règles, des textes législatifs et réglementaires appropriés devraient être élaborés et adoptés. D'autres éléments à prendre en considération dans ce contexte sont la nécessité de veiller à la simplicité et à la cohérence des règles applicables et d'éliminer les procédures inutiles qui ne font que prolonger ou alourdir les procédures administratives.

²⁹ Le texte officiel de la Loi type sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité et Guide pour son incorporation (2018) est reproduit dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/73/17)*, annexe III. L'Assemblée générale a recommandé l'utilisation de la Loi type dans sa résolution 73/200 du 20 décembre 2018.

³⁰ <http://www.oecd.org/fr/corruption/conventionsurlaluttecontrelacorruptiondagentspublicsetrangersdans-lestransactionscommercialesinternationales.htm>.

17. *Législation et normes du travail*

58. Travailleurs et employés sont au cœur de la conception, de la construction et de l'exploitation d'un ouvrage et jouent à ce titre un rôle important dans la réussite du PPP. Le caractère international d'un PPP ne signifie pas que l'on peut passer outre la législation et les normes locales applicables aux droits des travailleurs. Ces dernières doivent, de leur côté, satisfaire aux normes internationales de base, et cela pas uniquement en raison des obligations internationales assumées par la plupart des pays du fait de leur participation aux travaux d'organisations telles que l'Organisation internationale du Travail (OIT), institution spécialisée des Nations Unies active dans le secteur de la justice sociale et des conditions de travail. En effet, les investisseurs étrangers ont eux aussi intérêt à ce que les normes internationales soient respectées, car ils s'exposent à des procès, dans leur pays d'origine, s'il s'avère qu'ils ont investi dans des entreprises qui enfreignent les normes en matière d'emploi reconnues à l'échelle internationale. Un autre problème courant dans les PPP concessifs est celui des plaintes concernant les conditions d'emploi moins favorables lorsque les travailleurs sont employés par le partenaire privé que lorsqu'ils étaient précédemment employés par une autorité publique. L'inclusion de clauses de salaire et de conditions de travail équitables dans le contrat de PPP peut permettre de protéger les droits des travailleurs. De telles clauses préciseront les conditions de travail minimales et d'autres normes contraignantes que le partenaire privé doit inclure dans les contrats de travail passés avec eux. La Convention n° 94 de l'OIT sur les clauses de travail insérées dans les contrats publics, qui est entrée en vigueur le 20 septembre 1952, a pour but d'empêcher les entreprises qui soumissionnent dans de tels contrats de réduire les coûts du travail et d'offrir des conditions moins favorables aux travailleurs. Elle exige des États qui l'ont ratifiée qu'ils incluent des clauses de salaire équitable dans les contrats publics, y compris les contrats de PPP.

18. *Participation des parties prenantes aux PPP*

59. La tenue de consultations avec les communautés affectées par un projet de PPP aide à en assurer la durabilité, en stimulant la discussion sur les moyens de limiter l'impact social et environnemental négatif du projet, comme les déplacements forcés, la modification ou la destruction de l'environnement, ou toute autre mesure nécessaire à la construction du projet (voir aussi chap. II, « Planification et préparation du projet, par. 20). Ces consultations peuvent également servir à améliorer la conception en identifiant, par exemple, de meilleurs moyens de faciliter l'accès des personnes en situation de handicap ou de réduire le coût des services. Les communautés qui vivent sur tout ou partie du site où le projet est envisagé sont des acteurs clés qui doivent être consultés. C'est surtout le cas pour les peuples autochtones, comme l'ont reconnu certains instruments internationaux (par exemple

la Convention de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux³¹). Le processus de consultation peut être mené de diverses manières, selon le cadre juridique existant dans le pays, mais il comprend souvent la réalisation d'études d'impact, la diffusion de celles-ci ainsi que d'autres informations pertinentes relatives au projet, l'organisation de dialogues avec les communautés affectées et l'obtention de leur consentement préalable, selon le cas.

