

**Assemblée générale**

Distr. générale
6 avril 2017
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquantième session
Vienne, 3-21 juillet 2017

**Travaux futurs possibles dans les domaines de la passation de
marchés et du développement des infrastructures****Note du Secrétariat**

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Suspension et exclusion dans le domaine des marchés publics	2
III. Partenariats public-privé	3
IV. Conclusions et mesures proposées	8
Annexe	
Proposition de version actualisée du chapitre premier, sections A à D, du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé	9



I. Introduction

1. La présente note a été établie pour permettre à la Commission d'examiner, à sa cinquantième session, les travaux qui pourraient être entrepris dans les domaines de la passation de marchés et du développement des infrastructures. Elle aborde deux axes possibles de travail législatif: la suspension et l'exclusion dans le domaine des marchés publics, et les partenariats public-privé (PPP).

II. Suspension et exclusion dans le domaine des marchés publics

2. À sa quarante-huitième session, la Commission est convenue de l'importance de la suspension et de l'exclusion pour appuyer la mise en œuvre efficace des lois sur la passation des marchés publics et pour combattre la corruption, notant que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics¹ ne prévoyait aucune règle de procédure pour ces deux mesures². Constatant que, dans la pratique, les objectifs, les procédures et les résultats des mécanismes de suspension et d'exclusion variaient considérablement, la Commission a estimé que des travaux législatifs dans ce domaine n'étaient pas possibles pour l'heure mais que les évolutions traduisant une convergence étaient telles que cette question devrait rester inscrite à son ordre du jour³.

3. La Commission a également chargé le Secrétariat de continuer de suivre les évolutions dans ce domaine et de lui faire régulièrement rapport à ce sujet⁴.

4. Le Secrétariat a examiné divers documents ainsi que des activités récentes de formation et de diffusion des connaissances, qui témoignent d'une volonté toujours plus forte de promouvoir des mesures de suspension et d'exclusion plus uniformes sur le plan procédural, plus transparentes dans la pratique mais aussi plus équitables et, partant, qui traduisent une dynamique de convergence continue dans certains domaines (ainsi que la Commission en a été informée en 2016)⁵.

5. Les divergences demeurent toutefois profondes entre les politiques et les pratiques qui touchent aux principaux paramètres d'un système de suspension et d'exclusion, et notamment à la question de savoir s'il convient ou non de faire preuve de souplesse en matière de sanctions. Par exemple, certains systèmes autorisent les accords de report des poursuites (*deferred prosecution agreements*) ou les accords de non-poursuite (*non-prosecution agreements*), suivant lesquels les fournisseurs peuvent réparer les actes répréhensibles qu'ils ont commis sans faire l'objet de poursuites ni de sanctions formelles. Semblables à certains mécanismes de *self-cleaning* (mécanismes dans lesquels les fournisseurs prennent des mesures correctives pour se mettre en conformité), ces accords présentent divers avantages, notamment en permettant aux fournisseurs de se réhabiliter et d'améliorer leur conduite, ce qui, à long terme, est bénéfique pour l'ensemble du système, en évitant les risques de répercussions négatives sur la concurrence en général, et en parant à certaines difficultés que posent l'obtention de condamnations et la reconnaissance des sanctions d'un système à l'autre. Toutefois, certains commentateurs indiquent que l'effet dissuasif des régimes de sanction et de lutte contre la corruption s'en trouve compromis et que les procédures de conclusion de tels accords peuvent manquer de transparence et d'équité. D'autres soulignent que certains pays sont soucieux de protéger des sociétés établies sur leur territoire, à la fois importantes et influentes, contre toute condamnation et toute atteinte à la réputation qui risqueraient de compromettre leur participation future à des passations de marchés internationaux, avec les conséquences qui en résulteraient

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17)*, par. 192 et annexe I, disponible à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

² A/70/17, par. 362. Voir aussi A/CN.9/889, par. 2 à 9.

³ Ibid.

⁴ A/71/17, par. 361.

⁵ A/CN.9/889, par. 6.

sur les plans économique et social, sans se préoccuper dûment des incidences sur les questions de gouvernance⁶.

6. La Commission considérera donc peut-être que le constat reste le même qu'en 2016, à savoir qu'il est impossible pour l'heure d'engager des travaux législatifs sur la question mais que, en raison de l'importance de cette dernière et des signes de convergence, elle devrait maintenir ce point à l'ordre du jour.

III. Partenariats public-privé

7. À sa quarante-huitième session, et prenant note de l'importance reconnue aux partenariats public-privé (PPP) tant pour le développement que dans le contexte des objectifs de développement durable, la Commission a décidé que la possibilité d'élaborer un texte législatif sur le sujet resterait inscrite à son ordre du jour et que le Secrétariat continuerait de suivre la question pour faire avancer les préparatifs au cas où elle conviendrait finalement d'entreprendre des travaux dans le domaine⁷.

8. Le Secrétariat a rendu compte à la Commission, en 2016, des questions qui avaient fait l'objet d'une attention particulière dans les activités menées tant par d'autres organisations actives dans le domaine des partenariats public-privé, principalement la Banque mondiale et les banques régionales de développement, la Commission économique pour l'Europe et l'Organisation de coopération et de développement économiques, qu'au niveau national. Parmi les questions examinées figuraient la passation de marchés dans le cadre de PPP, les conditions de l'accord de projet et les litiges naissant après l'attribution d'un marché⁸.

9. La Commission a décidé en conséquence que le Secrétariat devrait envisager d'actualiser tout ou partie du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé⁹, si besoin était et avec l'aide d'experts¹⁰.

Examen des modifications pouvant être apportées au Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé en vue de son actualisation

10. Afin d'évaluer dans quelle mesure il pourrait être nécessaire d'actualiser le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, le Secrétariat a tenu des consultations avec des spécialistes des politiques, des réformes juridiques et des pratiques en matière de partenariats public-privé, sur les dispositions du Guide lui-même, les recommandations concernant la législation qu'il contient et les dispositions législatives types (on désignera ces différents textes ci-après sous le terme générique "textes relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé")¹¹. Lors de ces consultations, ces experts ont examiné les principales questions traitées dans ces textes (introduction; cadre législatif et institutionnel général; risques de projet et appui des pouvoirs publics; sélection du concessionnaire; construction et exploitation de l'infrastructure - cadre législatif et accord de projet; durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet; règlement des différends et autres domaines pertinents du droit). Ils ont également pris note des conclusions des deux colloques sur les textes relatifs

⁶ Voir, par exemple, Majtan, Roman. The Self-Cleaning Dilemma: Reconciling Competing Objectives of Procurement Processes. *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 45 (2013): 291; Grasso, Costantino. Peaks and Troughs of the UK Deferred Prosecution Agreement: The Lesson Learned from the First-Ever DPA between the SFO and ICBC SB PLC; (2016). Out of court, out of mind: do deferred prosecution agreements and corporate settlements fail to deter overseas corruption, Corruption Watch UK, accessible à l'adresse <http://www.cw-uk.org/wp-content/uploads/2016/03/Corruption-Watch-Out-of-Court-Out-of-Mind.pdf>.

⁷ A/70/17, par. 363.

⁸ A/CN.9/889, par. 10 à 19.

⁹ A/70/17, par. 362.

¹⁰ A/71/17, par. 359, 360 et 362.

