

Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les partenariats public-privé



Pour plus d'informations, s'adresser au :

Secrétariat de la CNUDCI, Centre international de Vienne
Boîte postale 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

Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les partenariats public-privé



NATIONS UNIES
Vienne, 2020

Note

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres 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 978-92-1-005020-3

© Nations Unies, novembre 2020. 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 de la CNUDCI sur les partenariats public-privé et le *Guide législatif de la CNUDCI sur les partenariats public-privé* ont été élaborés 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, au-delà de l'établissement d'un cadre législatif approprié, la mise en place d'un PPP suppose 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 74/183 de l'Assemblée générale	ix
I. Dispositions générales.....	1
Disposition type 1. Principes directeurs en matière de PPP	1
Disposition type 2. Définitions	1
Disposition type 3. Pouvoir de conclure des contrats de PPP.....	3
Disposition type 4. Secteurs d'infrastructure dans lesquels les PPP peuvent être conclus	3
II. Planification et préparation du projet	3
Disposition type 5. Propositions de projets de PPP.....	3
Disposition type 6. Approbation de propositions de projets de PPP.....	5
Disposition type 7. Coordination administrative	6
III. Attribution du contrat.....	6
Disposition type 8. Règles générales	6
1. Présélection des soumissionnaires	7
Disposition type 9. Objet de la présélection et procédure de présélection	7
Disposition type 10. Critères de présélection	9
Disposition type 11. Participation de consortiums	10
Disposition type 12. Décision concernant la présélection	10
2. Procédures de demande de propositions	11
Disposition type 13. Choix de la procédure de sélection	11
Disposition type 14. Teneur de la demande de propositions.....	11
Disposition type 15. Garanties de soumission.....	12
Disposition type 16. Éclaircissements et modifications	13
Disposition type 17. Demande de propositions en deux étapes	13
Disposition type 18. Demande de propositions avec dialogue	14
Disposition type 19. Critères d'évaluation	15

Disposition type 20. Comparaison et évaluation des propositions ou des offres.	16
Disposition type 21. Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères.	16
Disposition type 22. Attribution du contrat.	16
3. Négociations directes de contrats de PPP avec un ou plusieurs soumissionnaires.	17
Disposition type 23. Circonstances autorisant les négociations directes.	17
Disposition type 24. Procédures de négociation d'un contrat de PPP.	18
4. Propositions spontanées.	19
Disposition type 25. Admissibilité des propositions spontanées ...	19
Disposition type 26. Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées.	19
Disposition type 27. Propositions spontanées ne faisant pas intervenir de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs.	20
Disposition type 28. Propositions spontanées faisant intervenir des droits de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs.	21
5. Dispositions diverses.	21
Disposition type 29. Confidentialité.	21
Disposition type 30. Avis d'attribution du contrat.	22
Disposition type 31. Archivage des documents liés aux procédures de sélection et d'attribution.	22
Disposition type 32. Procédures de recours.	22
IV. Contenu et exécution du contrat de PPP.	23
Disposition type 33. Contenu du contrat de PPP.	23
Disposition type 34. Droit applicable.	25
Disposition type 35. Structure sociale du partenaire privé.	25
Disposition type 36. Propriété des biens.	26
Disposition type 37. Acquisition de droits relatifs au site du projet.	26
Disposition type 38. Servitudes.	27

Disposition type 39.	Arrangements financiers.....	27
Disposition type 40.	Sûretés.....	28
Disposition type 41.	Cession du contrat de PPP.....	29
Disposition type 42.	Transfert d'un intérêt majoritaire dans le partenaire privé.....	29
Disposition type 43.	Exploitation de l'infrastructure	29
Disposition type 44.	Indemnisation en cas de modifications spécifiques de la législation	30
Disposition type 45.	Modification du contrat de PPP.....	30
Disposition type 46.	Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante	32
Disposition type 47.	Remplacement du partenaire privé	32
V.	Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP	32
1.	Durée et prorogation du contrat de PPP.....	32
	Disposition type 48. Durée du contrat de PPP	32
	Disposition type 49. Prorogation du contrat de PPP.....	33
2.	Résiliation du contrat de PPP	33
	Disposition type 50. Résiliation du contrat de PPP par l'autorité contractante.....	33
	Disposition type 51. Résiliation du contrat de PPP par le partenaire privé	34
	Disposition type 52. Résiliation du contrat de PPP par l'une ou l'autre partie.....	34
3.	Arrangements lors de la résiliation ou de l'expiration du contrat de PPP	35
	Disposition type 53. Indemnisation lors de la résiliation du contrat de PPP	35
	Disposition type 54. Liquidation et mesures de transfert.....	35
VI.	Règlement des différends.....	36
	Disposition type 55. Différends entre l'autorité contractante et le partenaire privé	36
	Disposition type 56. Différends auxquels sont parties des clients ou des usagers de l'ouvrage, ou d'autres parties	36
	Disposition type 57. Autres différends	36

Résolution 74/183 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 privé³, qui l'accompagnent, 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 révisent leur législation ou adoptent des lois sur la participation du secteur privé à la construction 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-privé⁵ 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*

I. Dispositions générales

Disposition type 1. Principes directeurs en matière de PPP

Option I

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de permettre l'utilisation de partenariats public-privé en vue de la mise en place d'infrastructures et de la prestation des services publics qui s'y rattachent ;

CONSIDÉRANT que, à ces fins, il est souhaitable de réglementer les partenariats public-privé de manière à renforcer la transparence, l'équité, la stabilité et la prévisibilité ; à promouvoir la bonne gestion, l'intégrité, la concurrence et l'économie ; et à assurer la viabilité à long terme ;

[*Autres objectifs que l'État adoptant voudrait indiquer*] ;

Le [Gouvernement] [Parlement] de [...] adopte la loi ci-après :

Option II

La présente Loi établit les procédures d'approbation, d'attribution et d'exécution des projets de partenariat public-privé, conformément aux principes de transparence, d'équité, de stabilité, de bonne gestion, d'intégrité, de concurrence, d'économie et de viabilité à long terme.

Disposition type 2. Définitions

Aux fins de la présente Loi :

a) Le terme « partenariat public-privé » (PPP) désigne l'accord entre une autorité contractante et une entité privée pour l'exécution d'un projet, en contrepartie de paiements à effectuer par l'autorité contractante ou les usagers de l'ouvrage, y compris à la fois les projets qui impliquent un transfert du risque lié à la demande au partenaire privé (« PPP concessifs ») et les autres types de PPP qui ne comportent pas ce transfert de risque (« PPP non concessifs ») ;

b) Le terme « ouvrage » désigne des installations matérielles et des systèmes qui fournissent directement ou indirectement des services à la population ;

c) Le terme « projet d'infrastructure » désigne la conception, la construction, la mise en service et l'exploitation de nouveaux ouvrages ou la rénovation, la modernisation, l'agrandissement ou l'exploitation d'ouvrages existants ;

d) Le terme « autorité contractante » désigne l'autorité publique qui a le pouvoir de conclure un contrat de PPP [*conformément aux dispositions de la présente Loi*]¹ ;

e) Le terme « partenaire privé » désigne l'entité privée retenue par l'autorité contractante pour exécuter un projet dans le cadre d'un contrat de PPP ;

f) Le terme « contrat de PPP » désigne le ou les accords liant mutuellement l'autorité contractante et le partenaire privé qui énoncent les conditions de mise en œuvre d'un PPP ;

g) Les termes « soumissionnaire » ou « soumissionnaires » désignent des personnes ou des groupes de personnes qui participent à des procédures de sélection en vue de l'attribution d'un contrat de PPP² ;

h) Le terme « proposition spontanée » désigne toute proposition relative à l'exécution d'un projet d'infrastructure qui n'est pas soumise en réponse à une demande de propositions publiée par l'autorité contractante dans le cadre d'une procédure de sélection ;

i) Le terme « organisme de réglementation » désigne une autorité publique qui est chargée d'édicter et de faire appliquer des règles et règlements régissant l'ouvrage ou la prestation des services prévus³.

¹ Il est à noter que cette définition vise uniquement l'habilitation à conclure des contrats de PPP. Suivant le régime réglementaire de l'État adoptant, un organisme distinct, appelé « organisme de réglementation » à l'alinéa i), peut être chargé d'édicter des règles et règlements régissant la prestation des services prévus.

² Les termes « soumissionnaire » ou « soumissionnaires » désignent, selon le contexte, soit des personnes qui ont sollicité une invitation à participer à une procédure de présélection, soit des personnes qui ont soumis une proposition en réponse à une demande de propositions émanant de l'autorité contractante.

³ Il faudra peut-être définir la composition, la structure et les fonctions de cet organisme de réglementation dans un texte législatif spécifique (voir *Guide législatif de la CNUDCI sur les partenariats public-privé*, chap. I « Cadre législatif et institutionnel général », par. 37 à 55).

Disposition type 3. Pouvoir de conclure des contrats de PPP

Les autorités publiques ci-après ont le pouvoir de conclure des contrats de PPP⁴ pour l'exécution de projets d'infrastructure relevant de leur compétence respective : *[l'État adoptant indique les autorités publiques du pays hôte qui sont habilitées à conclure des contrats de PPP en insérant soit une liste exhaustive ou indicative de ces autorités, soit une liste des types ou catégories d'autorités publiques concernées soit encore une combinaison des deux]*⁵.

Disposition type 4. Secteurs d'infrastructure dans lesquels des PPP peuvent être conclus

Des contrats de PPP peuvent être conclus par les autorités compétentes dans les secteurs suivants : *[l'État adoptant indique les secteurs concernés en insérant une liste exhaustive ou indicative]*⁶.