60. Il existe des normes sectorielles utiles qui préservent la participation des communautés dans l'élaboration et la mise en œuvre des projets³². Néanmoins, il est également souhaitable que les législateurs et les responsables politiques d'un pays envisagent d'adopter des règles relatives au processus de consultation, s'il n'en existe pas encore, pour faciliter l'organisation et la supervision dudit processus (par exemple, par l'intermédiaire d'un médiateur ou d'un comité d'examen). Un processus de consultation efficace devrait suivre des principes bien établis. Ainsi, les communautés concernées devraient être impliquées le plus tôt possible dans l'élaboration du projet, dans le cadre d'un processus fondé sur la transparence, libre de toute influence externe et dûment consigné. On devrait aussi adapter ce dernier aux communautés concernées et au projet, par exemple en utilisant la langue dans laquelle elles s'expriment.

C. Accords internationaux

61. Outre les effets de sa législation interne, les accords internationaux auxquels le pays hôte est partie peuvent avoir un effet sur les PPP. Les incidences d'un certain nombre d'accords internationaux, outre ceux qui sont mentionnés dans l'ensemble du *Guide*, sont brièvement examinées ci-dessous.

1. Appartenance aux institutions financières internationales

62. L'appartenance à des institutions financières multilatérales comme la Banque mondiale, l'Association internationale de développement, la Société financière internationale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements et les banques régionales de développement est nécessaire pour créer un environnement favorable aux PPP. Premièrement, le pays hôte doit habituellement être membre de ces institutions pour que les projets réalisés sur son territoire puissent bénéficier du financement et des garanties qu'elles offrent. Deuxièmement, les règles applicables aux instruments de financement et de garantie fournis par ces institutions contiennent

³¹ L'article 17 de la Convention n° 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux impose aux États l'obligation de consulter les peuples intéressés au sujet des décisions d'infrastructure affectant leurs terres et, dans certains cas, d'obtenir au préalable leur consentement, donné librement et en toute connaissance de cause.

³² Le principe 5 des Principes de l'Équateur fait référence à la « participation des parties prenantes ».

habituellement toute une série de conditions qui concernent directement les termes de l'accord de projet et des accords de prêts négociés par le partenaire privé (par exemple, clause de non-nantissement d'avoirs du domaine public et fourniture de contre-garanties en faveur de l'institution financière multilatérale). Enfin, les institutions financières multilatérales poursuivent généralement un certain nombre d'objectifs généraux dont elles cherchent à assurer la réalisation dans le contexte des projets qu'elles appuient (par exemple, respect de normes environnementales internationalement convenues ; pérennité du projet au-delà de la période couverte par la concession initiale ; transparence et intégrité dans la sélection du partenaire privé et dans le décaissement des prêts).

2. *Accords généraux sur la facilitation et la promotion des échanges*

63. Un certain nombre d'accords multilatéraux ont été négociés pour promouvoir le libre-échange au niveau mondial, les plus notables d'entre eux sous les auspices de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), puis de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Ces accords peuvent comporter des dispositions générales sur la promotion et la facilitation des échanges de marchandises (par exemple, une clause de la nation la plus favorisée, ou l'interdiction de l'application de restrictions quantitatives et d'autres barrières commerciales discriminatoires) et sur la promotion de pratiques commerciales équitables (par exemple, interdiction du dumping et limites à l'utilisation de subventions). Certains accords spécifiques visent à supprimer les obstacles à la fourniture de services par des étrangers dans les États contractants ou à promouvoir la transparence et à éliminer la discrimination des fournisseurs dans les marchés publics. Ces accords peuvent être importants pour une législation nationale relative aux PPP qui envisage des restrictions à la participation de sociétés étrangères aux projets d'infrastructure ou établit des préférences pour les entités nationales ou pour l'achat de fournitures sur le marché local.