¹¹ On trouvera le Guide législatif (et les recommandations concernant la législation) ainsi que les dispositions législatives types à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

aux projets d'infrastructure à financement privé, tenus en mai 2013 et en mars 2014 (à l'issue desquels il avait été recommandé de réviser ces textes)¹², ainsi que des délibérations de la Commission sur lesdites conclusions¹³.

11. Les consultations, qui ont débuté en septembre 2016, ont été conduites sous diverses formes: échanges écrits, réunions virtuelles et deux réunions présentiels, l'une tenue à Washington, du 5 au 7 décembre 2016 (en même temps que le Forum mondial sur le droit, la justice et le développement, dans le cadre duquel divers aspects des partenariats public-privé ont été examinés)¹⁴, et l'autre à Vienne, les 6 et 7 mars 2017.

12. Les experts ont principalement conclu que la plupart des recommandations formulées dans les textes relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé consacrent des principes et des pratiques solides et conservent toute leur utilité. Ils ont toutefois jugé qu'il était nécessaire de modifier quelque peu ces textes de manière à les actualiser pour tenir compte de l'évolution de la pratique depuis la publication du Guide législatif en 2000. Premièrement, le terme "partenariat public-privé" est devenu l'expression communément employée pour décrire les arrangements visés par les textes en question et devrait remplacer le terme "projets d'infrastructure à financement privé". De plus, l'utilisation du terme "partenariat public-privé" éviterait la confusion avec la notion de "Private Finance Initiative", qui est utilisée au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et permettrait d'accorder la même importance à la prestation des services dans le cadre d'un partenariat et à la mise en place de l'infrastructure qui précède cette prestation.

13. Deuxièmement, les textes relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé devraient tenir pleinement compte des objectifs et des prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption¹⁵, compte tenu du nombre important d'États qui ont ratifié cette dernière¹⁶. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 9 (Passation des marchés publics et gestion des finances publiques) de la Convention exigent que les systèmes soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions. Il est recommandé de fournir dans les textes de plus amples détails sur la bonne gouvernance durant tout le cycle de vie du partenariat et de tenir compte des évolutions récentes, par exemple des initiatives destinées à promouvoir une plus grande transparence non seulement dans le cadre des partenariats en recourant à une politique d'ouverture des contrats (open contract) et des données (open data) mais aussi dans les procédures de passation des marchés.

14. Les experts sont convenus également que, dans le cadre du travail d'actualisation, il conviendrait de donner suite à la demande que la Commission avait adressée au Secrétariat, lors d'une session antérieure, de regrouper les textes relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé. Une fois actualisés, ces textes devraient donc contenir un commentaire, des orientations législatives, des recommandations concernant la législation et des dispositions législatives types, selon le cas, sur chaque aspect des partenariats public-privé abordé. Les recommandations concernant la législation devraient former un ensemble de dispositions centrales délimitant le champ d'application (et pourraient être intégrées dans les lois régissant les partenariats public-privé au niveau national), mais il faudrait aussi inclure un commentaire sur les questions de mise en œuvre et d'utilisation, lequel serait

¹² Rapport du Colloque international de la CNUDCI sur les partenariats public-privé (Vienne, 2 et 3 mai 2013), A/CN.9/779, par. 73 à 85, accessible à l'adresse <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/sessions/46th.html>; et Travaux futurs possibles dans le domaine des partenariats public-privé (PPP): Rapport du Colloque de la CNUDCI sur les PPP (Vienne, 3 et 4 mars 2014), A/CN.9/821, accessible à l'adresse <http://www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/47th.html>.

¹³ Voir A/68/17, par. 329 à 331; A/69/17, par. 255 à 260.

¹⁴ Voir <http://www.globalforumljd.org/events/2016/law-justice-and-development-2016-law-climate-change-and-development>.

¹⁵ Accessible à l'adresse https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf.

¹⁶ Voir <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>.

nécessaire pour garantir le bon fonctionnement du cadre juridique (et tiendrait compte de l'approche suivie dans les textes actuels relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé). Les textes relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé tels qu'actualisés prendraient ainsi la forme d'un guide législatif unique renfermant toutes les orientations, recommandations et dispositions types.

15. Les autres conclusions principales auxquelles sont parvenus les experts sont présentées dans les paragraphes suivants.

16. Premièrement, notant que la version actualisée du Guide législatif serait principalement destinée à aider les législateurs à mettre en place un cadre législatif propice aux partenariats public-privé, les experts ont estimé que le texte devrait fournir de plus amples informations sur les exigences institutionnelles à remplir pour assurer le bon fonctionnement de ce cadre (comme le prévoient de nombreuses lois actuelles sur les partenariats public-privé)¹⁷. Ils ont conclu à cet égard qu'il faudrait supprimer l'hypothèse formulée dans les textes existants, selon laquelle les États adoptants sont dotés des structures et des capacités institutionnelles nécessaires, et fournir des orientations tant sur ces structures que sur ces capacités.

17. D'une manière plus générale, le niveau de détail des orientations en matière d'application devrait être déterminé en fonction des sujets abordés. Ces orientations devraient se concentrer sur les recommandations concernant les questions de principe et de droit sans prétendre à devenir un manuel d'utilisation exhaustif. Par exemple, si une version actualisée du Guide législatif recommande que l'autorité ou l'organisme central chargé des partenariats public-privé soit tenu de réaliser une évaluation de l'état de préparation, elle devrait expliquer ce qu'il faut entendre par "évaluation de l'état de préparation", sans toutefois fournir des conseils pratiques détaillés sur ce type d'évaluation - sujet traité par plusieurs organisations qui fournissent des orientations pratiques et des conseils sur le renforcement des capacités¹⁸.

18. Deuxièmement, il faudrait examiner plus en détail les termes clefs, tels que "rapport qualité-prix" et "viabilité", et les principales caractéristiques des projets visés. À cet égard, les experts ont noté combien il était difficile de définir la notion de partenariat public-privé. La version actualisée du Guide législatif devrait donc fournir des orientations pour délimiter la nature des projets auxquels sera destiné le cadre juridique, au lieu d'essayer de définir la notion même de partenariat public-privé.

19. Troisièmement, compte tenu des enseignements tirés de la pratique et des prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption mentionnées ci-dessus, les experts ont conclu que des recommandations plus précises devraient être formulées sur les procédures et les rôles dans le cadre de la planification et de la préparation des projets. Ils ont toutefois établi une distinction entre divers éléments: planification des infrastructures, procédures administratives destinées à évaluer la qualité des projets envisageables, définition des objectifs et des effets socioéconomiques recherchés ou probables de ces projets, hiérarchisation des projets, et planification et préparation des partenariats public-privé.

20. Alors que la planification et la préparation des partenariats public-privé devraient relever des processus nationaux ou régionaux de planification des infrastructures et de gestion des finances publiques, les procédures administratives générales ne figureront généralement pas dans une loi régissant les partenariats public-privé. Aussi une version actualisée du Guide législatif ne devrait-elle pas contenir de commentaire détaillé sur ces procédures. En revanche, elle devrait fournir des orientations sur l'importance de normes adaptées et de liens appropriés entre ces procédures et les partenariats.

¹⁷ Voir la comparaison établie par Crown Agents entre des lois nationales régissant les partenariats public-privé et les textes de la CNUDCI relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé, à l'adresse <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2014-papers.html>.

¹⁸ Telles que celles mentionnées au paragraphe 6 ci-dessus.

