



Assemblée générale

Distr. générale
26 février 2018
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante et unième session
New York, 25 juin-13 juillet 2018

Partenariats public-privé (PPP) : proposition d'actualisation du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (chapitres I et II révisés)

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Cadre législatif et institutionnel général	2
A. Remarques générales	2
B. Principes directeurs et options pour l'instauration d'un cadre juridique applicable aux partenariats public-privé	2
C. Étendue du pouvoir de conclure des partenariats public-privé	10
D. Coordination administrative	11
E. Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure	12
II. Planification et préparation du projet	15
A. Remarques générales	15
B. Évaluation des projets et options	15
C. Risques de projet et leur répartition	20
D. Coordination administrative	21
E. Appui des pouvoirs publics	23
F. Garanties accordées par des institutions financières internationales	23
G. Garanties accordées par les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements	24



I. Cadre législatif et institutionnel général

[Les paragraphes 2, 5 (ancien 4) et 8 (ancien 5) figuraient dans le chapitre I, « Cadre législatif et institutionnel général ». Les ajouts et les modifications sont indiqués dans le texte.]

A. Remarques générales

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

B. Principes directeurs et options pour l'instauration d'un cadre juridique applicable aux partenariats public-privé

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

1. Principes directeurs généraux pour l'instauration d'un cadre juridique relatif aux partenariats public-privé

3. Les objectifs de développement durable expriment l'engagement des États Membres de l'Organisation des Nations Unies pour ce qui, entre autres, de « mettre en place une infrastructure de qualité, fiable, durable et résiliente, y compris une infrastructure régionale et transfrontière, pour favoriser le développement économique et le bien-être de l'être humain, en privilégiant un accès universel, financièrement abordable et équitable¹. » Comptant parmi les outils stratégiques qu'un pays peut utiliser pour mettre en œuvre sa stratégie de développement des infrastructures et des services publics, le cadre juridique applicable aux PPP devrait être formulé et mis en œuvre d'une manière compatible avec la politique nationale et être propice à la réalisation de ses objectifs.

4. Ainsi, lorsqu'ils envisagent soit de promulguer des lois et règlements visant à permettre la mise en place de PPP soit de revoir l'adéquation du cadre juridique existant, les autorités de réglementation et les législateurs nationaux peuvent

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

souhaiter prendre en compte certains principes internationalement reconnus en matière de bonne gouvernance et de développement durable. L'Assemblée générale des Nations Unies, par exemple, a noté que des cadres juridiques justes, stables et prévisibles étaient importants pour promouvoir le développement durable, équitable et sans exclusive, la croissance économique et l'emploi, les investissements et l'esprit d'entreprise². De même, au paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, texte adopté de manière quasi universelle³, chaque État partie s'engage à élaborer et appliquer ou poursuivre, « des politiques de prévention de la corruption efficaces et coordonnées qui favorisent la participation de la société et reflètent les principes d'état de droit, de bonne gestion des affaires publiques et des biens publics, d'intégrité, de transparence et de responsabilité ». Ces principes (ainsi que d'autres visant plus spécifiquement à tirer le plus grand parti des PPP), sur lesquels se sont appuyés divers pays ayant pris des mesures législatives, sont brièvement passés en revue dans les paragraphes qui suivent.

a) Intérêt public

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

6. Dans le contexte des PPP, la notion d'intérêt public renvoie également par ailleurs aux intérêts des citoyens et des entreprises du pays en tant qu'usagers des infrastructures, en tant que consommateurs et usagers des services ou des biens qu'elles génèrent ou en tant que bénéficiaires finaux des services publics qui sont fournis en s'appuyant sur les ouvrages ou les systèmes mis en place dans le cadre d'un PPP. De ce point de vue, le cadre législatif applicable aux PPP doit tenir compte du régime réglementaire propre au secteur d'infrastructure ou de service concerné et être coordonné avec lui (voir, en particulier, le présent chapitre, par. ... ; et le chapitre IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...), et il doit également prendre en considération les règles générales sur la protection des consommateurs (voir chap. VII « Autres domaines pertinents du droit »).

b) Transparence

7. Un cadre juridique transparent se caractérise par des règles claires et facilement accessibles ainsi que par des procédures permettant de les appliquer efficacement. La