3. *Accords internationaux sur des secteurs particuliers*

64. Dans le contexte des négociations sur les télécommunications de base conclues dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), un certain nombre d'États membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), représentant la majorité du marché mondial des services de télécommunications, ont pris des engagements spécifiques pour faciliter les échanges de services de télécommunications. Il convient de noter que tous les États membres de l'OMC (même ceux qui n'ont pas pris d'engagements spécifiques en matière de télécommunications) sont liés par les règles générales de l'AGCS sur les services, y compris les exigences spécifiques relatives au traitement de la nation la plus favorisée, à la transparence, à la réglementation, aux monopoles et aux pratiques commerciales. L'Accord de

l'OMC sur les télécommunications ajoute des engagements propres à des secteurs et à des pays particuliers en sus des règles de l'AGCS. Ces engagements portent notamment sur l'ouverture de divers segments du marché, parmi lesquels la téléphonie vocale, la transmission de données et les services améliorés, ainsi que sur la concurrence et l'investissement étranger. Les législateurs des États membres actuels ou futurs de l'OMC devraient ainsi veiller à ce que la législation nationale relative aux télécommunications soit compatible avec l'AGCS et leurs engagements spécifiques en la matière.

65. Un autre accord sectoriel important au niveau international est le Traité sur la Charte de l'énergie conclu à Lisbonne le 17 décembre 1994 et entré en vigueur le 16 avril 1998, qui vise à promouvoir la coopération à long terme dans le domaine de l'énergie. Ce traité prévoit diverses mesures commerciales comme le développement de marchés ouverts et concurrentiels pour les matières et produits énergétiques, la facilitation du transit et de l'accès à la technologie énergétique ainsi que de son transfert. Il vise en outre à éviter les distorsions de marché et les obstacles à l'activité économique dans le secteur énergétique et souligne l'importance de marchés ouverts de capitaux pour encourager les flux de capitaux destinés à financer les échanges de matières et de produits énergétiques. Il contient également des dispositions sur la promotion et la protection de l'investissement, qui traitent des conditions équitables pour les investisseurs, du transfert des paiements afférents aux investissements, de la compensation pour pertes dues à la guerre, aux troubles civils ou autres événements similaires, et de la compensation en cas d'expropriation.

Index

Dans le présent index, les chiffres romains renvoient aux chapitres et les chiffres arabes aux paragraphes. Ainsi, « III, 67 » renvoie au paragraphe 67 du chapitre III, « Attribution du contrat ». Le symbole « ___ » remplace le libellé de la rubrique qui, ainsi, n'a pas à être répété dans les différentes sous-rubriques.

Appel d'offres (voir Attribution sans procédure de mise en compétition, Présélection des soumissionnaires, Procédures d'attribution, Propositions spontanées)

Appui des pouvoirs publics

budgetiser l'___ II, 60 ; VII, 46

définition II, 58-59

formes de :

avantages fiscaux et douaniers II, 77-80

considérations stratégiques II, 58-60

garanties souveraines II, 71-76

prêts publics et garanties de prêts II, 63-65

prise de participation II, 66-67

sources de recettes accessoires II, 84-86

subventions II, 68-70

Assistance technique

___ après l'expiration ou la résiliation de l'accord de projet V, 61-63

Assurance

___ exigée pendant l'exploitation des ouvrages IV, 128-129

rôle des assureurs en tant que parties intéressées *Introduction*, 77

Attribution du contrat (voir Procédure d'attribution, Attribution sans procédure de mise en compétition, Présélection des soumissionnaires, Propositions spontanées)

Attribution sans procédure de mise en compétition

circonstances autorisant le recours aux négociations directes III, 101

considérations politiques relatives à l'___ III, 99-100

mesures visant à améliorer la transparence dans l'___ III, 102-109

Autorité contractante

- approbation et modification de plans du projet requis par l'___ IV, 80-84
- définition *Introduction*, 21
- en tant que partie au projet *Introduction*, 71-72
- obligations financières de l'___ IV, 47-51
- surveillance des travaux de construction par l'___ IV, 77-78

Autorités publiques

- définition *Introduction*, 20

Avantages fiscaux et douaniers

- en tant que formes d'appui des pouvoirs publics II, 77-80

Banque mondiale (voir aussi *Institutions financières internationales*) *Introduction*, 1
(note de bas de page n° 1), 66-67, 76 ; I, 39 ; II, 87-98 ; III, 1, 17 ; VI, 39 ;
VII, 62

Banques régionales de développement (voir *Institutions financières internationales*)

Biens (voir *Site et biens du projet*)