II. Planification et préparation du projet

Disposition type 5. Propositions de projets de PPP

1. L'autorité contractante qui envisage de mettre en place des infrastructures ou des services dans le cadre d'un PPP effectue ou commande une étude de faisabilité pour déterminer si le projet satisfait aux conditions d'approbation prévues dans *[les présentes dispositions]*.

⁴Il est souhaitable d'établir des mécanismes institutionnels afin de coordonner les activités des autorités publiques chargées de délivrer les approbations, licences, permis ou autorisations requis pour la mise en œuvre de PPP conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l'exploitation des ouvrages du type proposé (voir *Guide législatif*, chap. II « Planification et préparation du projet », par. 53 à 55). En outre, pour les pays qui envisagent de fournir un certain type d'appui gouvernemental aux projets de PPP, il peut être utile que les textes correspondants, tels que les lois ou règlements régissant les activités des organismes publics autorisés à fournir un tel appui, indiquent clairement quels sont les organismes habilités en la matière et quelle forme peut revêtir cet appui (voir *Guide législatif*, chap. II « Planification et préparation du projet »).

⁵Les États adoptants auraient généralement deux possibilités pour compléter la présente disposition type. La première serait d'insérer une liste d'autorités habilitées à conclure des contrats de PPP, soit dans la disposition elle-même, soit dans une annexe. La seconde serait d'indiquer les niveaux de l'État autorisés à conclure de tels contrats, sans désigner nommément les autorités publiques concernées. S'agissant d'un État fédéral, par exemple, cette disposition pourrait mentionner « l'Union, les États [ou provinces] et les municipalités ». En tout état de cause, il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un éventuel règlement d'application.

⁶Il est souhaitable que les États adoptants qui veulent insérer une liste de secteurs exhaustive envisagent des mécanismes permettant de revoir celle-ci en cas de besoin. Ils pourraient à cette fin faire figurer ladite liste dans une annexe à la loi ou dans un éventuel règlement d'application.

2. L'étude de faisabilité :

a) Identifie les besoins en infrastructures ou services publics auxquels le projet de PPP proposé doit répondre et la manière dont celui-ci satisfait aux priorités nationales ou locales pertinentes pour la mise en place d'infrastructures et de services publics ;

b) Évalue les différentes options qui s'offrent à l'autorité contractante pour satisfaire ces besoins et démontre de manière concluante l'avantage comparatif et les intérêts stratégiques et opérationnels de la mise en œuvre du projet dans le cadre d'un PPP, en particulier que le projet :

- i) Offre une solution plus économique et efficace dans le cadre d'un PPP que s'il devait faire l'objet de la passation d'un marché et être exécuté par l'autorité contractante ou un autre organisme public (« rapport qualité-prix ») ; et
- ii) N'entraînera pas d'engagements financiers imprévus pour le secteur public (« risque budgétaire »).

3. Outre la conduite d'une étude de faisabilité, il faudra, dans le cadre de la demande d'approbation d'un PPP :

a) Évaluer les incidences sociales, économiques et environnementales du projet ;

b) Identifier les exigences techniques ainsi que les moyens nécessaires et les produits escomptés ;

c) Examiner la mesure dans laquelle les activités de projet sont susceptibles d'être exécutées par un partenaire privé dans le cadre d'un contrat passé avec l'autorité contractante ;

d) Recenser les licences, permis ou autorisations que l'autorité contractante ou toute autre autorité publique peut être tenue de délivrer en vue de l'approbation ou de l'exécution du projet ;

e) Recenser et évaluer les principaux risques de projet et décrire la répartition des risques proposée dans le cadre du contrat ;

f) Identifier toutes les formes d'appui susceptibles d'être apportées par les pouvoirs publics pour l'exécution du projet ;

g) Déterminer la capacité de l'autorité contractante à exécuter effectivement le contrat, notamment l'aptitude à contrôler et à réglementer l'exécution du projet et les performances du partenaire privé ;

h) Identifier la procédure appropriée pour l'attribution du contrat.

Disposition type 6. Approbation de propositions de projets de PPP

1. Le [l'État adoptant indique l'instance compétente] est chargé de [l'approbation des projets de PPP proposés qui lui ont été soumis par les autorités contractantes] [rendre un avis consultatif à [l'État adoptant indique l'instance compétente] indiquant si un projet de PPP proposé remplit les conditions d'approbation prévues dans [les présentes dispositions]].

2. Le [l'État adoptant indique l'instance compétente] est chargé en particulier :

a) D'examiner les propositions de projets de PPP et les études de faisabilité qui lui ont été soumises par les autorités contractantes afin de déterminer si un projet proposé devrait être réalisé dans le cadre d'un PPP et s'il remplit les conditions prévues dans [les présentes dispositions] ;

b) D'examiner la capacité de l'autorité contractante à exécuter le projet et de faire des recommandations appropriées ;

c) D'examiner les projets de demande de propositions élaborés par les autorités contractantes, afin de vérifier qu'ils sont conformes à la fois à l'étude de faisabilité et à la proposition approuvée ;

d) De rendre un avis consultatif à l'État en ce qui concerne les procédures administratives liées aux PPP ;

e) D'élaborer des orientations en matière de PPP ;

f) De conseiller les autorités contractantes sur la méthodologie des diverses études (notamment de faisabilité) ;

g) D'élaborer des documents d'appel d'offres et des documents contractuels standard à l'usage des autorités contractantes ;

h) De donner des avis consultatifs concernant l'exécution des projets de PPP ;

i) D'aider les autorités contractantes selon que de besoin pour faire en sorte que les PPP soient exécutés conformément [aux présentes dispositions] ; et

j) D'exercer toutes autres fonctions liées aux PPP que [l'État adoptant indique l'instance compétente chargée de promulguer les règlements d'application des dispositions types] pourra lui confier.

Disposition type 7. Coordination administrative

Le [l'État adoptant indique l'instance compétente] [établit] [propose à [l'État adoptant indique l'instance compétente] d'établir] des mécanismes institutionnels afin de coordonner les activités des autorités publiques chargées de délivrer les approbations, licences, permis ou autorisations requis pour l'exécution des projets de PPP conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l'exploitation d'ouvrages du type proposé.

III. Attribution du contrat

Disposition type 8. Règles générales

L'autorité contractante sélectionne le partenaire privé conformément aux dispositions types 9 à 22 (ou exceptionnellement aux dispositions types 23 à 28) et aux dispositions types 29 à 32 et, pour les matières non régies dans celles-ci, conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient des procédures concurrentielles transparentes et efficaces pour l'attribution des marchés publics équivalentes à celles que prévoit la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics]⁷.

⁷ Il convient de noter la relation entre les procédures de sélection du partenaire privé et le cadre législatif général régissant l'attribution des marchés publics dans l'État adoptant. Si certains éléments de concurrence structurée existant dans les méthodes traditionnelles de passation des marchés peuvent être utilement appliqués, il faut néanmoins introduire un certain nombre d'adaptations pour tenir compte des exigences particulières des PPP, telles qu'une phase de présélection clairement définie, une certaine souplesse dans la formulation des demandes de propositions, des critères d'évaluation spéciaux et une certaine latitude pour négocier avec les soumissionnaires. Les procédures de sélection décrites dans le présent chapitre s'inspirent dans une large mesure des méthodes de passation des marchés publics que sont la demande de propositions, l'appel d'offres en deux étapes, les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique, méthodes prévues dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, adoptée par la Commission à sa quarante-quatrième session, tenue à Vienne du 27 juin au 8 juillet 2011. Les dispositions types relatives à la sélection du concessionnaire n'ont pas pour objet de remplacer ou de reproduire la totalité des règles de l'État adoptant sur la passation des marchés publics, mais plutôt d'aider les législateurs nationaux à élaborer des règles s'appliquant spécifiquement à la sélection du concessionnaire. Elles partent du principe qu'il existe dans l'État adoptant un cadre général pour l'attribution de contrats étatiques prévoyant des procédures de mise en concurrence transparentes et efficaces conformément aux règles énoncées dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Aussi n'abordent-elles pas un certain nombre d'aspects procéduraux d'ordre pratique qui seraient normalement traités dans un régime général adéquat de passation des marchés. C'est le cas, par exemple, des points suivants : modalités de publication des avis, procédures de publication des demandes de propositions, archivage des documents concernant la procédure de passation, accessibilité des informations pour le public et procédures de contestation. Lorsqu'il y a lieu, les notes accompagnant les dispositions types renvoient aux dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics qui peuvent, *mutatis mutandis*, compléter les éléments pratiques de la procédure de sélection exposée dans les dispositions types.

1. Présélection des soumissionnaires

Disposition type 9. Objet de la présélection et procédure de présélection

1. Afin de limiter le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs auxquels des propositions seront demandées, l'autorité contractante engage une procédure de présélection visant à identifier les soumissionnaires ayant les qualifications voulues pour exécuter le projet envisagé.

2. L'invitation à participer à la procédure de présélection est publiée conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation régissant la publication des invitations à participer aux procédures de préqualification des fournisseurs et entrepreneurs*].

3. Dans la mesure où [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent le contenu des invitations à participer aux procédures de préqualification des fournisseurs et entrepreneurs*]⁸ ne l'exigent pas déjà, l'invitation à participer à la procédure de présélection indique au minimum :

a) Une description des systèmes de l'infrastructure, de l'ouvrage ou des services, selon le cas ;

b) L'indication des autres éléments essentiels du projet, tels que les services devant être fournis par le partenaire privé, les arrangements financiers envisagés par l'autorité contractante (par exemple, si le projet sera entièrement financé par des droits ou redevances payables par les usagers ou si des fonds publics peuvent être octroyés au partenaire privé sous la forme de versements directs, de prêts ou de garanties) ;

c) Lorsqu'elles sont connues, un résumé des principales clauses obligatoires du contrat de PPP qui sera conclu ;

d) Le mode et le lieu de soumission des demandes de présélection ainsi que le délai de soumission, exprimé sous la forme d'une date et d'une heure précises et laissant suffisamment de temps aux soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs demandes ; et

e) Le mode et le lieu de sollicitation du dossier de présélection.