21. Une version actualisée du Guide législatif devrait essentiellement s'intéresser aux mesures à prendre dès lors qu'un partenariat public-privé est considéré comme un mode possible de réalisation d'un projet (en d'autres termes, le Guide partirait du principe que le projet est déjà considéré comme méritant d'être réalisé). Les orientations porteraient sur les différentes étapes à franchir pour déterminer si un projet proposé serait viable dans le cadre d'un partenariat. Les recommandations, quant à elles, devraient s'attacher à garantir une définition claire des rôles et des obligations, ainsi que des critères à appliquer dans la prise des décisions. En règle générale, le processus d'approbation implique successivement plusieurs acteurs, à savoir au moins une autorité publique chargée de conduire le projet et des autorités centrales chargées de donner leur approbation finale. Il faudrait traiter des méthodes à appliquer pour déterminer si un projet se prête à un partenariat public-privé, en mentionnant l'obligation de comparer cette solution avec d'autres formules eu égard au projet lui-même et à l'affectation des fonds publics, compte tenu des questions traitées dans les textes actuels sur les projets d'infrastructure à financement privé mais pour lesquels il serait bon d'élaborer des orientations plus détaillées. À cet égard, les experts ont constaté avec préoccupation que de nombreux systèmes en place dans ce domaine étaient inefficaces et que les processus prévus pour l'obtention des autorisations concernant un partenariat public-privé n'étaient pas suffisamment rigoureux et faisaient apparaître des distorsions.

22. Le processus de planification soulève d'autres questions importantes, dont la nécessité d'analyser si la prestation des services pour lesquels l'infrastructure est construite peut être assurée sur le long terme; autrement dit, il s'agit de savoir si les services peuvent être fournis à un prix qui permettra au secteur privé d'élaborer et d'exploiter le projet (avec ou sans subvention); si un transfert des risques approprié est possible; quelles seront les incidences financières du projet à long terme dans le cadre d'un partenariat public-privé, qu'il s'agisse des fonds nécessaires pour financer les dépenses d'investissement et les frais d'exploitation, des incidences budgétaires et des conséquences pour la dette publique, du caractère économiquement abordable du projet ou de la comptabilisation appropriée des engagements. Les textes actuels relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé traitent certains de ces éléments. Les experts ont conclu qu'il faudrait regrouper et développer les orientations existantes pour en faire un nouveau chapitre qui aborderait la question de la préparation des projets.

23. Quatrièmement, les experts ont recommandé que l'ensemble des modifications apportées se basent sur les pratiques actuelles tirées de toutes les régions, par exemple en matière d'utilisation récente de consultations auprès des acteurs du marché et d'outils de planification, qui peuvent aider à améliorer la qualité des projets et à éviter les modifications inutiles des clauses contractuelles (on s'est inquiété d'exemples récents dans lesquels des contrats avaient été renégociés 12 à 18 mois seulement après leur signature). D'un autre côté, de nouveaux outils permettant de tenir compte des changements nécessaires pendant l'exploitation du projet ont vu le jour et devraient être pris en considération.

24. Enfin, les experts ont conclu que le contenu du Guide législatif révisé devrait se limiter aux partenariats concernant des infrastructures et comportant un élément de service public; que tout nouveau modèle de partenariat de ce type susceptible d'être traité devrait se fonder sur des expériences concluantes et qu'il faudrait s'abstenir d'aborder de nouvelles formes de partenariats public-privé telles que la constitution d'alliances en vue de projets (contrats d'alliance), car l'on ne dispose pas à l'heure actuelle d'une expérience suffisamment large qui permette à la CNUDCI de parvenir à un consensus sur des recommandations et des orientations universellement acceptables, mais aussi en raison de la portée limitée des instructions émanant de la Commission.

25. S'agissant des questions de rédaction, les experts ont recommandé d'adopter un style et une présentation plus simples ainsi que de simplifier les références aux éléments constitutifs d'un cadre juridique. Il faudrait supprimer tout renvoi inutile à des questions relevant de secteurs particuliers. Il est possible toutefois que certaines

recommandations générales dans la version révisée du Guide législatif soient adaptables ou applicables à certains secteurs.

26. Les experts examinent actuellement dans le détail les différents chapitres des textes actuels relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé, en commençant par le chapitre premier du Guide législatif (recommandations comprises) et des dispositions législatives types. Ce chapitre traite de l'environnement général propice aux partenariats (notamment de la planification aux niveaux national ou régional), des fonctions des institutions œuvrant dans le domaine des partenariats public-privé et de leurs relations avec d'autres institutions du secteur public. On trouvera en annexe à la présente note les premières sections du chapitre premier, qu'il est proposé d'actualiser conformément aux recommandations formulées ci-dessus, de sorte à fournir à la Commission un exemple de la forme que pourrait prendre une version actualisée du Guide législatif.

27. On trouvera ci-dessous, pour l'extrait qu'il est proposé d'actualiser, une table de concordance entre les textes actuels relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé et la proposition d'actualisation.

Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé (2000)	Proposition de version révisée pour un guide législatif sur les partenariats public-privé
Chapitre et principaux thèmes	Chapitre et principaux thèmes
Chapitre premier – Cadre législatif et institutionnel général	Chapitre premier – Cadre général pour les partenariats public-privé
A. Remarques générales	A. Remarques générales
B. Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel <ol style="list-style-type: none"> 1. Principes directeurs généraux pour l'instauration d'un cadre constitutionnel et législatif favorable <ol style="list-style-type: none"> a. Transparence b. Équité c. Viabilité à long terme 2. Le droit constitutionnel et les projets d'infrastructure à financement privé 3. Législation générale et sectorielle Comprend: recommandation concernant la législation 1 et disposition législative type 2	B. Le cadre juridique et institutionnel des partenariats public-privé <ol style="list-style-type: none"> 1. Objectifs d'un cadre juridique pour les partenariats public-privé <ol style="list-style-type: none"> a. Viabilité b. Rapport qualité-prix c. Participation d. Concurrence e. Intégrité f. Transparence g. Équité et confiance du public 2. Le cadre juridique des partenariats public-privé <ol style="list-style-type: none"> a. Remarques générales b. Interactions avec d'autres branches du droit c. Législation sectorielle Comprend: disposition législative type 1 (préambule)

<p>C. Étendue du pouvoir d'attribuer des concessions</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Organismes autorisés et domaines d'activité pertinents 2. Objectifs et nature des concessions <p>Comprend: recommandations concernant la législation 2 à 5 et dispositions législatives types 3 et 4</p>	<p>C. Étendue des pouvoirs juridiques en matière de partenariats public-privé</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Projets visés 2. Définition des partenariats public-privé 3. Étendue du pouvoir de conclure des partenariats public-privé <p>Comprend: dispositions législatives types 2 et 3</p>
	<p>D. Le cadre institutionnel des partenariats public-privé</p>

IV. Conclusions et mesures proposées

28. Il ressort de l'examen des experts qu'il est à la fois possible et réaliste d'actualiser les textes relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé dans la limite des ressources actuellement disponibles. Le Secrétariat propose de tenir un nouveau colloque sur les partenariats public-privé à l'automne 2017, de sorte que les propositions d'actualisation des chapitres des textes en question puissent être examinées dans un cadre ouvert et inclusif.