Bonne gestion, intégrité et responsabilité

- en tant que principes directeurs des PPP I, 13-15

Cadre juridique et institutionnel

- bonne gestion, intégrité et responsabilité I, 13-15
- ___ et projets de PPP I, 3-4
- ___ et viabilité à long terme des projets I, 17-18
- droit constitutionnel et PPP I, 21-23
- équité, stabilité et prévisibilité du ___ I, 10-12
- organisation législative I, 24-28
- transparence du ___ I, 7-9

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

- rôle du ___ VI, 39

CNUDCI

- Loi type de la ___ sur la passation des marchés publics III, 2, 25, 38 (note de bas de page n° 6), 39 (note de bas de page n° 7), 44, 51, 59 (note de bas de page n° 10), 65 (note de bas de page n° 11), 81, 104, 121, 124, 127
- Loi type de la ___ sur l'arbitrage commercial international VI, 36
- Loi type de la ___ sur les sûretés mobilières VII, 17

- Loi type de la ___ sur l'insolvabilité internationale VII, 49
Règlement d'arbitrage de la ___ VI, 39
Règlement de conciliation de la ___ VI, 15
Règlement de la ___ sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités VI, 25 (note de bas de page n° 6)

Conception-construction-financement-exploitation

définition *Introduction*, 24

Concession

définition et termes associés *Introduction*, 18-19

Concurrence

- évaluation de l'impact de la ___ II, 21-22
la ___ en fonction des secteurs *Introduction*, 32
la ___ en tant que principe directeur des PPP I, 19-20
politique de ___ et monopoles *Introduction*, 28-31
protection contre la ___ (une forme d'appui des pouvoirs publics) II, 81-83

Conjoncture économique

changements ultérieurs dans la ___ IV, 135-139

Construction

- examen et approbation des plans de ___ IV, 80
modifications requises par l'autorité contractante, etc. IV, 81-84
période de garantie pour les travaux de ___ IV, 87
surveillance de la ___ IV, 85-86

Construction-bail-exploitation-transfert

définition *Introduction*, 23 c

Construction-exploitation-transfert (CET)

- définition *Introduction*, 23 a
transfert de biens dans les projets de ___ V, 40

Construction-location-exploitation-transfert

définition *Introduction*, 23 c

Construction-possession-exploitation

définition *Introduction*, 23 e

Construction-possession-exploitation-transfert

définition *Introduction*, 23 d

Construction-transfert-exploitation (CTE)

définition *Introduction*, 23 b

Contrat de PPP

cession de droits IV, 70-71
 conclusion du ___ IV, 9-12
 contenu du ___ et législation IV, 1-4
 définition *Introduction* 14
 droit applicable au ___ IV, 5-8
 durée du ___ V, 2-6
 nouvelle soumission du ___ V, 8
 organismes autorisés I, 30-32
 prorogation du ___ V, 7-10
 résiliation du ___ (voir *Résiliation*)
 secteurs d'attributions des ___ I, 32

Contrats d'enlèvement, voir aussi Appui des pouvoirs publics (garanties souveraines)

___ conclus par l'autorité contractante ou une autre autorité publique
 IV, 58-59

Contrats privés

___ dans le pays hôte VII, 29-30

Contrats publics

en tant que principe directeur de la législation du pays hôte en matière
 de PPP VII, 24-27

Coordination administrative

___ des mesures préparatoires II, 49-52
 délivrance de licences et de permis II, 53-55
 généralités II, 46-55
 organe chargé des PPP II, 46-47

Corruption

Convention de l'OCDE de 1997 pour la lutte contre la corruption des agents
 publics étrangers dans les transactions commerciales internationales
 VII, 56

Convention des Nations Unies contre la corruption (résolution 58/4 de
 l'Assemblée générale) VII, 56

___ comme motif de résiliation V, 19

___ et attribution du contrat III, 12

mesures du pays hôte contre la ___ II, 13-15 ; VII, 55-57

Défaut (voir *Manquements et recours*)

Droit constitutionnel (voir *Cadre juridique et institutionnel*)

Droit de la propriété

___ du pays hôte VII, 7-10

Droit des sociétés

___ du pays hôte VII, 31-34

Droit fiscal

___ du pays hôte VII, 35-40

Droits d'intervention (voir *Manquements et recours*)