⁸ On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans l'invitation à participer à une procédure de préqualification à l'article 18-3 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

4. Dans la mesure où [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur du dossier de présélection devant être communiqué aux fournisseurs et entrepreneurs dans le cadre d'une procédure de préqualification]⁹ ne l'exigent pas déjà, le dossier de présélection indique au minimum :

a) Les critères de présélection prévus dans la disposition type 10 ;

b) Si l'autorité contractante a l'intention de renoncer à appliquer les restrictions prévues dans la disposition type 11 concernant la participation de consortiums ;

c) Si l'autorité contractante a l'intention de demander uniquement à un nombre limité¹⁰ des soumissionnaires présélectionnés qui répondent le mieux aux critères précisés dans le dossier de présélection de soumettre des propositions une fois la procédure de présélection terminée conformément à la disposition type 12-2 ; le cas échéant, le nombre maximum de soumissionnaires présélectionnés auxquels des propositions seront demandées et la façon dont ce nombre sera fixé. S'agissant de fixer le nombre maximum, l'autorité contractante garde à l'esprit la nécessité d'assurer une concurrence effective ;

d) Si l'autorité contractante a l'intention de demander au soumissionnaire retenu de fonder une entité juridique indépendante, constituée et incorporée selon les lois de [l'État adoptant] conformément à la disposition type 35.

5. Pour les matières non régies par la présente disposition type, la procédure de présélection est conduite conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent la conduite des procédures de préqualification ou de présélection des fournisseurs et entrepreneurs]¹¹.

⁹ On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans le dossier de préqualification à l'article 18-5 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

¹⁰ Dans certains pays, des conseils pratiques relatifs aux procédures de sélection encouragent les autorités contractantes nationales à limiter les propositions au plus petit nombre possible suffisant pour garantir une véritable concurrence (trois ou quatre, par exemple).

¹¹ Les étapes procédurales relatives aux procédures de préqualification et de présélection, y compris les procédures de traitement des demandes d'éclaircissements et l'obligation d'information qui incombe à l'autorité contractante concernant sa décision sur les qualifications des soumissionnaires, sont traitées aux articles 18 et 49-3 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

Disposition type 10. Critères de présélection

Les soumissionnaires intéressés doivent satisfaire à ceux des critères ci-dessous que l'autorité contractante juge appropriés¹² et pertinents pour le contrat en question :

a) Posséder les qualifications professionnelles, techniques et environnementales, les compétences professionnelles et techniques, les ressources financières, les équipements et autres moyens matériels, les compétences de gestion, la fiabilité, l'expérience et les ressources humaines nécessaires pour mener à bien toutes les phases du projet, à savoir la conception, la construction, l'exploitation et la maintenance ;

b) Être en mesure de gérer les aspects financiers du projet et de faire face sur le long terme aux besoins de financement afférents ;

c) Respecter les normes éthiques et les autres normes applicables dans [*le présent État*] ;

d) Disposer de la capacité juridique de conclure le contrat de PPP ;

e) 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 par 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 ;

f) S'être acquittés de leurs obligations en matière d'impôts et de cotisations sociales dans [*le présent État*] ;

g) 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 conclure un contrat durant une période de ... années [*l'État adoptant précise la période*] précédant l'ouverture de la procédure d'attribution du contrat, ou ne pas avoir été d'une quelconque autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou de radiation.

¹² Les lois de certains pays prévoient certaines formes de traitement préférentiel pour les entreprises nationales ou accordent un traitement spécial aux soumissionnaires qui s'engagent à utiliser des produits fabriqués dans le pays ou à employer de la main-d'œuvre locale. Les différents problèmes posés par les préférences nationales sont examinés dans le *Guide législatif* (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 44 et 45). Ce dernier indique que les pays souhaitant offrir des mesures d'incitation aux fournisseurs nationaux peuvent éventuellement appliquer ces préférences sous la forme de critères d'évaluation spéciaux, plutôt que d'exclure systématiquement les fournisseurs étrangers. En tout état de cause, lorsque des préférences nationales sont envisagées, elles devraient être annoncées au tout début de la procédure de sélection (c'est-à-dire dans l'invitation à participer à la procédure de présélection).

Disposition type 11. Participation de consortiums

1. Lorsqu'elle invite initialement les soumissionnaires à participer à la procédure de sélection, l'autorité contractante les autorise à constituer des consortiums soumissionnaires. Les renseignements demandés aux membres d'un consortium soumissionnaire pour démontrer leurs qualifications conformément à la disposition type 10 concernent à la fois le consortium dans son ensemble et chacun de ses participants.
2. Sauf [autorisation contraire de ... [*l'État adoptant indique l'autorité compétente*] et] indication contraire dans le dossier de présélection, chaque membre d'un consortium ne peut participer, directement ou indirectement, qu'à un seul consortium simultanément¹³. Toute infraction à cette règle entraîne la disqualification du consortium et de ses différents membres.
3. Lors de l'examen des qualifications des consortiums soumissionnaires, l'autorité contractante prend en considération les capacités de chaque membre du consortium et détermine si l'ensemble des qualifications ainsi regroupées permet de répondre adéquatement aux besoins de toutes les phases du projet.

Disposition type 12. Décision concernant la présélection

1. L'autorité contractante prend une décision sur les qualifications de chaque soumissionnaire ayant soumis une demande de présélection. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères, exigences et procédures énoncés dans le dossier de présélection. Tous les soumissionnaires présélectionnés sont ensuite invités par l'autorité contractante à soumettre des propositions conformément aux dispositions types 13 à 22.
2. Nonobstant le paragraphe 1, si elle a indiqué par une déclaration appropriée à cet effet dans le dossier de présélection qu'elle se réservait le droit de solliciter des propositions uniquement auprès d'un nombre limité de soumissionnaires répondant le mieux aux critères de présélection, l'autorité contractante évalue ces derniers en se fondant sur les critères appliqués pour apprécier leurs qualifications et elle établit la liste des soumissionnaires qui seront invités à soumettre des propositions une fois la phase de présélection terminée ; cette liste contient au maximum

¹³ L'interdiction faite aux soumissionnaires de participer à plus d'un consortium pour soumettre des propositions concernant le même projet vise à réduire le risque de fuite d'informations ou de collusion entre consortiums concurrents. La disposition type envisage néanmoins la possibilité d'exceptions particulières à cette règle dans le cas, par exemple, où seulement une entreprise ou un nombre limité d'entreprises seraient susceptibles de fournir un bien ou un service essentiel à l'exécution du projet.

le nombre de soumissionnaires précisé dans le dossier de présélection, et si possible au moins trois. En établissant la liste, l'autorité contractante applique uniquement les critères et le mode de notation qui sont prévus dans le dossier de présélection.

2. Procédures de demande de propositions

Disposition type 13. Choix de la procédure de sélection

1. Lorsqu'elle estime que des discussions avec les soumissionnaires sont nécessaires pour affiner certains aspects de la description de l'objet du marché et pour les formuler avec les détails requis conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent la teneur des demandes de propositions comme le fait l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*] et afin de parvenir à la solution qui répond le mieux à ses besoins, l'autorité contractante peut sélectionner le partenaire privé pour un projet de PPP au moyen d'une demande de propositions en deux étapes conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient une méthode de passation de marché équivalente à l'appel d'offres en deux étapes prévu à l'article 48 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*].

2. Lorsqu'elle n'est pas en mesure de formuler une description détaillée de l'objet du marché conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent la teneur des demandes de propositions comme le fait l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*] et qu'elle estime nécessaire de dialoguer avec les soumissionnaires pour parvenir à la solution qui répond le mieux à ses besoins, l'autorité contractante peut sélectionner le partenaire privé pour un projet de PPP au moyen d'une demande de propositions avec dialogue conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui prévoient une méthode de passation de marché équivalente à la demande de propositions avec dialogue prévue à l'article 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*].

Disposition type 14. Teneur de la demande de propositions

1. L'autorité contractante fournit un exemplaire de la demande de propositions et des documents connexes à chaque soumissionnaire invité à soumettre des propositions qui en acquitte le prix éventuellement demandé.

2. Outre les informations requises conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la teneur des demandes de propositions]¹⁴, la demande de propositions comporte les renseignements suivants :

a) Renseignements généraux pouvant être requis par les soumissionnaires pour préparer et soumettre leurs propositions ;

b) Cahier des charges et indicateurs de résultats, selon qu'il convient, y compris les exigences de l'autorité contractante concernant les normes de sûreté et de sécurité ainsi que le respect de l'environnement ;

c) Clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante, avec indication des clauses considérées comme non négociables ;

d) Critères d'évaluation des propositions et seuils éventuellement fixés par l'autorité contractante pour identifier les propositions non conformes ; poids relatif à accorder à chaque critère d'évaluation ou ordre d'importance décroissant de tous les critères d'évaluation ; et modalités d'application de ces critères et seuils dans l'évaluation et le rejet des propositions.

Disposition type 15. Garanties de soumission

1. Lorsque l'autorité contractante exige des soumissionnaires qu'ils fournissent une garantie de soumission, la demande de propositions énonce les exigences concernant l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales de la garantie de soumission demandée.