29. La Commission sera saisie d'un nouveau rapport et d'autres recommandations en 2018.

Annexe

Proposition de version actualisée du chapitre premier, sections A à D, du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé

Notes:

- 1 *La présente proposition regroupe le Guide législatif, les recommandations concernant la législation et les dispositions législatives types;*
- 2 *Le texte en italique figurant entre crochets renvoie à des sources et pourra être supprimé de la version définitive.*

CHAPITRE PREMIER. Cadre général pour les partenariats public-privé

A. Remarques générales

1. La création d'un environnement propice aux partenariats public-privé pour le développement des infrastructures et la prestation de services publics suppose la mise en place préalable d'un cadre juridique approprié et efficace. Dans les pays qui disposent déjà d'un tel cadre, il importe de veiller à ce que la loi soit suffisamment souple et adaptable pour suivre les évolutions. Le présent chapitre traite des questions et des objectifs généraux qu'il est recommandé aux législateurs nationaux d'examiner lorsqu'ils mettent en place ou revoient le cadre juridique applicable aux partenariats public-privé pour le développement des infrastructures.

B. Cadre juridique et institutionnel des partenariats public-privé

1. Objectifs d'un cadre juridique pour les partenariats public-privé

2. L'énoncé des objectifs consiste à formuler les buts fondamentaux dans une loi ainsi que les éléments venant étayer le cadre juridique des partenariats public-privé. Il fournit donc des orientations qui serviront aux utilisateurs et peut également donner des indications sur la manière d'interpréter et d'appliquer la loi.

3. Le recours à un processus transparent et objectif reposant sur la concurrence pour conclure des partenariats public-privé, conformément aux principes consacrés à l'article 9 de la Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)¹⁹, garantira également l'intégrité de ce même processus tout en favorisant la viabilité d'un partenariat (puisque, faute de respecter ces principes, des projets risqueraient d'être annulés en cas de changement de gouvernement).

4. Il est recommandé d'énoncer ces objectifs sous la forme de préambule à la loi. Dans les États où il n'est pas d'usage d'inclure des préambules, il est recommandé que cet énoncé soit incorporé dans les dispositions mêmes de la loi.

5. On notera que l'énoncé des objectifs ne crée pas en soi de droits ou d'obligations quant au fond pour les parties – ces droits et obligations naissent des procédures prévues dans la loi même.

¹⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349. La Convention a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 58/4. Conformément au paragraphe 1 de son article 68, elle est entrée en vigueur le 14 décembre 2005. On pourra consulter le texte de la Convention également à l'adresse www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf (lien consulté en janvier 2011).

Disposition législative type 1

Préambule

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de réglementer les partenariats public-privé de manière à promouvoir la réalisation des objectifs ci-après dans le développement des infrastructures et la prestation des services publics qui s'y rattachent:

- a) Assurer la viabilité à long terme des infrastructures et la sécurité dans la prestation de services aux usagers;
- b) Obtenir le meilleur rapport qualité-prix;
- c) Favoriser et encourager la participation du secteur privé;
- d) Promouvoir la concurrence pour les contrats de partenariat public-privé;
- e) Promouvoir l'intégrité, la transparence, l'équité et la confiance du public dans les processus utilisés.

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

[Les objectifs énoncés dans la disposition législative type proviennent de l'article 9 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, de Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.]

Commentaire sur les objectifs d'un cadre juridique pour les partenariats public-privé

a) Viabilité

6. Compte tenu du champ d'application du présent [Guide] et dans le contexte du développement des infrastructures [renvois], il est évident que le cadre juridique des partenariats public-privé a notamment pour objectif d'assurer la fourniture à long terme de services publics, la qualité des infrastructures et la viabilité économique, environnementale et sociale. Des dispositions inadéquates en matière d'exploitation et de maintenance des infrastructures publiques compromettent gravement la réalisation de ces objectifs et peuvent se traduire directement par une baisse de la qualité des services et une hausse des coûts pour les usagers.

7. Le présent [Guide] examine le rôle que joue le cadre législatif pour doter les diverses autorités publiques participant à la gouvernance et à l'exécution des partenariats public-privé du pouvoir juridique et des moyens institutionnels nécessaires pour entreprendre les différentes tâches qui leur sont confiées tout au long des phases de planification et d'exécution des partenariats.

[Sources: notamment, Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé]

b) Rapport qualité-prix

8. Par rapport qualité-prix, on entend le fait d'évaluer objectivement dans quelle mesure un partenariat public-privé permet d'optimiser les ressources pour que le projet concerné produise l'impact escompté. Cette notion peut désigner:

- a) Le rapport optimal entre les ressources (notamment en termes de coût et de temps) et la qualité de l'objet du projet;
- b) La prestation du niveau requis de services avec moins de ressources qu'il n'en faudrait normalement (notamment en termes de coût et de temps), sans que la qualité des services en question ne s'en trouve réduite;
- c) La prestation de services d'un niveau supérieur à celui normalement requis ou l'obtention d'un rendement sur les investissements dans le projet supérieur à celui normalement escompté, au regard des ressources utilisées (notamment en termes de coût et de temps).

[Diverses sources, dont le Guide intitulé "P3s Legislative Resource Guide"]

c) Participation

9. Les entités privées participeront au processus d'attribution des contrats de partenariat public-privé si elles sont convaincues que leurs soumissions feront l'objet d'une évaluation objective et que les procédures utilisées sont équitables et transparentes (qu'il s'agisse de la phase de passation de marché ou de la phase d'exploitation du projet, conformément aux arrangements contractuels).

[Cette partie devra être complétée en ce qui concerne la question de la possibilité d'obtenir un financement bancaire et des questions analogues]

[Tiré du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics]

d) Concurrence

10. La concurrence en vue de l'obtention d'un contrat de partenariat public-privé (en d'autres termes, le fait que les investisseurs potentiels et les entités privées se soumettent à une mise en concurrence rigoureuse afin de pouvoir obtenir un contrat) peut faire baisser les coûts globaux et le niveau des autres ressources nécessaires, accroître la productivité des investissements d'infrastructure, permettre de mieux répondre aux besoins des consommateurs et d'obtenir ainsi une meilleure qualité des services publics. La concurrence peut contribuer à améliorer le rapport qualité-prix dans le cadre d'un partenariat et accroître les chances de voir le projet concerné produire les résultats escomptés. Elle compte également parmi les principes que la Convention des Nations Unies contre la corruption exige de voir consacrés dans les systèmes nationaux de passation des marchés [renvois à ajouter].

11. Pour assurer la concurrence en vue de l'attribution de contrats, il est essentiel au préalable de promouvoir la participation des investisseurs potentiels et des entités privées aux partenariats public-privé. Les procédures de passation recommandées dans le présent [Guide] partent toutefois du principe que, pour les projets d'infrastructure complexes dont il est question, le meilleur moyen d'assurer la concurrence est de limiter le nombre de participants. Cette situation apparemment paradoxale tient au fait que le coût de la participation à la procédure est élevé – les entités privées ne voudront participer que si elles estiment avoir de bonnes chances de remporter le contrat à la fin du processus. Par conséquent, les procédures recommandées commencent par une étape visant à identifier un nombre limité de partenaires potentiels de qualité.

[Cette partie devra être complétée en ce qui concerne les questions touchant à l'exclusivité]

[Diverses sources, dont le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics]

e) Intégrité

12. Par intégrité, il faut entendre la prévention de toute forme de corruption ou d'abus et le fait pour tous les participants à un projet de partenariat public-privé d'agir de manière éthique et juste en évitant tout conflit d'intérêts. L'intégrité exige que l'ensemble du système dans lequel s'inscrivent les partenariats public-privé soit exempt de toute discrimination ou de tout préjugé institutionnalisés à l'encontre d'un groupe particulier d'entités privées ou d'investisseurs potentiels et que l'application des règles du cadre juridique des partenariats ne produise pas de résultats contraires aux objectifs du système.