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

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

transparence des règles et des procédures administratives est un gage de prévisibilité; elle permet en effet au secteur privé d'estimer les coûts et les risques d'un investissement et par conséquent de proposer les conditions les plus avantageuses. Elle peut en outre favoriser l'ouverture, grâce à des dispositions imposant la publication des décisions administratives, et, lorsqu'il y a lieu, leur motivation, ainsi que la divulgation d'autres informations d'intérêt général. Elle contribue aussi à éviter des mesures ou des décisions arbitraires ou abusives de la part de l'autorité contractante ou de ses responsables et aide ainsi à promouvoir la confiance dans le programme de construction d'infrastructures d'un pays.

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

9. Il faut que les règles et procédures administratives applicables tout au long du cycle de vie des projets de PPP soient transparentes, depuis la planification et la conception des projets jusqu'à l'exploitation de l'infrastructure et la prestation de services au public. Un cadre juridique transparent pour les PPP peut requérir, par exemple, la publication des principales décisions relatives à la mise en œuvre du projet, notamment la justification du choix d'un PPP dans les circonstances données (voir chap. II « Planification et préparation du projet », par. ...). La transparence revêt une importance particulière pour l'attribution du contrat de PPP, et le Guide souligne cinq aspects fondamentaux à cet égard : divulgation au public du cadre juridique ; publication des possibilités de projets ; définition et publication préalables des principales conditions du marché au regard desquelles les offres seront évaluées ; pilotage ouvert du processus conformément aux règles et procédures prescrites ; et existence d'un système permettant de contrôler le respect des règles applicables et, au besoin, de les imposer (voir chap. III « Attribution du contrat », ...).

c) Équité, stabilité et prévisibilité

10. L'obligation de disposer d'un cadre juridique équitable, stable et prévisible pour les PPP est étroitement liée au principe de transparence. Les lois et réglementations sont les moyens par lesquels, d'une part, l'État régleme et assure la fourniture de services publics à la population et, d'autre part, 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 et de leurs clients, et cherche à établir entre eux un juste équilibre. Les considérations commerciales du secteur privé, le droit des usagers à des services satisfaisants sur le plan de la qualité comme sur celui des prix, la responsabilité qu'a l'État d'assurer la fourniture continue de services essentiels et son rôle dans la promotion du développement des infrastructures nationales ne sont que quelques-uns des intérêts qu'il convient de dûment reconnaître dans la loi.

11. La stabilité du cadre juridique est particulièrement importante pour les PPP, compte tenu de la durée généralement longue des projets d'infrastructure. Les partenaires privés doivent pouvoir prévoir et évaluer les risques ainsi que d'éventuelles modifications du cours du projet, afin de pouvoir mobiliser les ressources nécessaires et prendre les dispositions voulues pour atténuer les répercussions des risques anticipés. L'autorité contractante et le public devraient également pouvoir compter sur la continuité des services et des conditions dans lesquelles ils sont fournis. Il est évident que le cadre juridique des PPP doit pouvoir être adapté à l'évolution des besoins (voir ...). Cependant, des changements juridiques ou réglementaires injustifiés, inopportuns ou arbitraires déstabilisent les systèmes du partenaire privé, sapent la confiance mutuelle qui constitue le socle de la

réussite des PPP et, en fin de compte, compromettent les objectifs et les politiques de l'État en matière de mise en place et de développement des infrastructures et des services publics.