Eau et assainissement

désintégration dans le secteur de l'___ *Introduction*, 39-40

Économie et efficacité

___ en tant que principes directeurs des PPP I, 16

___ en tant qu'objectif d'ensemble des procédures d'attribution des contrats III, 16

Électricité

découplage dans le secteur de l'___ *Introduction*, 37-38

Traité sur la Charte de l'énergie VII, 65

Empêchements exonératoires

conséquences IV, 149-154

définition IV, 146-148

Équité, stabilité et prévisibilité

___ en tant que principes directeurs des PPP I, 10-12

État (voir aussi *pouvoirs publics*)

définition *Introduction*, 20

Exclusivité (voir aussi *Concurrence*)

___ et portée du contrat de PPP I, 19-20

Experts et conseillers

rôle dans la procédure de sélection III, 29

rôle général dans un projet *Introduction*, 78-79

Exploitation de l'infrastructure

- continuité du service IV, 95-96
- Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de l'OCDE VII, 56
- égalité de traitement des clients ou usagers IV, 97-98
- extension des services IV, 93-94
- normes de résultats IV, 91-92
- obligation d'information IV, 103-104
- raccordement et accès aux réseaux d'infrastructure IV, 99-102
- respect des règles établies IV, 105-106

Expropriation

- ___ des terrains nécessaires au site du projet IV, 29-31
- législation du pays hôte relative à l'___ VII, 23-24

Facilitation et promotion des échanges

- accords généraux sur la ___ VII, 63

Financement de projet

- association de fonds publics et privés *Introduction*, 69
- crédits commerciaux *Introduction*, 60
- ___ et évaluation des risques (en général) II, 13-14
- financement par recours aux marchés financiers *Introduction*, 63-64
- notion en matière de ___ *Introduction*, 56-57
- prêts « subordonnés » *Introduction*, 61

Fonds propres (voir aussi « Appui des pouvoirs publics »)

- ___ nécessaires pour la constitution de la société de projet IV, 16-17
- Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières (voir *CNUDCI*)
- rôle général des ___ dans le financement des projets de PPP *Introduction*, 59

*Force majeure (voir Empêchements exonérateurs)**Garanties de bonne exécution*

- avantages et inconvénients des différents types de ___ IV, 120-126
- durée des ___ IV, 127
- types, fonctions et nature, etc. ___ IV, 118-119

*Garanties de prêts (voir Appui des pouvoirs publics)**Garanties souveraines (voir Appui des pouvoirs publics)**Guide législatif*

- objet du ___ *Introduction*, 4, 6

projets visés par le ___ *Introduction*, 4
terminologie employée dans le ___ *Introduction*, 10-24

Hypothèque (voir *Sûretés*)

Impact sur la prospérité économique et la société
évaluation de l'___ II, 17-18

Incidences budgétaires
évaluation des ___ II, 15-16

Indemnisation
___ en cas d'augmentation des coûts IV, 49-50, 130-144
___ en cas de résiliation (voir *Résiliation*)
___ en cas de suspension ou de retard IV, 85
___ en cas de travaux supplémentaires IV, 83
et mesures de contrôle tarifaire IV, 49-50
et prorogation du contrat de PPP V, 9

Infrastructure
définition de l'___ publique *Introduction*, 11-13
désintégration des secteurs d'___ *Introduction*, 35-36
évolution historique des services d'infrastructure *Introduction*, 1-3
mesures de transition dans les secteurs d'___ *Introduction*, 45-47
politique en matière d'___ *Introduction*, 27-32
restructuration des secteurs d'___ *Introduction*, 33-44

Infrastructure publique
définition *Introduction*, 11

Insolvabilité
___ du partenaire privé V, 27-28
législation du pays hôte relative à l'___ VII, 52-54

Institutions financières internationales
appartenance du pays hôte à des ___ VII, 62
garanties fournies par les ___ II, 87-98
___ en tant que parties intéressées *Introduction*, 76
règles de passation des marchés des ___ III, 17
rôle général dans le financement de projets d'infrastructure
Introduction, 66-67