2. Le soumissionnaire ne perd pas la garantie de soumission qu'il a pu être tenu de fournir sauf dans les cas suivants¹⁵ :

a) Si cela est prévu dans la demande de propositions, retrait ou modification d'une proposition ou de la meilleure offre définitive avant ou après la date limite qui a été précisée ;

b) Défaut de participation aux négociations finales avec l'autorité contractante conformément à l'alinéa a) de la disposition type 22-1 ;

c) Défaut de présentation de sa meilleure offre définitive dans le délai prescrit par l'autorité contractante conformément à l'alinéa e) de la disposition type 18 ;

¹⁴ On trouvera une liste d'éléments qui figurent habituellement dans une demande de propositions aux articles 47 et 49 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

¹⁵ On trouvera des dispositions générales sur les garanties de soumission à l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

d) Défaut de signature du contrat de PPP alors que la signature est exigée par l'autorité contractante, une fois la proposition acceptée ;

e) Défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution du contrat de PPP après l'acceptation de la proposition ou de l'offre, ou manquement, avant la signature du contrat de PPP, à toute autre condition spécifiée dans la demande de propositions.

Disposition type 16. Éclaircissements et modifications

L'autorité contractante peut, de sa propre initiative ou en réponse à la demande d'éclaircissements d'un soumissionnaire, revoir et, selon qu'il convient, réviser tout élément de la demande de propositions mentionné dans la disposition type 14. Elle indique dans les documents relatifs à la procédure de sélection à archiver conformément à la disposition type 31 les motifs de toute révision de la demande de propositions. Toute suppression, modification ou ajout est porté à la connaissance des soumissionnaires de la même manière que la demande de propositions dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des propositions.

Disposition type 17. Demande de propositions en deux étapes

a) Avant de publier la demande de propositions conformément à la disposition type 14, l'autorité contractante émet une demande de propositions initiale invitant les soumissionnaires à soumettre, au cours de la première étape de la procédure, des propositions initiales concernant le cahier des charges, les indicateurs de résultats, les besoins de financement ou d'autres caractéristiques du projet ainsi que les principales clauses contractuelles proposées par l'autorité contractante ;

b) L'autorité contractante peut convoquer des réunions et tenir des discussions ou dialoguer avec des soumissionnaires dont les propositions initiales n'ont pas été rejetées pour motif de non-conformité ou pour d'autres raisons prévues dans la législation¹⁶. Les discussions peuvent porter sur tout aspect de la demande de propositions initiale ou des propositions initiales et des documents d'accompagnement présentés par les soumissionnaires¹⁷ ;

c) Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, selon qu'il convient, réviser la demande de propositions initiale en supprimant

¹⁶ Par exemple, pour motif de corruption, de collusion ou de conflit d'intérêts.

¹⁷ On trouvera des dispositions générales sur les demandes d'éclaircissement relatives aux demandes de propositions et la tenue de réunion avec les soumissionnaires à l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

ou en modifiant tout aspect du cahier des charges, des indicateurs de résultats, des besoins de financement, ou d'autres caractéristiques du projet, y compris les principales clauses contractuelles, et tout critère d'évaluation et de comparaison des propositions ainsi que de détermination du soumissionnaire à retenir, tels qu'ils sont définis dans cette demande de même qu'en y ajoutant d'autres caractéristiques ou critères. Elle indique dans les documents relatifs à la procédure de sélection à archiver conformément à la disposition type 31 les motifs de toute révision de la demande de propositions. Toute suppression, modification ou ajout est porté à la connaissance des soumissionnaires dans l'invitation à soumettre des propositions définitives ;

d) Durant la deuxième étape de la procédure, l'autorité contractante invite les soumissionnaires à soumettre des propositions définitives correspondant à un ensemble unique de spécifications du cahier des charges, d'indicateurs de résultats ou de clauses contractuelles conformément à la disposition type 14.

Disposition type 18. Demande de propositions avec dialogue

Lorsqu'une demande de propositions avec dialogue est mise en œuvre conformément à la disposition type 13-2 :

a) L'autorité contractante invite chaque soumissionnaire qui a présenté une proposition conforme à participer au dialogue, dans la limite du nombre maximum applicable. Elle veille à ce que le nombre de soumissionnaires invités soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Ce nombre sera d'au moins trois si possible ;

b) Le dialogue est mené de façon concomitante par les mêmes représentants de l'autorité contractante ;

c) Pendant le dialogue, l'autorité contractante ne modifie aucun des éléments suivants : l'objet du projet, les critères de qualification ou d'évaluation, les exigences minimales, les éléments de la description du projet, les conditions du contrat qui ne font pas l'objet du dialogue telles que précisées dans la demande de propositions ;

d) Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres informations découlant du dialogue qui sont communiqués par l'autorité contractante à un soumissionnaire sont communiqués en même temps et en toute égalité à tous les autres soumissionnaires participants, à moins qu'ils ne concernent spécialement ou exclusivement ce fournisseur ou cet entrepreneur, ou qu'une telle communication ne viole les dispositions en matière de confidentialité de [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation équivalentes à celles de l'article 24 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics] ;

e) À l'issue du dialogue, l'autorité contractante demande à tous les soumissionnaires qui restent en lice de présenter leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leur proposition. La demande est écrite et précise le mode, le lieu et la date limite de présentation des meilleures offres définitives.

Disposition type 19. Critères d'évaluation

1. Les critères d'évaluation et de comparaison des éléments techniques des propositions incluent au minimum les éléments suivants :

- a) Pertinence technique ;
- b) Respect des normes environnementales ;
- c) Faisabilité opérationnelle ;
- d) Qualité des services et mesures visant à assurer leur continuité.

2. Les critères d'évaluation et de comparaison des éléments financiers et commerciaux des propositions incluent, selon qu'il convient :

a) La valeur actuelle des péages, prix unitaires et autres charges proposés pendant la période de contrat ;

b) La valeur actuelle des paiements directs que l'autorité contractante propose d'effectuer, le cas échéant ;

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 ;

d) L'importance du soutien financier attendu, le cas échéant, d'une autorité publique de [l'État adoptant] ;

e) La solidité des arrangements financiers proposés ;

f) Le degré de conformité aux clauses contractuelles négociables proposées par l'autorité contractante dans la demande de propositions ;

g) Le potentiel de développement socioéconomique offert par les propositions.

Disposition type 20. Comparaison et évaluation des propositions ou des offres

1. L'autorité contractante compare et évalue chaque proposition ou offre conformément aux critères d'évaluation, au poids relatif accordé à chaque critère ou à l'ordre décroissant d'importance des critères d'évaluation et à la procédure d'évaluation prévue dans la demande de propositions.
2. Aux fins du paragraphe 1, l'autorité contractante peut fixer des seuils pour les aspects qualitatifs, techniques, financiers et commerciaux. Les propositions qui n'atteignent pas ces seuils sont considérées comme non conformes et sont écartées de la procédure.

Disposition type 21. Confirmation de l'adéquation des qualifications aux critères

L'autorité contractante peut exiger de tout soumissionnaire présélectionné qu'il apporte à nouveau la preuve de ses qualifications conformément aux critères utilisés pour la présélection. Elle disqualifie tout soumissionnaire qui ne démontre pas à nouveau ses qualifications alors qu'il en a été prié¹⁸.

Disposition type 22. Attribution du contrat

1. Lors de la mise en œuvre d'une procédure en deux étapes conformément à la disposition type 13-1 :
 - a) L'autorité contractante classe toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation et invite le soumissionnaire ayant obtenu la note la plus élevée à participer aux négociations finales du contrat de PPP. Ces négociations ne portent pas sur les clauses contractuelles éventuellement déclarées non négociables dans la sollicitation définitive de propositions ;
 - b) Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un contrat, elle informe ce dernier qu'elle y met fin et lui accorde un délai raisonnable pour présenter sa meilleure offre définitive ;

¹⁸ Voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 9-8.

c) Si l'autorité contractante estime que cette offre n'est pas acceptable, elle la rejette et invite ensuite les autres soumissionnaires à des négociations dans l'ordre de leur classement, jusqu'à ce qu'elle parvienne à conclure un contrat de PPP ou qu'elle rejette toutes les propositions restantes ;

d) Lorsqu'elle a mis fin à des négociations avec un soumissionnaire conformément au présent paragraphe, l'autorité contractante ne les reprend pas.

2. Lors de la mise en œuvre d'une demande de propositions avec dialogue conformément à la disposition type 13-2 :

a) Aucune négociation n'a lieu entre l'autorité contractante et les soumissionnaires au sujet de leur meilleure offre définitive ;

b) L'offre à retenir est celle qui répond le mieux aux besoins de l'autorité contractante conformément aux critères et à la procédure d'évaluation des propositions prévus dans la demande de propositions.

3. *Négociations directes de contrats de PPP avec un ou plusieurs soumissionnaires*

Disposition type 23. Circonstances autorisant les négociations directes

Sous réserve de l'approbation de [l'État adoptant indique l'autorité compétente]¹⁹, l'autorité contractante est autorisée à négocier un contrat de PPP sans recourir aux procédures prévues dans les dispositions types 9 à 22 dans les cas suivants :

a) Lorsqu'il est urgent d'assurer la continuité du service et qu'il ne serait pas pratique d'ouvrir les procédures prévues dans les dispositions types 9 à 22, à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par l'autorité contractante et n'aient pas été le résultat de manœuvres dilatoires de sa part ;

¹⁹ Soumettre les négociations directes relatives à un contrat de PPP à l'approbation d'une autorité supérieure vise à faire en sorte que l'autorité contractante ne mette en œuvre cette exception que dans les circonstances appropriées. C'est pourquoi la disposition type propose que l'État adoptant indique quelle autorité est compétente pour autoriser des négociations dans tous les cas qui y sont prévus. L'État adoptant peut néanmoins fixer des conditions d'approbation différentes pour chaque alinéa de la disposition. Dans certains cas, par exemple, il peut prévoir que le pouvoir d'engager de telles négociations découle directement de la loi. Dans d'autres, il peut subordonner les négociations à l'approbation de différentes autorités supérieures, selon la nature des services à fournir ou le secteur d'infrastructure concerné. L'État adoptant devra peut-être alors adapter la disposition type en ajoutant la condition d'approbation particulière requise à l'alinéa correspondant ou bien en ajoutant une référence aux dispositions de sa législation qui fixent ces conditions.

b) Lorsque le projet est de courte durée et que l'investissement initial escompté ne dépasse pas le montant [de [l'État adoptant spécifie un montant maximum]] [prévu dans [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui spécifient le seuil monétaire au-dessous duquel un projet peut être attribué par le biais de négociations directes]]²⁰;

c) Lorsque le recours aux procédures prévues dans les dispositions types 9 à 22 ne convient pas à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État;

d) Lorsque seule une source est en mesure de fournir le service demandé, par exemple lorsque la prestation de ce service fait appel à un droit de propriété intellectuelle, des secrets commerciaux ou d'autres droits exclusifs dont une ou plusieurs personnes ont la propriété ou la possession;

e) Dans d'autres cas où [l'État adoptant indique l'autorité compétente] autorise une telle exception pour des raisons impérieuses d'intérêt général²¹.