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

d) Bonne gestion, intégrité et responsabilité

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

14. L'exigence d'intégrité à la fois dans l'attribution et dans la mise en œuvre des contrats de PPP est étroitement liée à l'obligation d'éviter la mauvaise gestion des biens des fonds publics. Ici aussi, les règles de fond visant à préserver l'intégrité relèveraient normalement d'autres ensembles de textes législatifs, sous la forme de dispositions pénales, de normes de droit administratif et de codes déontologiques. Pour favoriser l'intégrité, il est essentiel de prévenir les conflits d'intérêts tout au long des principales étapes des PPP : de la planification jusqu'à la résolution du contrat, en passant par l'adjudication. L'ampleur et la durée de nombreux projets de PPP, les interactions fréquentes et inévitables entre fonctionnaires, agents de l'autorité contractante et employés ou agents du partenaire privé peuvent créer des circonstances propices et inciter à divers actes de corruption (demande de pots-de-vin, extorsion, etc.). Il faut absolument veiller à ce que les cadres de l'autorité contractante ne puissent tirer aucun avantage, direct ou indirect, du projet ou de leurs relations avec le partenaire privé. Ce dernier ne doit pas non plus exercer une influence indue sur les fonctionnaires qui interviennent dans la conception, la sélection, la mise en œuvre ou la réglementation d'un projet. Des garanties appropriées devraient être prévues lors de la conception du projet (voir chap. II « Planification et préparation du projet », par. ...), de l'attribution du contrat (voir

chap. III « Attribution du contrat », par. ...) et de la phase d'exploitation (voir chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...). Au-delà des dommages économiques et financiers, des pratiques corrompues dans les PPP peuvent sérieusement écorner l'image d'un projet auprès de la population, particulièrement lorsqu'il concerne la prestation d'un service public ou la gestion d'une infrastructure utilisée par le public. En effet, ces pratiques se traduisent souvent par un manque indu de sévérité à l'égard d'un relâchement dans les normes de sécurité ou de qualité, qui peut provoquer des accidents ou d'autres risques susceptibles d'être à l'origine de dommages matériels ou de mises en danger de la santé ou de la vie des membres du public.

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

e) Économie et efficacité

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

f) Viabilité à long terme

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

18. Afin d'assurer une planification et une préparation efficaces, il faut choisir soigneusement le type de projet, en fonction des capacités (financières et autres) de l'autorité contractante, qu'il s'agisse d'un marché public avec exploitation ou d'un

type particulier de PPP. Si les hypothèses concernant les avantages ou les coûts d'un modèle de PPP sont irréalistes, les attentes en matière de mise en place d'infrastructures fondées sur de tels partenariats risquent d'être déçues ; il convient donc d'être aussi objectif que possible, en planifiant et en évaluant le projet soigneusement dès l'abord (voir chap. II « Planification et préparation du projet », par.). En effet, une mauvaise planification ou des règles ou procédures mal conçues peuvent déboucher sur des arrangements contractuels ou réglementaires inadaptés pour l'exploitation et l'entretien d'infrastructures publiques, limiter considérablement l'efficacité dans tous les secteurs et se traduire par des hausses des coûts pour l'État ou les usagers (voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...). D'un point de vue législatif, il importe d'être sûr que le pays hôte a la capacité institutionnelle voulue pour entreprendre les diverses tâches confiées aux autorités publiques autorisées à conclure des PPP à tous les stades de leur mise en œuvre (voir chap. II « Planification et préparation du projet », par. ...). Pour s'assurer que ses institutions sont prêtes à gérer des projets de PPP, l'État peut notamment procéder à une évaluation de ses capacités d'investissement public, y compris par un examen des institutions et des procédures intervenant dans la planification nationale et sectorielle, l'établissement du budget des investissements, l'évaluation et la sélection des projets, ainsi que dans la gestion et le suivi de la mise en œuvre des projets. L'efficacité des ressources institutionnelles et administratives globales d'un pays est essentielle pour assurer la pérennité d'un projet de PPP et il est donc sage que les États suivent les meilleures pratiques pour les évaluer⁴.

g) Concurrence

19. Un autre moyen d'accroître la viabilité à long terme des PPP dans le contexte des politiques relatives à l'infrastructure nationale consiste à trouver un bon équilibre entre la fourniture et l'exploitation compétitives et monopolistiques de services publics. La concurrence peut faire baisser les coûts globaux et offrir des possibilités plus nombreuses de substitution pour les services essentiels. Dans certains secteurs, la concurrence a également contribué à accroître la productivité des investissements d'infrastructure, à mieux répondre aux besoins des consommateurs et à obtenir une meilleure qualité des services publics, améliorant ce faisant le climat des affaires dans tous les secteurs de l'économie. *[[partie déplacée ici – 3 dernières phrases de l'ancien paragraphe 6 du chapitre II]*