Institutions financières islamiques
rôle général dans le financement de projets d'infrastructure *Introduction*, 65

Intégrité

promotion de l'__ de la procédure d'attribution et de la confiance dans cette procédure III, 10-13

Intérêt public

en tant que principe directeur des PPP I, 5-6

Investisseurs institutionnels

rôle général dans le financement de projets d'infrastructure

Introduction, 62

Législation (voir aussi Cadre juridique et institutionnel)

changements ultérieurs de __ IV, 131-134

__ générale et propre aux divers secteurs I, 14-28

Manquements et recours

avis de parer aux conséquences du manquement V, 20

considérations générales IV, 156-157

définition de « manquement grave » V, 17

droits d'intervention de l'autorité contractante IV, 158-161

droits d'intervention des prêteurs IV, 162-165 ; V, 14, 20

Modernisation-exploitation-transfert

définition *Introduction*, 24

Modernisation-possession-transfert

définition *Introduction*, 24

Monopole

politique de concurrence et monopoles *Introduction*, 28-31

*Nantissement (voir Sûretés)**Nations Unies*

Convention des __ sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 2001) VII, 17 (note de bas de page n° 3)

Convention des __ sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (New York, 2014) VI, 39 (note de bas de page n° 9)

Convention des __ sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation (New York, 2018) VI, 13 (note de bas de page n° 3)

Convention des __ sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) VII, 30

Objectifs de développement durable

- ___ dans le cadre juridique applicable aux PPP I, 3
- ___ et protection de l'environnement VII, 47

ONUDI

- Guide sur le développement des infrastructures selon la formule construction-exploitation-transfert (CET) *Introduction*, 10 ; III, 1

Organes législatifs

- définition *Introduction*, 20

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) VII, 21*Organisation mondiale du commerce (OMC)* VII, 22

- Accord de l'___ sur les télécommunications VII, 56-64
- Accord général sur le commerce des services (AGCS) VII, 64
- accords négociés sous les auspices de l'___ VII, 63
- Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce VII, 22

Organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements

- assurances et garanties fournies par les ___ II, 99-101
- ___ en tant que parties intéressées *Introduction*, 76
- rôle général dans le financement de projets d'infrastructure *Introduction*, 68

Organisme de réglementation

- compétence sectorielle et attributions des ___ I, 40-42
- composition, personnel et budget des ___ I, 50-52
- définition *Introduction* 22
- indépendance et autonomie des ___ I, 44-45
- mécanismes institutionnels I, 43-45
- pouvoirs des ___ I, 46-49
- processus et procédures I, 53-55
- recours contre les décisions de l'___ I, 56-57
- règlement des différends entre prestataires de services publics I, 58-60

Ouvrage

- propriété et exploitation privées *Introduction*, 53-55
- propriété et exploitation publiques *Introduction*, 49-50
- propriété publique et exploitation privée *Introduction*, 51-52

Paiements

- ___ par l'autorité contractante IV, 51-59

*Partenaire privé (voir aussi Société de projet)*définition *Introduction*, 16

structure du ___ IV, 13-20

Pièces de rechange

fourniture de ___ après l'expiration ou la résiliation de l'accord de projet

V, 64-66

Pouvoir

___ d'attribuer des PPP II, 46-52

___ de réglementer l'infrastructure et les services des PPP (voir *Organismes de réglementation*)*PPP*définition *Introduction*, 14principes directeurs généraux relatifs au cadre juridique applicable aux ___
I, 2-20*Présélection des soumissionnaires*

critères de présélection III, 38-41

invitation à participer à la procédure de ___ III, 36-37

participation de consortiums soumissionnaires III, 42-43

___ et préférences nationales III, 44-45

procédures de ___ III, 46-47

*Prêteurs*droits d'intervention des ___ (voir *Manquements et recours*)___ en tant que parties intéressées *Introduction*, 74-75*Prêts publics (voir Appui des pouvoirs publics)**Prix (voir Redevances)**Procédures d'attribution (voir aussi Attribution sans procédure de mise en compétition, Présélection des soumissionnaires, Propositions spontanées)*