Disposition type 24. Procédures de négociation d'un contrat de PPP

Lorsqu'elle négocie un contrat de PPP sans recourir aux procédures prévues dans les dispositions types 9 à 22, l'autorité contractante :

a) Fait publier un avis pour annoncer son intention d'engager des négociations concernant un contrat de PPP conformément aux [l'État adoptant indique les dispositions de toute législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis]²²;

b) Mène des négociations avec un nombre aussi grand que possible de personnes qu'elle juge capables d'exécuter le projet en fonction des circonstances;

c) Fixe des critères d'évaluation en fonction desquels les propositions seront évaluées et classées.

²⁰ Au lieu d'avoir recours aux exclusions visées aux alinéas b) et c), l'État adoptant peut envisager d'élaborer une procédure simplifiée de demande de propositions pour les projets en relevant, par exemple en autorisant la sollicitation directe dans les procédures décrites dans les dispositions types 9 à 22, comme le prévoit l'article 35-2 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

²¹ Les États adoptants qui jugent souhaitable d'autoriser le recours à des procédures de négociations directes au cas par cas souhaiteront peut-être conserver l'alinéa e) lorsqu'ils incorporeront la disposition type dans leur législation. Ceux qui souhaitent limiter les exceptions aux procédures de sélection envisagées dans les dispositions types 9 à 22 préféreront peut-être ne pas l'inclure. Quoiqu'il en soit, l'État adoptant souhaitera peut-être, par souci de transparence, mentionner dans cet alinéa ou à un autre endroit de la disposition type les autres exceptions éventuelles autorisant le recours à des procédures de négociations directes qui peuvent être autorisées par des dispositions législatives spécifiques.

²² Voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 7.

4. Propositions spontanées²³

Disposition type 25. Admissibilité des propositions spontanées

À titre d'exception aux dispositions types 9 à 22, l'autorité contractante²⁴ est autorisée à examiner des propositions spontanées conformément aux procédures prévues dans les dispositions types 26 à 28, à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé des procédures de sélection.

Disposition type 26. Procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées

1. Après réception et examen préliminaire d'une proposition spontanée, l'autorité contractante fait savoir rapidement à son auteur si le projet est considéré ou non comme présentant un intérêt général potentiel²⁵.
2. Si le projet est considéré comme présentant un intérêt général potentiel conformément au paragraphe 1, l'autorité contractante invite l'auteur de la proposition à lui communiquer autant d'informations sur le projet proposé qu'il est possible à ce stade pour lui permettre d'évaluer correctement les qualifications de l'auteur²⁶ et la faisabilité technique et économique du projet et de déterminer si

²³ Les États adoptants qui souhaitent que le recours à des procédures de négociations directes se fasse de façon plus transparente peuvent définir, au moyen de dispositions réglementaires spécifiques, des critères de qualification auxquels doivent satisfaire les personnes invitées à des négociations conformément aux dispositions types 23 et 24. Des critères de qualification possibles sont indiqués dans la disposition type 10.

²⁴ La disposition type part du principe que c'est l'autorité contractante qui est habilitée à examiner des propositions spontanées. Toutefois, suivant les arrangements institutionnels et administratifs de l'État adoptant, un organe indépendant de l'autorité contractante peut être chargé d'examiner de telles propositions ou de déterminer, par exemple, si une proposition spontanée est dans l'intérêt général. En pareil cas, l'État adoptant devrait étudier soigneusement la façon dont les fonctions d'un tel organe doivent éventuellement être coordonnées avec celles de l'autorité contractante (voir les notes 1, 3 et 19, ainsi que les références qui y sont mentionnées).

²⁵ Pour déterminer si un projet proposé est dans l'intérêt général, il faut examiner soigneusement ses avantages potentiels pour la population ainsi que le lien entre le projet et la politique de l'État dans le secteur d'infrastructure concerné. Afin d'assurer l'intégrité, la transparence et la prévisibilité des procédures de détermination de l'admissibilité des propositions spontanées, il peut être souhaitable que l'État adoptant donne, dans un règlement ou dans d'autres textes, des indications concernant les critères qui seront utilisés pour déterminer si une proposition spontanée est dans l'intérêt général et, éventuellement, qu'il précise les critères permettant d'évaluer l'adéquation des arrangements contractuels et le caractère raisonnable de la répartition proposée des risques.

²⁶ L'État adoptant voudra peut-être énoncer dans des dispositions réglementaires les critères de qualification auxquels doit satisfaire l'auteur de la proposition. Les éléments à prendre en considération à cet effet sont indiqués dans la disposition type 10.

celui-ci est susceptible d'être exécuté avec succès de la manière proposée dans des conditions acceptables par elle. À cette fin, l'auteur soumet une étude de faisabilité technique et économique, une étude d'impact sur l'environnement et des informations satisfaisantes concernant le concept ou la technologie envisagés dans la proposition.

3. Lorsqu'elle examine une proposition spontanée, l'autorité contractante respecte les droits de propriété intellectuelle, les secrets commerciaux ou d'autres droits exclusifs qui sont contenus dans la proposition, en découlent ou y sont mentionnés. Par conséquent, elle n'utilise aucune information fournie par l'auteur ou en son nom en rapport avec sa proposition spontanée à d'autres fins que l'évaluation de cette proposition, à moins que l'auteur n'y ait consenti. Si elle rejette la proposition, l'autorité contractante restitue à son auteur l'original et toute copie des documents que celui-ci a soumis et préparés durant la procédure, sauf convention contraire des parties.

Disposition type 27. Propositions spontanées ne faisant pas intervenir de droits de propriété intellectuelle, de secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

1. À l'exception des cas prévus dans la disposition type 23, l'autorité contractante, si elle décide d'exécuter le projet, entame une procédure de sélection conformément aux dispositions types 9 à 22 lorsqu'elle considère que :

a) L'exécution du projet est possible sans l'utilisation des droits de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou des autres droits exclusifs dont l'auteur de la proposition a la propriété ou la possession ; et

b) Le concept ou la technologie proposés ne sont pas véritablement nouveaux ou sans équivalent.

2. L'auteur de la proposition est invité à participer à la procédure de sélection entamée par l'autorité contractante conformément au paragraphe 1 et peut bénéficier d'une mesure d'incitation ou d'un avantage similaire suivant les modalités décrites par l'autorité contractante dans la demande de propositions en contrepartie de l'élaboration et de la soumission de la proposition.

Disposition type 28. Propositions spontanées faisant intervenir des droits de propriété intellectuelle, des secrets professionnels ou d'autres droits exclusifs

1. Si l'autorité contractante considère que les conditions énoncées aux alinéas *a)* et *b)* de la disposition type 27-1 ne sont pas remplies, elle n'est pas tenue de mener une procédure de sélection conformément aux dispositions types 9 à 22. Elle peut néanmoins toujours chercher à obtenir des éléments de comparaison pour la proposition spontanée conformément aux dispositions énoncées aux paragraphes 2 à 4 ci-dessous.
2. Lorsque l'autorité contractante a l'intention d'obtenir des éléments de comparaison pour la proposition spontanée, elle publie une description des éléments essentiels du produit proposé en invitant d'autres parties intéressées à soumettre des propositions dans [un délai raisonnable] [*l'État adoptant indique un certain délai*].
3. Si aucune proposition n'est reçue dans [un délai raisonnable] [le délai spécifié au paragraphe 2] en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2 de la présente disposition type, l'autorité contractante peut entamer des négociations avec l'auteur de la proposition originale.
4. Si l'autorité contractante reçoit des propositions en réponse à une invitation publiée en application du paragraphe 2 ci-dessus, elle invite leurs auteurs à des négociations conformément aux dispositions énoncées dans la disposition type 24. Si elle reçoit un nombre suffisamment important de propositions, qui paraissent à première vue répondre à ses besoins en matière d'infrastructures, l'autorité contractante demande que lui soient soumises des propositions conformément aux dispositions types 9 à 22, sous réserve de toute mesure d'incitation ou d'autre avantage dont peut bénéficier la personne ayant soumis la proposition spontanée conformément à la disposition type 27-2.

5. Dispositions diverses

Disposition type 29. Confidentialité

L'autorité contractante traite les propositions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux soumissionnaires concurrents ou à toute autre personne qui n'est pas autorisée à avoir accès à ce type d'informations. Toutes discussions, communications et négociations ayant eu lieu entre l'autorité contractante et un

soumissionnaire conformément aux dispositions types 17, 18, 21, 23 ou 24, ou aux paragraphes 3 et 4 de la disposition type 28, sont confidentielles. Sauf si la loi ou une décision judiciaire l'exige, aucune partie aux négociations ne divulgue à aucune autre personne, sans le consentement de l'autre partie, des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations concernant des discussions, communications et négociations ayant eu lieu conformément aux dispositions précitées.