20. S'agissant des lois et règlements directement liés aux PPP, la concurrence a deux dimensions. D'une part, le champ de la concurrence dans l'activité ou le secteur concerné est l'un des éléments que l'autorité contractante devrait être tenue d'examiner au stade de la planification du projet (voir chap. II « Planification et préparation du projet », par. ...). L'évaluation menée par l'autorité contractante devrait servir de base pour déterminer l'opportunité d'accorder ou non au partenaire privé le droit exclusif d'exploiter l'infrastructure ou de fournir les services concernés au titre du PPP, ou établir si le secteur ou le marché pourrait bénéficier de la concurrence (voir « Introduction et informations générales sur les partenariats public-privé », par. ... ; voir également le présent chapitre, par. ...). D'autre part, la concurrence constitue généralement l'un des éléments structurels des systèmes de passation des marchés publics et vise à parvenir au meilleur rapport qualité-prix pour le secteur public. S'agissant des PPP, le jeu de la concurrence entre entités privées et investisseurs potentiels en vue de se voir adjudger un marché peut faire baisser à la fois les coûts globaux et les besoins d'autres ressources, augmenter la productivité des investissements d'infrastructure, permettre d'apporter une meilleure réponse aux besoins des consommateurs, et améliorer ce faisant la qualité des services publics. La concurrence est susceptible à la fois de contribuer à l'optimisation des ressources et d'augmenter la probabilité d'obtenir les résultats escomptés pour le projet concerné.

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

Elle constitue également l'un des principes qui devraient guider les systèmes nationaux de passation des marchés publics conformément à l'article 9-1 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Le Guide recommande donc vivement le recours aux procédures de mise en concurrence pour l'attribution de marchés de PPP (voir le chapitre III « Attribution du contrat », par. ...). Pour assurer l'existence de la concurrence en vue des offres, il est essentiel au préalable de promouvoir la participation des investisseurs potentiels et des entités privées aux PPP. Les procédures de passation recommandées dans le Guide partent toutefois du principe que, pour des projets d'infrastructure complexes, le niveau d'efficacité de la concurrence est plus élevé lorsque le nombre de participants est limité. Deux raisons sont à l'origine de ce paradoxe : en premier lieu, compte tenu de la complexité technique, commerciale et financière de la plupart des projets de PPP, l'autorité contractante aurait besoin de beaucoup de temps et de ressources pour examiner de nombreuses offres ; en second lieu, les coûts de participation aux procédures sont élevés et les entités privées ne s'engagent donc que si elles estiment avoir des chances raisonnables de remporter le contrat. Par conséquent, les procédures recommencées dans le Guide commencent par une étape visant à recenser un nombre limité de partenaires potentiels de qualité (voir chapitre III « Attribution du contrat », par. ...).

2. Le droit constitutionnel et les partenariats public-privé

[Les paragraphes 19 à 34 (anciens 7 à 22) figuraient dans le chapitre I existant (« Cadre législatif et institutionnel général »). Les ajouts et les modifications sont indiqués dans le texte.]

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

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

23. Il importe en outre de tenir compte des règles constitutionnelles qui ont trait à la propriété foncière ou à la propriété des ouvrages. Dans certains pays, le droit constitutionnel comporte des limitations concernant la propriété privée des terrains et de certains moyens de production. Dans d'autres, la propriété privée est reconnue, mais la constitution dispose que toutes les infrastructures ou certains types d'infrastructure appartiennent à l'État. Les restrictions de cette nature peuvent faire obstacle à l'exécution de projets prévoyant l'exploitation privée, ou l'exploitation et la propriété privées, de l'infrastructure en question (voir plus loin chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...).

3. Législation générale et sectorielle

24. La législation joue un rôle central pour instaurer la confiance en matière de PPP. Le cadre juridique relatif aux PPP comprend généralement la ou les lois adoptées par le parlement (législation primaire), les règlements ou décrets d'application

(législation secondaire), les règles internes et des orientations, fondés sur les choix de principe du législateur et de l'État. En principe, la législation traduit un engagement politique, prévoit des droits spécifiques et peut représenter une garantie importante de stabilité du régime juridique et réglementaire en énonçant les règles générales en vertu desquelles ces projets sont attribués et exécutés. Les lois régissant l'attribution et la mise en œuvre des projets de PPP, y compris la législation sectorielle, sont généralement complétées par des lois et règlements sur diverses autres questions, y compris les obligations internationales du pays en matière de fiscalité ou de protection des investissements, et il convient de coordonner tous ces textes (voir chap. VII « Autres domaines pertinents du droit »).