13. Étant donné que les agents des autorités publiques exerceront un large pouvoir discrétionnaire sur le plan commercial lors de la conclusion ou de l'exécution des partenariats public-privé, le présent [Guide] recommande donc un code de conduite à leur intention [renvoi]. On pourra favoriser encore davantage l'intégrité en établissant un lien entre ce code de conduite et les règles générales de conduite applicables aux fonctionnaires et d'autres dispositions régissant les questions d'intégrité et de prévention de la corruption dans d'autres lois et règlements nationaux.

[Diverses sources, dont le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics]

f) Transparence

14. Un cadre juridique transparent se caractérise par des règles claires et facilement accessibles ainsi que par des procédures permettant d'appliquer ces règles efficacement. Des lois et des procédures administratives transparentes sont des gages de prévisibilité et permettent aux entités privées et aux investisseurs potentiels d'estimer les coûts et les risques auxquels ils pourraient s'exposer en participant et, par conséquent, de proposer leurs conditions les plus avantageuses. Elles énoncent également des règles concernant la prestation des services aux citoyens ainsi que les moyens par lesquels les fournisseurs de services publics et leurs clients peuvent protéger leurs droits.

15. Des lois et des procédures administratives transparentes peuvent également favoriser l'ouverture, grâce à des dispositions imposant la publication des décisions administratives et notamment, lorsqu'il y a lieu, la motivation de ces décisions et la divulgation d'autres informations d'intérêt général. Elles aident aussi à prévenir toute mesure ou décision arbitraire ou irrégulière de la part de l'autorité publique ou de ses agents et contribuent ainsi à promouvoir la confiance dans le programme de développement des infrastructures d'un pays. C'est pour cette raison que la transparence compte également parmi les principes que la Convention des Nations Unies contre la corruption exige de voir consacrés dans les systèmes nationaux de passation des marchés [renvois à ajouter].

16. La transparence des lois et des procédures administratives revêt une importance particulière lorsqu'un pays cherche à attirer des investissements étrangers, car les sociétés étrangères ne connaissent pas nécessairement bien les pratiques du pays en matière d'attribution des projets d'infrastructure.

17. La transparence est un outil qui permet d'exercer le pouvoir discrétionnaire nécessaire dans les processus concernant les partenariats public-privé, dans l'exploitation de l'infrastructure ou dans la prestation des services aux citoyens en tenant compte de l'évolution de la situation, mais aussi de restreindre l'exercice de ce pouvoir, lorsque cela est nécessaire, ainsi que de le contrôler et, au besoin, de le contester. Elle est considérée comme un élément fondamental pour faire en sorte que le système soit comptable de ses actes et de ses décisions. Elle contribue donc de manière déterminante à l'intégrité et à la confiance du public dans ce système. Elle constitue également un outil pour faciliter l'évaluation de ce même système et des projets au regard des résultats escomptés.

18. S'agissant de transparence, le présent [Guide] recommande cinq aspects fondamentaux dans la passation de projets de partenariat public-privé: la communication au public du cadre juridique; la publication des possibilités de marchés; la définition et la publication préalables des principales clauses du projet au regard desquelles les offres seront évaluées; la conduite visible du processus conformément aux règles et procédures prescrites; et l'existence d'un système permettant de contrôler le respect de ces règles et, au besoin, de l'imposer.

[Partie à compléter en ce qui concerne la transparence en rapport avec les objectifs socioéconomiques, les budgets, la politique d'ouverture des contrats et des données dans la phase d'exploitation.]

[Tiré du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé ainsi que du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics]

g) Équité et confiance du public

19. Le cadre juridique des partenariats public-privé est à la fois le moyen par lequel l'État réglemente et assure la fourniture de services publics à la population et celui par lequel les prestataires de services publics et leurs clients peuvent protéger leurs droits.

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

20. La confiance du public sera également renforcée si les règles sont visiblement appliquées et les transgressions dûment sanctionnées. Le présent [Guide] recommande donc des procédures pour cette application.

[Tiré du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé ainsi que du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics]

2. Le cadre juridique des partenariats public-privé

a) Remarques générales

21. La création d'un environnement propice à la participation du secteur privé à des partenariats public-privé suppose la mise en place préalable d'un cadre juridique approprié et efficace. En général, une loi qui régit les partenariats public-privé traduit un engagement politique, prévoit des droits spécifiques et peut représenter une garantie importante de stabilité du régime légal et réglementaire, autant de conditions qui sont nécessaires pour faciliter les investissements privés dans ce type de partenariat. *[Partie à compléter en ce qui concerne l'instabilité dans la pratique]*

22. Les dispositions du présent [Guide] visent à aider les pays à élaborer une loi sur les partenariats public-privé lorsque celle-ci est inexistante ou à évaluer le cadre juridique existant au regard d'un ensemble de bonnes pratiques internationales.

23. Pour être efficace, une loi sur les partenariats public-privé établira les grands principes du cadre général, institutionnel et réglementaire dans lequel les partenariats seront conclus et exécutés. Une telle loi vise à définir tous les principes et toutes les procédures essentiels à la conclusion et à l'exécution des partenariats public-privé. Elle ne se veut toutefois pas exhaustive, en ce qu'elle n'énoncera pas toutes les règles et procédures détaillées qui seront nécessaires pour régir les relations contractuelles visées, ni les règles et procédures applicables à des secteurs particuliers de l'économie.

24. Le système destiné à promouvoir les partenariats public-privé comprendra généralement la loi adoptée par le parlement (législation primaire), les règlements ou décrets d'application (législation secondaire), les règles internes et les principes directeurs, fondés sur les choix de principe qui auront été faits pour le système dans son ensemble. Lorsqu'ils élaboreront leur propre loi sur les partenariats public-privé, les pays devront veiller à ce que la législation primaire définisse précisément les obligations imposées et les droits conférés et à ce qu'elle soit suffisamment adaptable aux partenariats public-privé dans la pratique, en ayant à l'esprit que toutes les situations ne sont pas prévisibles. La tradition juridique et administrative d'un pays influera dans une large mesure sur le style rédactionnel. Toutefois, il convient de trouver un équilibre entre une loi qui soit suffisamment claire et dépourvue d'ambiguïté et une loi qui soit suffisamment adaptable. Il n'est pas souhaitable de déléguer dans une trop large mesure l'interprétation de la loi à des praticiens ou à des juges, car ce faisant on risque de favoriser l'insécurité juridique et l'incohérence des résultats. C'est pourquoi le présent [Guide] contient des dispositions législatives types concernant les aspects des partenariats public-privé pour lesquels il existe de bonnes pratiques internationales clairement établies ainsi que des normes de comportement appropriées faisant l'objet d'un consensus. Dans les domaines où il est manifeste que l'absence de règles risque de déboucher sur des tentatives pour contourner les principes sous-jacents, les dispositions sont relativement détaillées.

25. Des règles plus détaillées de nature à éviter toute insécurité et ambiguïté sur la manière dont la législation primaire peut s'appliquer en pratique peuvent être énoncées dans des règlements d'application et des règles internes, qui présentent le grand avantage de pouvoir être modifiés à mesure que s'accumule l'expérience, sans qu'il soit nécessaire de se soumettre à une nouvelle procédure d'approbation parlementaire, ce que la modification de la législation primaire exige normalement. Cependant, cette souplesse est indiquée pour autant que les principes et les procédures essentiels soient énoncés dans la législation primaire, de sorte qu'ils ne puissent être modifiés sans un contrôle rigoureux des citoyens.