Disposition type 30. Avis d'attribution du contrat

L'autorité contractante fait publier un avis d'attribution du contrat conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur les procédures de passation des marchés qui régissent la publication des avis d'attribution de contrats*]²⁷. Cet avis désigne le partenaire privé et comporte un résumé des principales clauses du contrat de PPP.

Disposition type 31. Archivage des documents liés aux procédures de sélection et d'attribution

L'autorité contractante conserve dûment les archives liées aux procédures de sélection et d'attribution conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation sur la passation des marchés publics qui régissent l'archivage des documents liés aux procédures de passation de marchés*]²⁸.

Disposition type 32. Procédures de recours

Un soumissionnaire qui déclare avoir subi, ou être susceptible de subir, une perte ou un préjudice du fait de la non-conformité d'une décision ou d'un acte de l'autorité contractante avec la législation peut introduire un recours contre cette décision ou cet acte conformément aux [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent les recours contre les décisions prises dans le cadre des procédures de passation de marchés*].

²⁷ Voir Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, art. 23.

²⁸ Les documents à archiver en ce qui concerne les différents types de procédures d'attribution de contrats envisagés dans les dispositions types, ainsi que la mesure dans laquelle ils peuvent être accessibles au public, sont examinés dans l'article 25 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Si ces questions ne sont pas traitées de façon adéquate par la législation de l'État adoptant, celui-ci devrait adopter les dispositions législatives ou réglementaires nécessaires.

IV. Contenu et exécution du contrat de PPP

Disposition type 33. Contenu du contrat de PPP

Le contrat de PPP comporte des dispositions sur les questions que les parties estiment appropriées²⁹, telles que :

a) La nature et la portée des travaux à réaliser et des services à fournir par le partenaire privé ;

b) Les conditions de la fourniture de ces services et l'étendue de l'exclusivité, le cas échéant, des droits du partenaire privé découlant du contrat de PPP ;

c) L'assistance que l'autorité contractante s'est engagée à fournir au partenaire privé pour qu'il obtienne les licences et permis nécessaires pour l'exécution du projet d'infrastructure ;

d) Toute prescription relative à la création et au capital minimum d'une personne morale constituée conformément à la disposition type 35 ;

e) La propriété des biens liés au projet et les obligations des parties, selon qu'il convient, concernant l'acquisition du site du projet et toutes servitudes nécessaires, conformément aux dispositions types 36 à 39 ;

f) Lorsque la rémunération du partenaire privé est constituée de recettes d'exploitation, comme des redevances ou des droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit : le montant et le mode de paiement, la ventilation de ces recettes, les modalités de leur variation et les subventions publiques, le cas échéant ;

g) Lorsque la rémunération du partenaire privé est constituée de paiements effectués par l'autorité contractante : le coût global du service fourni à l'autorité publique et sa ventilation ; les méthodes et formules de fixation ou d'ajustement de ces paiements ; la procédure de paiement, en particulier les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes que le partenaire privé peut être tenu de payer en raison d'amendes, de pénalités contractuelles ou de dommages-intérêts sont déduites, le cas échéant, des sommes brutes dues par l'autorité contractante au partenaire privé ;

h) Les procédures d'examen et d'approbation, par l'autorité contractante, des études techniques, plans de construction et spécifications, et les procédures d'essai et d'inspection finale, d'approbation et d'acceptation de l'ouvrage ;

²⁹ Les États adoptants voudront peut-être noter que l'inclusion dans le contrat de PPP de dispositions ayant trait à certaines des questions énumérées dans la présente disposition type est obligatoire en application d'autres dispositions types.

i) L'étendue des obligations imposées au partenaire privé pour assurer, selon qu'il convient, la modification du service afin de répondre à la demande effective, la continuité et la fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers conformément à la disposition type 43;

j) Le droit de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique de suivre les travaux à réaliser et les services à fournir par le partenaire privé, et les conditions et la mesure dans lesquelles l'autorité contractante ou un organisme de réglementation peuvent ordonner des modifications des travaux et des conditions du service ou prendre d'autres mesures raisonnables qu'ils peuvent juger appropriées pour que l'ouvrage soit correctement exploité et que les services soient fournis conformément aux dispositions légales et contractuelles applicables;

k) La mesure dans laquelle le partenaire privé est tenu de fournir à l'autorité contractante ou à un organisme de réglementation, selon le cas, des rapports et d'autres informations sur ses activités;

l) Des mécanismes pour faire face aux frais supplémentaires et autres conséquences pouvant résulter de tout ordre émanant de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique en relation avec les alinéas i) et j), y compris toute indemnité à laquelle le partenaire privé pourrait avoir droit;

m) Tous droits de l'autorité contractante d'examiner et d'approuver les principaux contrats que le partenaire privé est appelé à conclure, en particulier les contrats avec ses propres actionnaires ou d'autres personnes ayant un lien avec lui;

n) Les garanties de bonne exécution que le partenaire privé est tenu de fournir et les polices d'assurance qu'il est tenu de souscrire pour l'exécution du projet d'infrastructure;

o) Les voies de recours ouvertes en cas de défaillance de l'une ou l'autre partie;

p) La mesure dans laquelle chacune des parties peut être exonérée de sa responsabilité en cas de défaut d'exécution ou de retard dans l'exécution de toute obligation prévue dans le contrat de PPP en raison de circonstances échappant à son contrôle raisonnable;

q) La durée du contrat de PPP et les droits et obligations des parties à son expiration ou lors de sa résiliation;

r) Les modalités de calcul de l'indemnité en application de la disposition type 53;

s) Le droit applicable et les mécanismes de règlement des différends qui peuvent surgir entre l'autorité contractante et le partenaire privé (voir dispositions types 34 et 55);

t) Les droits et obligations des parties concernant les informations confidentielles conformément à la disposition type 29.

Disposition type 34. Droit applicable

Le contrat de PPP est régi par le droit de [l'État adoptant] sauf disposition contraire dudit contrat³⁰.

Disposition type 35. Structure sociale du partenaire privé

L'autorité contractante peut exiger que le soumissionnaire retenu constitue une personne morale conformément aux lois de [l'État adoptant], à condition qu'une déclaration ait été faite à cet effet dans le dossier de présélection ou dans la sollicitation de propositions, selon le cas. Toute prescription relative au calendrier d'établissement d'une telle personne morale et à son capital minimum, ainsi que les procédures d'approbation par l'autorité contractante de ses statuts et des modifications importantes les concernant, sont énoncées dans le contrat de PPP conformément aux conditions de la sollicitation de propositions.

³⁰ Les systèmes juridiques apportent diverses réponses à la question de savoir si les parties à un contrat de PPP peuvent choisir comme droit applicable au contrat un droit autre que celui du pays hôte. En outre, comme cela est indiqué dans le *Guide législatif* (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 5 à 8), dans certains pays, le contrat de PPP peut être soumis au droit administratif, tandis que dans d'autres, il sera régi par le droit privé (voir aussi chap. VII, « Autres domaines pertinents du droit », par. 25 à 28). Le droit applicable comprend également les règles relevant d'autres branches du droit qui s'appliquent aux différentes questions pouvant se poser pendant l'exécution d'un projet d'infrastructure (voir de manière générale le chapitre VII, « Autres domaines pertinents du droit », sect. B).

Disposition type 36. Propriété des biens³¹

Le contrat de PPP précise, selon qu'il convient, les biens qui sont ou seront la propriété de l'État et ceux qui appartiennent ou appartiendront en propre au partenaire privé. Il indique en particulier ceux qui relèvent des catégories suivantes :

- a) Les biens, le cas échéant, que le partenaire privé est tenu de restituer ou de transférer à l'autorité contractante ou à une autre entité indiquée par celle-ci conformément aux clauses du contrat de PPP ;
- b) Les biens, le cas échéant, que l'autorité contractante peut, si elle le souhaite, acheter au partenaire privé ; et
- c) Les biens, le cas échéant, que le partenaire privé peut conserver ou dont il peut disposer à l'expiration ou à la résiliation du contrat de PPP.

Disposition type 37. Acquisition de droits relatifs au site du projet

1. L'autorité contractante ou une autre autorité publique selon les dispositions de la loi et les clauses du contrat de PPP met à la disposition du partenaire privé ou, le cas échéant, aide ce dernier à acquérir les droits relatifs au site du projet, y compris le titre de propriété du site, qui peuvent être nécessaires à l'exécution du projet.
2. Toute expropriation de terrain pouvant être requise pour l'exécution du projet est effectuée conformément à [*l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent l'expropriation de biens privés par les autorités publiques pour des motifs d'intérêt général*]³².

³¹ La participation du secteur privé aux projets d'infrastructure peut prendre diverses formes (voir *Guide législatif*, « Introduction et informations générales sur les PPP », par. 48 à 55). La politique générale détermine habituellement l'approche législative concernant la propriété des biens liés au projet. Quelles que soient la politique générale ou la politique sectorielle du pays hôte, le régime de propriété des divers biens en question devrait être clairement défini et avoir une assise législative suffisante. La clarté à cet égard est importante, car elle influera directement sur l'aptitude du partenaire privé à constituer des sûretés sur les biens du projet en vue d'obtenir des financements pour ce dernier. Conformément à l'approche souple adoptée par divers systèmes juridiques, la disposition type n'envisage pas un transfert inconditionnel de tous les biens à l'autorité contractante, mais permet de faire une distinction entre les biens qui doivent être transférés à cette dernière, les biens qu'elle peut acheter si elle le souhaite, et les biens dont le partenaire privé demeure propriétaire à l'expiration ou lors de la résiliation du contrat de PPP ou à tout autre moment.

³² Faute de législation de ce type dans l'État adoptant, la loi relative aux PPP devrait contenir des dispositions à cet effet.