avis d'attribution du projet III, 109

cahier des charges et indicateurs de résultats III, 70-74

clauses contractuelles III, 75-79

comité d'attribution III, 28-29

confidentialité des négociations dans les ___ III, 132

contribution aux frais de participation aux ___ III, 46-47

critères d'évaluation III, 22-23, 82-87

définition du cahier des charges du projet III, 20-21
 demande de propositions avec dialogue III, 59-64
 dialogue avec les soumissionnaires III, 92-94
 documentation III, 32-33
 éclaircissements et modifications dans les sollicitations de propositions
 III, 80-81
 économie et efficacité ___ III, 6-9
 études de faisabilité III, 30-31, 67
 évaluation des ___ III, 142-143
 garantie de soumission III, 68
 intégrité des ___ III, 10-13
 négociations avec les soumissionnaires III, 24-25
 ___ couvertes par le *Guide* III, 3-4
 ___ en une étape ou en deux étapes III, 53-58
 préparatifs pour les ___ II, 49-52 ; III, 26-33
 preuves des ___ III, 134-141
 qualifications des soumissionnaires (voir aussi *Présélection des
 soumissionnaires*) III, 69
 soumission et ouverture des propositions III, 88-91
 soumissionnaires à inviter III, 19
 transparence des lois et procédures III, 14-16

Projets de PPP

principales parties aux ___ *Introduction*, 70-79
 sources de financement des ___ *Introduction*, 58-69

Promoteurs du projet

rôle général en tant que parties au projet *Introduction*, 73

Promotion et protection des investissements (voir aussi Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements)

législation du pays hôte relative à la ___ VII, 4-6

Propositions spontanées (voir aussi Attribution sans procédure de mise en compétition, Présélection des soumissionnaires)

considérations de politique générale III, 111-119
 procédures de traitement des ___ III, 120-131, 138

Propriété industrielle et intellectuelle

Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
 VII, 22

Arrangement de La Haye de 1925 concernant le dépôt international des
 dessins ou modèles industriels VII, 21

Arrangement de Madrid de 1891 concernant l'enregistrement international des marques VII, 20

Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de 1883 VII, 19

législation du pays hôte relative à l'__ VII, 18-22

Protocole à l'__ VII, 20

Règlement commun d'application de l'__ VII, 20

Traité de 1970 sur la coopération en matière de brevets VII, 19

Traité de 2000 sur le droit des brevets VII, 19

Traité sur le droit des marques de 1994 VII, 20

Protection de l'environnement

Accord de Paris VII, 49

Action 21 VII, 49

Charte mondiale de la nature (résolution 37/7 de l'Assemblée générale, annexe) VII, 49

Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement de 1992 VII, 49

Convention de 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière VII, 49

Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux VII, 49

Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle du mouvement transfrontière de déchets dangereux et leur élimination VII, 49

Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement VII, 49

Étude d'impact sur l'environnement lors de la planification II, 19-20 ; VII, 47-49

législation du pays hôte relative à la __ VII, 47-49

Normes de performance de la Société financière internationale VII, 44

Protection des consommateurs

législation du pays hôte relative à la __ VII, 50-51

Rapport qualité-prix

évaluation du __ II, 6-14

Redevances

ajustements des __ en raison de changements de circonstances IV, 130, 140-144

considérations de politique générale en matière de régulation tarifaire IV, 49-50

établissement et contrôle des __ IV, 39

méthodes de contrôle des __ IV, 43-48

pouvoir du partenaire privé de percevoir des ___ IV, 41-42

Règlement des différends

- alerte rapide VI, 11
- arbitrage VI, 28-44
- conciliation et médiation VI, 12-15
- conseils d'examen des différends VI, 19-24
- différends auxquels sont parties des clients et des utilisateurs de l'ouvrage VI, 2 c, 50-52
- différends commerciaux VI, 2 b, 42
- différends opposant des fournisseurs de services publics I, 58-60
- différends opposant le partenaire privé à l'autorité contractante VI, 2 a, 3-48
- examen des différends techniques par des experts indépendants VI, 16-18
- exécution des sentences arbitrales VI, 38-39
- immunité de l'État souverain et arbitrage VI, 41-43
- importance de procédures efficaces de ___ VI, 1
- liberté de convenir du ___ VI, 6-9
- négociation facilitée VI, 13
- objectifs VI, 5-6
- procédures judiciaires VI, 45-48