26. Les pays qui utiliseront le présent [Guide] pour élaborer leur propre législation générale destinée à promouvoir les partenariats public-privé devraient donc compléter les dispositions de cette dernière en adoptant des règles et règlements supplémentaires, accompagnés de principes directeurs et d'autres outils de renforcement des capacités, pour garantir une gouvernance appropriée et favoriser l'intégrité dans le système.

27. Il est de bonne pratique que les pays souhaitant recourir à des partenariats public-privé formulent également une politique nationale dans ce domaine afin de fournir des directives sur l'utilisation de ces partenariats. Cette politique devrait en outre être définie de manière à être conforme aux plans nationaux et autres plans publics d'infrastructure (qui sont examinés plus avant dans [renvoi]). Elle mentionnera ou prévoira des processus pour la planification, la hiérarchisation et la préparation des projets, qui font l'objet du [nouveau chapitre II].

28. Ces politiques, de même que les droits et obligations énoncés dans les règles (législation primaire, législation secondaire ou déléguée et autres règles ou règlements), favorisent la transparence et la responsabilisation lorsque le public y a accès. Alors que la législation primaire entre le plus souvent en vigueur uniquement après publication, d'autres règles et politiques ne sont pas toujours soumises à la même restriction. La loi régissant les partenariats public-privé devrait par conséquent indiquer les autorités qui seront chargées d'énoncer des règles ou des règlements, ainsi que de formuler des politiques nationales ou autres (voir disposition législative type [numéro ...]).

29. Des institutions sont nécessaires pour appliquer les règles et les procédures prévues dans les lois. Elles sont également nécessaires pour mettre en œuvre les politiques et les pratiques qui sous-tendent le cadre juridique. Dans le domaine des partenariats public-privé, ces institutions peuvent prendre la forme d'un organe (par exemple, une autorité ou une unité chargée des partenariats public-privé) ou d'une combinaison de fonctions administratives. Dans l'un et l'autre cas, l'organe ou la fonction devraient être autorisés à s'occuper de partenariats public-privé tout au long de leur cycle de vie. Les fonctions administratives peuvent consister à mieux faire connaître les partenariats public-privé, à recenser des possibilités de projets et assurer la liaison avec les autorités centrales, et à veiller à ce que les partenariats public-privé soient considérés comme une forme possible de réalisation d'un projet dans les situations qui s'y prêtent. Ces fonctions administratives et d'autres fonctions, ainsi que des exemples pratiques de structures dans certains systèmes existants, sont examinées en détail dans [...] du présent [Guide].

30. Dans certains pays, l'État a une obligation expresse d'assurer la prestation de services à ses citoyens et résidents. La possibilité de déléguer l'exécution de cette obligation au secteur privé, tout particulièrement en ce qui concerne des services essentiels comme la santé, la justice ou le maintien de l'ordre, peut être soumise à des restrictions. Ces dernières devraient être précisément prises en compte dans la loi sur les partenariats public-privé. Dans certains cas, une formule contractuelle telle qu'une entité publique spécialement créée ou une société de projet ad hoc pourrait constituer une solution, auquel cas le cadre juridique général des partenariats public-privé devrait autoriser cette possibilité. Cette situation se distingue des cas dans lesquels il est décidé que certains services, tels que des services cliniques au sein des hôpitaux ou des services de surveillance au sein des établissements pénitentiaires, devraient être prêtés par le secteur public uniquement, que ce soit pour des motifs de politique

générale ou parce que les sociétés privées n'ont pas les moyens de fournir ses services. Là encore, la loi régissant les partenariats public-privé devrait énoncer toutes les restrictions applicables.

b) Interactions avec d'autres branches du droit

31. Le cadre juridique général des partenariats public-privé interagira également avec d'autres branches du droit dans le pays concerné.

32. Le chapitre VII de Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé sera inséré ici. Il traite des points suivants:

- Promotion et protection des investissements
- Droit de la propriété
- Sûretés
- Droit de la propriété intellectuelle
- Règles et procédures d'expropriation
- Règles applicables aux marchés publics et droit administratif
- Droit des contrats privés
- Droit des sociétés
- Droit fiscal
- Règles et pratiques comptables
- Protection de l'environnement
- Droit relatif à la protection des consommateurs
- Droit de l'insolvabilité
- Mesures anticorruption
- Accords internationaux
- Appartenance aux institutions financières internationales
- Accords généraux sur la facilitation et la promotion des échanges
- Accords internationaux sur des secteurs particuliers

33. Autres points à mentionner: risques de chevauchement entre la loi régissant les partenariats public-privé et d'autres lois; restrictions liées à la fonction de contrôle; restrictions concernant la propriété foncière; l'interaction entre les redevances prévues dans d'autres lois et celles prévues par le cadre juridique régissant les partenariats public-privé [cette partie pourrait notamment traiter de la nécessité d'une disposition législative type et d'orientations sur la coordination entre l'autorité chargée de réglementer les redevances et l'entité publique qui attribue projet dans le but d'assurer la viabilité à long terme.]

c) Législation sectorielle

34. Les dispositions juridiques qui mettent en place un environnement propice aux partenariats public-privé créent un cadre permettant de traiter de façon uniforme des questions communes à ces partenariats dans différents secteurs d'infrastructure mais elles ne sont normalement pas à même de traiter toutes les exigences particulières des différents secteurs. Même dans les pays qui ont adopté une législation générale en matière de partenariats qui traitent les questions intersectorielles, on a constaté qu'une législation sectorielle supplémentaire permet au législateur de formuler des règles tenant compte, dans chaque secteur, de la structure du marché.

35. [Les lois sectorielles devraient être expressément subordonnées à la loi générale sur les partenariats public-privé, afin que toute incompatibilité éventuelle puisse être clairement résolue en faveur de la règle généralement applicable.]

36. La législation propre à un secteur particulier peut également jouer un rôle dans la mise en place d'un cadre pour la réglementation des différents secteurs d'infrastructure, et permettre ainsi le développement de capacités réglementaires nationales. Des lois efficaces fixeront les paramètres dans lesquels l'autorité de contrôle exercera son pouvoir discrétionnaire mais ne devraient pas nécessairement limiter la possibilité pour les parties à un partenariat public-privé de définir leur relation contractuelle.

C. Étendue des pouvoirs juridiques en matière de partenariats public-privé

37. Le champ d'application du cadre juridique des partenariats public-privé devrait être clairement délimité en ce qui concerne tant les autorités qui pourront recourir à la loi pour conclure des partenariats que les projets qui seront considérés comme des partenariats au regard de la loi. À cette fin, il faudra que les dispositions en question définissent les partenariats public-privé et les parties aux projets de partenariat qui seront conclus conformément à la loi – autrement dit l'autorité publique et l'entité privée. La disposition législative type 2 définit le champ d'application d'une loi régissant les partenariats public-privé conformément au présent Guide, comme on le verra plus en détail dans les paragraphes qui suivent.