Disposition type 38. Servitudes³³

Option I

1. L'autorité contractante ou une autre autorité publique selon les dispositions de la loi et le contrat de PPP assure au partenaire privé ou, le cas échéant, aide ce dernier à exercer le droit de pénétrer sur la propriété de tiers, d'y passer, d'y effectuer des travaux ou d'y installer des équipements, selon qu'il convient et selon les besoins de l'exécution du projet conformément à [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent les servitudes et autres droits similaires dont bénéficient les entreprises de service public et les exploitants d'infrastructure en vertu de ses lois].

Option II

1. Le partenaire privé a le droit de pénétrer sur la propriété de tiers, d'y passer, d'y effectuer des travaux ou d'y installer des équipements, selon qu'il convient et selon les besoins de l'exécution du projet conformément à [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent les servitudes et autres droits similaires dont bénéficient les entreprises de service public et les exploitants d'infrastructure en vertu de ses lois].

2. Toute servitude pouvant être requise pour l'exécution du projet est créée conformément à [l'État adoptant indique les dispositions de sa législation qui régissent la création de servitudes pour des motifs d'intérêt général].

Disposition type 39. Arrangements financiers

1. Lorsqu'il exploite un ouvrage utilisé par le public ou fournit un service au public au titre du contrat de PPP, le partenaire privé a le droit de demander, de recevoir ou de percevoir des redevances ou droits pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services fournis conformément au contrat de PPP. Ce dernier prévoit des

³³ Le droit de traverser une propriété adjacente à des fins liées au projet ou d'y effectuer des travaux peut être acquis par le partenaire privé directement ou d'office par une autorité publique en même temps que le site du projet. Une solution quelque peu différente, qui correspond à la variante B, pourrait être de prévoir 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.

méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces redevances ou droits [conformément aux règles établies par l'organisme de réglementation compétent]³⁴.

2. L'autorité contractante est habilitée à convenir d'effectuer des versements directs au partenaire privé en remplacement ou en sus des redevances ou droits perçus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services visés au paragraphe 1.
3. Lorsqu'il exploite un ouvrage utilisé par le public ou fournit un service à l'autorité contractante ou à un autre organisme public, le partenaire privé a le droit de percevoir le loyer, les droits d'utilisation ou autres paiements prévus dans le contrat de PPP pour l'utilisation effective ou la mise à disposition de l'ouvrage ou du service. Le contrat de PPP prévoit des méthodes et formules de fixation et d'ajustement de ces paiements.

Disposition type 40. Sûretés

1. Sous réserve de toute restriction pouvant être indiquée dans le contrat de PPP³⁵, le partenaire privé a le droit de constituer sur ses biens, droits ou intérêts, y compris ceux qui sont liés au projet d'infrastructure, les sûretés nécessaires pour obtenir tout financement requis pour le projet, notamment, en particulier :

a) Une sûreté sur des biens meubles ou immeubles lui appartenant ou sur ses droits sur les biens du projet ;

b) Un nantissement du produit et des créances qui lui sont dus pour l'utilisation de l'ouvrage ou les services qu'il fournit.

2. Les actionnaires du partenaire privé ont le droit de nantir leurs actions ou de les grever de toute autre sûreté.

3. Aucune sûreté visée au paragraphe 1 ne peut être constituée sur un bien du domaine public ou sur d'autres biens ou droits nécessaires pour la fourniture d'un service public, lorsque cela est interdit par la loi de [l'État adoptant].

³⁴ Les péages, droits, prix ou autres sommes perçus par le partenaire privé, désignés dans le *Guide législatif* par le terme « redevances » peuvent être, en l'absence de subventions ou de versements de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques, la principale (parfois même la seule) source de recettes permettant d'amortir les investissements effectués dans le projet (voir chap. II, « Planification et préparation du projet », par. 56 à 86). Le prix auquel les services publics sont fournis constitue généralement l'un des éléments de la politique d'infrastructure de l'État et une question d'un intérêt immédiat pour une grande partie de la population. C'est pourquoi dans de nombreux pays, le cadre réglementaire relatif à la prestation de services publics comporte des règles spéciales pour le contrôle des redevances. En outre, dans certains systèmes juridiques, la loi ou des règles générales de droit définissent les paramètres applicables à la détermination du prix des biens ou des services, par exemple en prévoyant que les redevances doivent être « raisonnables », « équitables » ou « justes ».

³⁵ Ces restrictions peuvent concerner en particulier l'exercice de droits ou intérêts relatifs aux biens du projet d'infrastructure.

Disposition type 41. Cession du contrat de PPP

Sauf si la disposition type 40 en dispose autrement, les droits et obligations du partenaire privé découlant du contrat de PPP ne peuvent être cédés à des tiers sans le consentement de l'autorité contractante. Le contrat de PPP énonce les conditions dans lesquelles l'autorité contractante donne son consentement à une cession des droits et obligations du partenaire privé découlant dudit contrat, y compris l'acceptation par le nouveau partenaire privé de toutes les obligations découlant du contrat et la présentation d'éléments prouvant qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour fournir le service.

Disposition type 42. Transfert d'un intérêt majoritaire³⁶ dans le partenaire privé

Sauf disposition contraire du contrat de PPP, un intérêt majoritaire dans le partenaire privé ou l'intérêt d'un actionnaire dont la participation à la société de projet est jugée essentielle pour la maintenance et l'exploitation du projet ne peut être transféré à un tiers sans le consentement de l'autorité contractante. Le contrat de PPP énonce les conditions dans lesquelles ce consentement peut être donné.

Disposition type 43. Exploitation de l'infrastructure

1. Le contrat de PPP précise, selon qu'il convient, l'étendue des obligations imposées au partenaire privé pour assurer :

- a) La modification du service afin de répondre à la demande à laquelle il correspond;
- b) La continuité du service;
- c) La fourniture du service dans des conditions essentiellement identiques pour tous les usagers;
- d) L'accès non discriminatoire, le cas échéant, d'autres prestataires de services à tout réseau d'infrastructures publiques exploité par le partenaire privé.

2. Le partenaire privé a le droit de publier et de faire appliquer des règles relatives à l'utilisation de l'ouvrage, sous réserve de l'approbation de l'autorité contractante ou d'un organisme de réglementation.

³⁶La notion d'« intérêt majoritaire » fait généralement référence au pouvoir de nommer les dirigeants d'une société et d'influencer ou de déterminer son activité. Différents critères peuvent être utilisés dans divers systèmes juridiques ou même dans différents corps de règles au sein du même système, allant de critères formels attribuant un intérêt majoritaire au propriétaire d'une certaine proportion (le plus souvent plus de 50 %) du nombre total combiné de voix attribuées à toutes les catégories d'actions d'une société à des critères plus complexes tenant compte de la structure de direction effective d'une société. Les États adoptants dont la loi ne contient pas de définition de la notion d'« intérêt majoritaire » devront peut-être la définir dans le texte incorporant la disposition type.

Disposition type 44. Indemnisation en cas de modifications spécifiques de la législation

Le contrat de PPP énonce la mesure dans laquelle le partenaire privé a droit à une indemnisation dans le cas où le coût d'exécution de ce contrat a sensiblement augmenté pour lui ou dans le cas où la contrepartie qu'il reçoit a sensiblement diminué par rapport à ce qui était initialement prévu, du fait de modifications de la législation ou de la réglementation spécifiquement applicables à l'ouvrage ou aux services qu'il fournit.

Disposition type 45. Modification du contrat de PPP

1. Sans préjudice de la disposition type 44, le contrat de PPP détermine si et dans quelle mesure le partenaire privé a le droit d'en demander la modification dans le cas où le coût d'exécution de ce contrat a sensiblement augmenté pour lui ou dans le cas où la contrepartie qu'il reçoit a sensiblement diminué, par rapport aux coûts et à la contrepartie initialement prévus, du fait de :

a) Changements des conditions économiques ou financières ; ou

b) Modifications de la législation ou de la réglementation non spécifiquement applicables à l'ouvrage ou aux services qu'il fournit ;

à condition que ces changements d'ordre économique, financier, législatif ou réglementaire :

- Surviennent après la conclusion du contrat ;
- Échappent au contrôle du partenaire privé ; et
- Soient d'une nature telle qu'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que le partenaire privé les ait pris en considération lors de la négociation du contrat de PPP ou en ait évité ou surmonté les conséquences.

2. Sous réserve des dispositions du paragraphe 5, l'autorité contractante et le partenaire privé peuvent convenir d'élargir la portée du contrat de PPP pour inclure des travaux ou services supplémentaires à fournir par le partenaire privé qui n'étaient pas prévus dans le contrat initial mais sont devenus nécessaires, et pour l'exécution desquels il ne serait pas dans l'intérêt général de choisir un autre partenaire privé :

- i) Pour des raisons économiques ou techniques telles que des conditions d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec des matériels, services ou installations existants qui ont fait l'objet du contrat initial ; et

- ii) Parce que le choix d'un autre partenaire privé causerait des inconvénients importants ou entraînerait une duplication substantielle des coûts pour l'autorité contractante.
3. Le contrat de PPP établit des procédures pour modifier les clauses qu'il contient dans les cas visés aux paragraphes 1 et 2.
4. L'autorité contractante exige l'approbation de [*l'État adoptant indique l'entité ou organisme public*] pour toute modification apportée au contrat de PPP :
- a) Qui dépasse [*l'État adoptant indique le pourcentage*] de la valeur du contrat d'origine ; ou
 - b) Qui prévoit que des travaux ou services supplémentaires, qui n'étaient pas prévus dans le contrat initial, soient fournis par le partenaire privé, conformément au paragraphe 2.
5. L'autorité contractante ne peut accepter aucune modification ou avenant au contrat de PPP du type visé au paragraphe 2 qui en altérerait sensiblement les caractéristiques par rapport au contrat initialement conclu. Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :
- a) La valeur totale de la rémunération du partenaire privé qui résulte de la modification dépasse [*l'État adoptant indique un pourcentage*] de la somme combinée de la valeur actuelle des péages, redevances, prix unitaires et autres charges proposés pendant la durée du contrat et de la valeur actuelle des paiements directs que l'autorité contractante propose d'effectuer, le cas échéant, telles que déterminées par l'autorité contractante pour évaluer les propositions conformément aux alinéas a) et b) de la disposition type 19-2. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur est déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives pendant une période de [*l'État adoptant indique la durée souhaitée*];
 - b) La modification introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure initiale d'attribution du contrat, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement retenus ou l'acceptation d'une proposition autre que celle initialement acceptée, ou auraient attiré davantage de participants à la procédure d'attribution du contrat ;
 - c) La modification étend considérablement la portée du contrat ;
 - d) La modification entraîne le remplacement du partenaire privé auquel l'autorité contractante a initialement attribué le contrat par un nouveau partenaire privé dans d'autres cas que ceux prévus à la disposition type 47.