Règles et pratiques

___ comptables du pays hôte VII, 42-43

Remise en état-exploitation-transfert

Définition *Introduction*, 24

Remise en état-possession-exploitation

définition *Introduction*, 24

Réparations

___ à effectuer après l'expiration ou la résiliation de l'accord de projet V, 67

Résiliation

- arrangements financiers au moment de la ___ V, 46-48
- consentement mutuel V, 38
- considérations générales V, 11-15
- empêchement d'exécution V, 37
- état des biens au moment du transfert V, 44-45
- évolution des conditions V, 36
- insolvabilité du partenaire privé V, 27-28
- manquement grave de l'autorité contractante V, 32-35
- manquement grave du partenaire privé V, 32-35

mesures de liquidation et mesures de transition lors de la ___ V, 50-69
 ___ à l'autorité contractante V, 41
 ___ à un nouveau partenaire privé V, 42-43
 ___ par l'autorité contractante V, 16-30
 ___ par le partenaire privé V, 31-36
 ___ par l'une ou l'autre partie V, 37-38
 ___ pour des raisons d'intérêt général V, 29-30
 transfert de biens associés au projet lors de la ___ V, 40

Responsabilité

___ du partenaire privé à l'égard des usagers et des tiers IV, 114-116

Risques

garanties contre des ___ spécifiques II, 71-76, 87-98
 répartition et atténuation des ___ II, 37-45
 répartition réglementaires des ___ II, 37
 ___ commerciaux II, 33-34
 ___ de construction et d'exploitation II, 30-32
 ___ et répartition des risques II, 23-26
 ___ liés à des événements sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle II, 43
 ___ politiques II, 29
 taux de change et autres ___ financiers II, 35-36

Risques de projet (voir Risques)

Sentences arbitrales (voir aussi Règlement des différends)

Convention sur la reconnaissance et l'exécution des ___ VI, 13, 38

Services publics

définition *Introduction*, 13

Servitudes

___ nécessaires pour le projet IV, 32-34

Site et biens du projet

acquisition de terrains IV, 29-31
 amortissement et valeur résiduelle V, 3, 43, 48 b
 constitution de sûretés sur les biens du projet IV, 62-63
 propriété des biens du projet IV, 22-26
 transfert (voir *Résiliation*)

Société de projet (voir aussi Partenaire privé)

définition *Introduction*, 16

nantissement d'actions de la ___ IV, 69
portée des activités de la ___ IV, 19
rôle général en tant que partie au projet *Introduction*, 73
statuts de la ___ IV, 20
transfert d'un intérêt majoritaire dans la ___ IV, 64-68, 72-76

Sollicitation de propositions (voir *Attribution sans procédure de mise en compétition*, *Présélection des soumissionnaires*, *Propositions spontanées*)

Sources de recettes accessoires (voir *Appui des pouvoirs publics*)

Sous-contractants

choix des ___ IV, 109-110
droit applicable aux ___ IV, 111-113

Subventions

___ en tant que formes d'appui des pouvoirs publics II, 68-70

Sûretés

en général IV, 60-61
législation du pays hôte relative aux ___ VII, 11-17
Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières VII, 17
___ sur des biens corporels IV, 62-63
___ sur des biens incorporels IV, 64-65
___ sur des créances commerciales IV, 66-68
___ sur les actions de la société de projet IV, 69

Transfert de technologie

___ après l'expiration ou la résiliation de l'accord de projet V, 56-60

Transparence

la ___ des lois et des procédures III, 14-16
la ___ en tant que principe directeur des PPP I, 7-9

Transport

désintégration dans le secteur du ___ *Introduction*, 41-44

Unidroit

Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels
d'équipement mobiles VII, 17 (note de bas de page n° 4)
Convention sur le crédit-bail international (Ottawa, 1988) VII, 30

Viabilité à long terme

___ en tant que principe directeur des PPP I, 17-18