1. Projets visés

38. Les recommandations formulées dans le présent [Guide] s'appliquent aux partenariats public-privé pour la construction, la maintenance, la réparation, la remise en état, la modernisation, l'expansion et l'exploitation d'ouvrages et de systèmes d'infrastructure publique ainsi que la prestation des services qui s'y rattachent, dans le cadre d'une relation contractuelle (à savoir, avec des obligations définies contractuellement, un partage des risques et une rémunération liée aux résultats, comme on le verra plus loin). Les infrastructures visées ne doivent pas nécessairement être matérielles et peuvent comprendre, par exemple, des systèmes de télécommunication. Cependant, les dispositions du présent [Guide] ne s'appliquent pas à d'autres formes de partenariat entre le secteur public et le secteur privé lorsque l'État n'a pas d'intérêt dans la prestation de services. Elles ne s'appliquent pas non plus aux concessions d'exploitation pétrolière, gazière ou minière ou aux concessions d'infrastructure, ni à d'autres arrangements contractuels comme la conclusion d'alliances en vue de projets et la sous-traitance. De nombreuses recommandations touchant à la gouvernance sont néanmoins transposables à ces autres projets et à des projets dans certains secteurs.

39. La participation du secteur privé prend notamment la forme d'investissements dans les infrastructures publiques. La question de la propriété des infrastructures et celle de la nature des intérêts que l'État détient sur ces infrastructures sont examinées dans [renvoi – cette partie traitera des intérêts directs et indirects]. La nature des services fournis, notamment la responsabilité incombant à l'autorité publique en matière de prestation de services, sont examinées dans [renvoi].

40. La disposition législative type 2 limite le champ d'application du cadre juridique aux projets de partenariat concernant des infrastructures tels qu'ils sont décrits. Les pays qui veulent élargir le champ d'application de leur loi régissant les partenariats public-privé souhaiteront peut-être élargir la portée du cadre juridique en conséquence et modifier les mots "concernant des ouvrages ou systèmes d'infrastructure" lorsqu'ils incorporeront cette disposition dans leur droit interne.

2. Définition des partenariats public-privé

41. Une disposition visant à promouvoir la conclusion de projets de partenariat public-privé doit définir les projets visés. Les partenariats public-privé peuvent être décrits comme un arrangement contractuel mutuellement avantageux, dans lequel l'autorité publique comme l'entité privée partenaires apportent des ressources (d'un côté, des financements privés, des connaissances professionnelles ou autres ou encore des compétences techniques et, de l'autre côté, l'octroi de droits, comme des droits fonciers ou le droit exclusif d'exploiter l'infrastructure).

42. L'arrangement contractuel contient généralement les stipulations suivantes:

a) Obligation incombant à l'entité privée de concevoir, financer, construire ou remettre en état une infrastructure, d'assurer l'entretien et l'exploitation de l'infrastructure concernée et de fournir des services définis pendant une période déterminée;

b) Obligation incombant à l'autorité publique de fournir à l'entité privée l'accès aux biens ainsi que les droits et autorisations nécessaires pour que celle-ci s'acquitte de ses propres obligations;

c) Répartition des risques entre les parties (notamment, risques liés au financement et à la construction, et risques liés au fait d'assurer l'accessibilité de l'infrastructure et des services connexes et la demande pour cette infrastructure et ces services); et

d) Mécanisme de paiement fondé sur des critères de résultats pour la prestation des services et, dans certains cas, l'exploitation/la qualité satisfaisante de l'infrastructure, la rémunération étant fournie par l'autorité publique ou par les usagers (ou suivant une formule mixte). Lorsque le mécanisme de paiement consiste en un droit de facturer l'utilisation d'un ouvrage ou d'une installation ou encore les services ou les biens en découlant, le partenariat est alors une concession; dans d'autres cas, il s'agit d'un partenariat financé par des fonds publics. Les partenariats peuvent soit être exclusivement financés par des fonds publics soit prendre la forme de concessions, ou encore reposer sur un mécanisme de financement mixte. Ces types de projets sont examinés dans [renvoi – cette partie contiendra un commentaire sur la fréquence relative de ces types de projets].

43. Il est recommandé que les partenariats ne puissent être conclus que sous l'empire des dispositions de la loi régissant les partenariats public-privé. Les éléments suivants devraient être prévus:

a) Un processus de planification et de préparation tel que défini dans la loi régissant les partenariats public-privé et dans d'autres lois applicables, qui comprenne une évaluation de l'impact social, économique et autre du projet envisagé ainsi qu'une analyse comparative des différents modes possibles de réalisation du projet;

b) Un processus de planification du contrat qui traite des aspects contractuels mentionnés dans le paragraphe précédent, prévoit les modalités d'exercice du contrôle et de la propriété sur l'infrastructure pendant toute la durée du partenariat, et énonce des conditions commerciales de nature à concilier dûment les intérêts des deux parties, compte tenu de la durée prévue du contrat et du temps dont aura besoin l'entité privée pour amortir tous ses coûts et obtenir un bénéfice raisonnable, tout en établissant un mécanisme d'ajustement pour faire face aux changements de situation et [autre];

c) Une méthode de passation qui s'appliquera par défaut et qui repose sur une mise en concurrence, sous réserve d'exceptions limitées prévues dans la loi; et

d) Des dispositions concernant le dénouement du contrat à son terme, lesquelles pourraient prévoir par exemple que l'infrastructure est transférée en bon état de fonctionnement à l'autorité publique, généralement sans paiement (sauf stipulation contraire dans le contrat).

44. S'il est vrai que certains des aspects ci-dessus pourraient s'appliquer également à la passation de marchés publics d'infrastructure, il est évident que les partenariats

public-privé ne sont ni de simples méthodes traditionnelles de passation ni un mécanisme de privatisation. L'interaction entre la loi régissant les partenariats et les autres lois d'un pays est examinée dans [renvoi].

45. Il va de soi que la définition d'un partenariat public-privé ne peut englober la totalité des éléments descriptifs ci-dessus. Il est recommandé d'inclure dans la définition les éléments constitutifs énumérés dans la disposition législative type 2, en mentionnant les étapes nécessaires pour conclure et exécuter un partenariat conformément à la loi.

3. Étendue du pouvoir de conclure des partenariats public-privé

46. Les investisseurs potentiels et autres, les parties privées et d'autres acteurs ne voudront participer à un projet de partenariat que s'ils ont la certitude de traiter avec des personnes autorisées à recourir à des partenariats public-privé et à appliquer les procédures requises pour conclure de tels partenariats. Les mots "recourir à des partenariats public-privé" désignent la totalité du cycle de vie du partenariat.

47. Il est donc recommandé que le cadre juridique des partenariats public-privé confère un pouvoir général à toute autorité publique de conclure un partenariat, ce qui évitera les difficultés pratiques liées à l'actualisation d'une liste d'autorités publiques autorisées ou non à recourir à des partenariats. La disposition législative type 2 offre la possibilité aux pays qui le souhaitent d'exclure certains secteurs ou certaines entités. Dans certains systèmes, le pouvoir de conclure des partenariats est prévu en dehors du cadre juridique régissant les partenariats public-privé, auquel cas la disposition qui sera incorporée dans le droit interne devra prévoir les renvois nécessaires.

48. Pour conclure un partenariat et exploiter le projet correspondant, il faut négocier pour définir les clauses, pour conclure le contrat de partenariat et pour modifier, au besoin, ce dernier et les contrats connexes. Là encore, lorsque l'une quelconque de ces fonctions est prévue en dehors du cadre juridique applicable aux partenariats public-privé, ce qui peut être le cas quand certaines fonctions sont dévolues à un organe central, il faudra insérer les renvois appropriés, à moins que le cadre juridique des partenariats public-privé ne vienne compléter une disposition générale (auquel cas une disposition supplémentaire sera probablement nécessaire).