Disposition type 46. Reprise d'un projet d'infrastructure par l'autorité contractante

Dans les circonstances prévues par le contrat de PPP, l'autorité contractante a le droit d'assurer temporairement l'exploitation de l'ouvrage afin de garantir la continuité du service dans de bonnes conditions dans le cas où le partenaire privé manque gravement à ses obligations et ne remédie pas à ce manquement dans un délai raisonnable après qu'elle l'a mis en demeure de le faire.

Disposition type 47. Remplacement du partenaire privé

L'autorité contractante peut convenir avec les entités octroyant un financement pour un projet d'infrastructure et avec le partenaire privé de prévoir la substitution à ce dernier d'une nouvelle entité ou personne désignée pour exécuter le projet dans le cadre du contrat de PPP en vigueur en cas de manquement grave du partenaire privé initial ou de survenance d'autres événements pouvant, autrement, justifier la résiliation du contrat ou autres circonstances similaires³⁷.

V. Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP

1. Durée et prorogation du contrat de PPP

Disposition type 48. Durée du contrat de PPP

Le contrat de PPP fixe sa durée, en tenant compte des facteurs suivants :

- a) La nature et le montant de l'investissement que doit effectuer le partenaire privé ;
- b) La période normale d'amortissement des ouvrages et installations dont la construction, l'extension, la remise en état ou la rénovation sont prévues dans le contrat ;

³⁷ Le remplacement du partenaire privé par une autre entité proposée par les prêteurs et acceptée par l'autorité contractante, suivant les conditions convenues entre eux, vise à permettre aux parties d'éviter les conséquences préjudiciables de la résiliation du contrat de PPP (voir *Guide législatif*, chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 162 à 165). Les parties peuvent souhaiter d'abord prendre d'autres mesures pratiques, éventuellement de manière successive, telles que la reprise temporaire du projet par les prêteurs ou un administrateur provisoire désigné par eux, ou encore la réalisation de la sûreté que les prêteurs détiennent sur les actions de la société du partenaire privé par la vente de ces dernières à un tiers acceptable pour l'autorité contractante.

c) Les besoins et les exigences de l'autorité contractante s'agissant des ouvrages et services concernés ;

d) Toutes politiques pertinentes relatives à la concurrence et à la structure des marchés dans le secteur d'infrastructure ou de services concerné, telles qu'énoncées dans les lois et réglementations applicables.

Disposition type 49. Prorogation du contrat de PPP

L'autorité contractante peut ne pas accepter de proroger le contrat de PPP, sauf à la suite des événements suivants :

a) Retard d'achèvement ou interruption de l'exploitation dus à des événements échappant au contrôle raisonnable de l'une ou l'autre des parties ;

b) Suspension du projet due à des actes de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques ;

c) Augmentation des frais dus à des exigences de l'autorité contractante non prévues initialement dans le contrat, si le partenaire privé n'est pas en mesure de les amortir sans une telle prorogation ; ou

d) *[Autres événements spécifiés par l'État adoptant]*³⁸.

2. Résiliation du contrat de PPP

Disposition type 50. Résiliation du contrat de PPP par l'autorité contractante

L'autorité contractante peut résilier le contrat de PPP :

a) Lorsque l'on ne peut plus raisonnablement s'attendre à ce que le partenaire privé puisse ou veuille exécuter ses obligations en raison de son insolvabilité, d'un manquement grave ou pour d'autres motifs ;

b) Pour des raisons impérieuses³⁹ d'intérêt général, sous réserve du versement au partenaire privé d'une indemnité selon les conditions convenues dans le contrat ;

c) *[Autres cas que l'État adoptant pourrait souhaiter ajouter]*.

³⁸ L'État adoptant voudra peut-être envisager la possibilité d'autoriser dans la loi une prorogation par convention du contrat de PPP conformément aux clauses de ce contrat, pour des raisons d'intérêt général indiquées dans les documents conservés par l'autorité contractante conformément à la disposition type 31.

³⁹ Un certain nombre de situations pouvant constituer une raison impérieuse d'intérêt général sont examinées dans le *Guide législatif*, chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. 29 et 30.

Disposition type 51. Résiliation du contrat de PPP par le partenaire privé

Le partenaire privé ne peut résilier le contrat de PPP que dans les circonstances suivantes :

a) En cas de manquement grave de l'autorité contractante ou d'une autre autorité publique aux responsabilités qui lui incombent en vertu du contrat et sous réserve d'une décision finale de l'organe de règlement des différends convenu par les parties conformément à la disposition type 55 ou dans le contrat ;

b) Si, bien que les conditions de révision du contrat prévues au paragraphe 1 de la disposition type 45 soient réunies, les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une telle révision ; ou

c) S'il est manifestement déraisonnable de s'attendre à ce que le partenaire privé continue d'exécuter ses obligations en vertu du contrat pour les raisons suivantes :

- i) Une autorité publique ne peut fournir un appui ou accomplir d'autres actes qui, en vertu du contrat de PPP ou de la loi, sont requis pour l'exécution du projet ; ou
- ii) Pour l'exécution du contrat, le partenaire privé a engagé des dépenses substantiellement plus importantes ou reçu une contrepartie sensiblement plus faible du fait d'actes ou d'omissions de l'autorité contractante ou d'autres autorités publiques, par exemple en application des alinéas *h*) et *i*) de la disposition type 33, et les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur une révision du contrat conformément à l'alinéa *l*) de la disposition type 33.

Disposition type 52. Résiliation du contrat de PPP par l'une ou l'autre partie

Le contrat de PPP prévoit que l'une ou l'autre partie peut le résilier lorsque l'exécution de ses obligations est rendue impossible par des événements échappant à son contrôle raisonnable. Il doit également préciser les modalités de cette résiliation, en particulier le préavis à donner à l'autre partie. Les parties ont en outre le droit de résilier le contrat par consentement mutuel.

3. Arrangements lors de la résiliation ou de l'expiration du contrat de PPP

Disposition type 53. Indemnisation lors de la résiliation du contrat de PPP

Le contrat de PPP spécifie les modalités de calcul de l'indemnisation due à l'une ou l'autre partie en cas de résiliation du contrat, notamment, s'il y a lieu, l'indemnisation correspondant à la juste valeur des travaux réalisés en application du contrat, aux dépenses engagées ou aux pertes subies par l'une ou l'autre partie, y compris, selon qu'il convient, au manque à gagner.

Disposition type 54. Liquidation et mesures de transfert

Le contrat de PPP prévoit, selon qu'il convient :

- a) Les mécanismes et les procédures de transfert de biens à l'autorité contractante ;
- b) L'indemnisation à laquelle le partenaire privé peut avoir droit pour des biens transférés à l'autorité contractante ou à un nouveau partenaire privé ou achetés par l'autorité contractante ;
- c) Le transfert de technologie requis pour l'exploitation de l'ouvrage ;
- d) La formation du personnel de l'autorité contractante ou d'un nouveau partenaire privé à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage ;
- e) La fourniture constante, par le partenaire privé, de services et de ressources d'appui, y compris de pièces de rechange, si besoin est, pendant un délai raisonnable après le transfert de l'ouvrage à l'autorité contractante ou à un nouveau partenaire privé ;
- f) Les mécanismes et les procédures de démantèlement de l'infrastructure, y compris l'élaboration d'un plan de démantèlement, les obligations respectives des parties pour sa mise en œuvre et leurs obligations financières à cet égard.

VI. Règlement des différends

Disposition type 55. Différends entre l'autorité contractante et le partenaire privé

Tout différend entre l'autorité contractante et le partenaire privé est réglé grâce aux mécanismes de règlement des différends convenus par les parties dans le contrat de PPP⁴⁰.

Disposition type 56. Différends auxquels sont parties des clients ou des usagers de l'ouvrage, ou d'autres parties

Lorsque le partenaire privé fournit des services au public ou exploite des ouvrages auxquels ce dernier a accès, l'autorité contractante peut exiger du partenaire privé qu'il établisse des mécanismes simplifiés et efficaces pour traiter les réclamations émanant des clients ou des usagers de l'ouvrage ainsi que d'autres parties touchées par le projet.

Disposition type 57. Autres différends

1. Le partenaire privé et ses actionnaires sont libres de choisir les mécanismes appropriés pour régler les différends qui peuvent surgir entre eux.
2. Le partenaire privé est libre de convenir des mécanismes appropriés pour régler les différends entre lui-même et ses prêteurs, sous-traitants, fournisseurs et autres partenaires commerciaux.

⁴⁰L'État adoptant peut prévoir dans sa législation les mécanismes de règlement des différends qui sont les mieux adaptés aux besoins des PPP.