49. De toute évidence, il est nécessaire de définir la notion d'"autorité publique" aux fins de la loi régissant les partenariats public-privé. La définition devrait être rédigée de manière à tenir compte de la structure administrative du pays concerné et du niveau de centralisation (en d'autres termes, suivant que des autorités centrales, infranationales ou autres seront autorisées ou non à recourir à des partenariats). Si une approche énumérative des autorités ayant pouvoir de conclure des partenariats est retenue, il faudra veiller à ce que la liste soit exhaustive et le degré de centralisation d'un pays devrait être dûment pris en compte lorsque ce pouvoir se limite aux autorités centrales.

50. La définition du terme "autorité publique" dans la disposition législative type 2 se réfère aux autorités quelle que soit leur place dans la structure étatique, sauf si les mots entre crochets sont inclus, auquel cas seules les autorités centrales pourront conclure des partenariats (ou les autorités nationales dans les systèmes fédéraux), les autorités provinciales, locales ou autres autorités infranationales étant exclues.

51. La définition d'une autorité publique pourrait également être élargie à certaines entités ou entreprises publiques qui ne sont pas considérées comme faisant partie de la structure administrative, si le pays souhaite les autoriser à recourir à des partenariats. Il faudrait alors tenir compte des aspects suivants:

a) [Si l'État fournit des fonds publics substantiels à l'entité, ou une garantie ou toute autre sûreté garantissant le paiement ou toute autre obligation dus par l'entité dans le cadre du contrat de partenariat;

b) Si l'entité est gérée ou contrôlée par l'État ou si celui-ci participe à la gestion ou au contrôle de l'entité;

c) Si l'État accorde à l'entité une licence exclusive, un monopole ou un quasi-monopole pour ses activités;

d) Si l'entité doit rendre des comptes à l'État ou au Trésor public en ce qui concerne sa rentabilité; et

e) Si l'entité participe à des projets en partenariat avec un donateur international.]

[Source: *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*]

[Cette partie sera complétée en ce qui concerne la question de savoir si les entreprises d'État ou d'autres entités similaires auraient recours à des partenariats public-privé et la question des risques de conflit d'intérêts dans les partenariats verticaux.]

Disposition législative type 2

[Une autorité publique [de l'État central]] [à l'exception [une liste d'exceptions peut être insérée ici]] est autorisée à conclure des partenariats public-privé concernant des ouvrages ou systèmes d'infrastructure dans le présent État conformément aux dispositions de la présente loi.]

Définitions connexes

[Un partenariat public-privé d'infrastructure désigne un arrangement contractuel entre une autorité publique et une entité privée en vue de la construction, la maintenance, la réparation, la remise en état, la modernisation, l'expansion et l'exploitation d'ouvrages et de systèmes d'infrastructure dans lesquels l'autorité publique détient un intérêt, et en vue de la prestation des services qui s'y rattachent, cet arrangement stipulant que la rémunération de l'entité privée se fonde sur l'exécution par cette dernière des obligations qu'elle a contractées.]

[Une autorité publique désigne tout département, organisme, organe ou autre service [de l'État central]], toute subdivision de l'un d'entre eux ou tout groupement de plusieurs d'entre eux.]

[Une entité privée désigne une personne morale constituée conformément aux lois du présent État ou d'un autre État.]

[Sources diverses]

Exclusivité

52. Une autre considération importante a trait à la nature des droits dévolus au partenaire du secteur privé. Il s'agit notamment de savoir si le droit de fournir le service est un droit exclusif ou si le partenaire devra faire face à la concurrence d'autres fournisseurs d'ouvrages ou prestataires de services. L'exclusivité peut désigner le droit de fournir un service dans une région géographique déterminée ou sur la totalité du territoire national. Elle peut englober le droit de fournir un certain type de biens ou de services à un client particulier ou à un groupe restreint de clients. [Exemples à revoir]

53. La décision d'accorder ou non des droits d'exclusivité à un projet particulier ou à une catégorie de projets devrait être prise à la lumière de l'étendue de la concurrence et de l'existence ou non d'un monopole naturel.

54. Il est donc souhaitable de faire preuve de souplesse dans le traitement de la question de l'exclusivité.

55. [Partie à compléter. Certains experts recommandent une disposition favorable par défaut à l'exclusivité tandis que d'autres considèrent que l'exclusivité ne revêt pas

une importance critique et qu'elle cède le pas à l'objectif prioritaire, qui est de fournir les meilleurs services aux usagers. Emplacement à revoir également.]

56. *[Traitant de l'approche générale en matière d'exclusivité, les orientations examineront la question de savoir si l'exclusivité peut être limitée par la loi, une norme ou un contrat, ou une combinaison de ces éléments; quelle influence exerce le contexte international; comment établir un lien entre droit de résiliation et indemnisation; s'il peut être mis fin à l'exclusivité pour des motifs d'intérêt général; quelle est la nature de l'exclusivité (géographique, sectorielle, etc.); quelle est l'étendue de la concurrence dans différents secteurs; quelle sera la viabilité technique ou commerciale d'un projet sans exclusivité.]*

57. *[Cette partie sera également complétée en ce qui concerne la question de savoir si le contrat ou les principes juridiques dont il s'inspire devraient permettre une adaptation du service au profit des usagers sans que cela constitue une renégociation; si l'exclusivité devrait céder le pas aux clauses ou dispositions traitant des principes pacta sunt servanda ou rebus sic stantibus, en d'autres termes le rétablissement de l'équilibre économique.]*

[Disposition législative type 3

Un partenariat public-privé confère à une entité privée un droit exclusif d'exploiter les ouvrages et systèmes d'infrastructure dans toutes les subdivisions du présent État ou dans l'une d'entre elles [à l'exception ...].

D. Le cadre institutionnel des partenariats public-privé

58. *[La présente section sera consacrée au cadre institutionnel général des partenariats public-privé, et notamment aux questions suivantes: la nécessité pour les institutions de créer un environnement attractif, prévisible et transparent; les liens entre la planification des partenariats et la planification du développement des infrastructures dans une économie; la formulation de politiques et d'orientations pratiques sur des thèmes tels que les projets envisageables, les plans et priorités en matière d'infrastructure, les obstacles à surmonter, par exemple les consultations sur l'occupation des sols, les procédures standard et les documents; la diffusion des meilleures pratiques, et le renforcement des capacités.]*

59. *La présente section fournira des explications sur les rôles et critères pour la prise de décisions, en s'appuyant sur des exemples de solutions courantes, en formulant des suggestions plutôt que des exigences, tout en tenant compte de la grande diversité des autorités, unités et autres organes chargés des partenariats public-privé dans la pratique. Par exemple, il est possible qu'un ministère des finances détienne l'intégralité du pouvoir décisionnel, donne les approbations et fixe les règles, puis en contrôle le respect, les ministères sectoriels traitant quant à eux de questions sectorielles ou d'autres questions techniques.]*

60. *La présente section traitera également des questions de gouvernance au sein des institutions, telles que la prévention des conflits d'intérêts, la coordination administrative et les hiérarchies.]*

61. *Les orientations sur les licences et les autorisations et sur les organes de contrôle sectoriels du présent chapitre du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé feront l'objet d'un nouveau chapitre II, qui portera sur les principes et procédures régissant la planification et l'exécution des différents projets].*