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

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

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

28. De nombreux pays ont utilisé la législation pour établir les principes généraux de l'organisation des secteurs d'infrastructure et le cadre administratif, institutionnel et réglementaire de base. Toutefois, il est possible que la loi ne soit pas le meilleur instrument pour définir des obligations techniques et financières détaillées. De nombreux pays ont préféré édicter des règlements énonçant des règles plus détaillées pour appliquer les dispositions générales du droit interne relatives aux PPP. On considère en effet qu'il est plus facile d'adapter des règlements à un changement de l'environnement, que ce changement résulte de l'adoption de règles fondées sur le marché ou d'évolutions externes, comme des technologies nouvelles ou une modification des conditions économiques ou de la situation du marché. Pour promouvoir la confiance dans la politique nationale applicable aux PPP, il faut

absolument, comme on l'a déjà souligné dans le Guide (voir ci-dessus, par. ...), que le cadre juridique soit stable. Les pays qui choisissent de ne promulguer des lois que pour les principes généraux et d'utiliser des règlements pour les points de détail devraient se garder de changer la réglementation trop souvent et éviter les incohérences entre les règlements et les lois sur lesquelles ils se fondent, car ce sont là des sources courantes d'incertitude et de différends en ce qui concerne les PPP (voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...). Quel que soit l'instrument employé, il faut que la clarté et la prévisibilité en soient des éléments essentiels.

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

29. La mise en œuvre de PPP peut exiger la promulgation d'une législation ou de règlements spéciaux permettant expressément aux autorités publiques de confier la construction d'infrastructures ou la fourniture de services publics à des entités privées. L'existence d'une autorisation législative expresse peut représenter une mesure importante pour que des investisseurs potentiels, nationaux ou étrangers, fassent confiance à une politique nationale visant à promouvoir les investissements du secteur privé dans les infrastructures au moyen de PPP.

1. Organismes autorisés et domaines d'activité pertinents

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

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

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

2. Objectif et portée des partenariats public-privé

33. Il peut être utile que la loi définisse la nature et l'objectif des projets pour lesquels des PPP peuvent être conclus dans le pays. On pourrait notamment définir les diverses catégories de projets en fonction de l'étendue des droits et des obligations assumés par le partenaire privé (par exemple, « construction-exploitation-transfert »),

« construction-propriété-exploitation », « construction-transfert-exploitation » et « construction-transfert ». Toutefois, étant donné la grande diversité des formules susceptibles d'être retenues pour l'investissement privé dans les infrastructures (voir « Introduction et informations générales sur les partenariats public-privé », par. ...), cette approche n'est pas conseillée. La loi pourrait plutôt prévoir, d'une manière générale, la possibilité de conclure des PPP en vue de réaliser des travaux d'infrastructure ou d'assurer certains services publics, d'un type particulier ou non. Elle pourrait préciser que les PPP peuvent impliquer la prestation directe de services publics par le partenaire privé en vertu d'une concession attribuée par l'autorité compétente, ou la gestion et l'exploitation d'une infrastructure utilisée par l'autorité contractante ou un autre organisme gouvernemental afin de fournir des services publics ou d'abriter ses propres activités. Elle pourrait encore préciser que la rémunération du partenaire privé peut prendre la forme d'un droit de facturer l'utilisation de l'ouvrage ou des locaux ou les biens ou services qu'ils génèrent, ou d'autres paiements ou d'une rémunération convenue par les parties. Enfin, il pourrait être utile qu'elle précise en outre que des PPP peuvent être mis en œuvre pour la construction et l'exploitation de nouveaux ouvrages ou de nouveaux réseaux d'ouvrages ou pour la maintenance, la réparation, la remise en état, la modernisation, l'extension et l'exploitation des infrastructures ou des réseaux d'infrastructures existants, ou uniquement pour la gestion et la prestation d'un service public.

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

35. La décision d'accorder ou non des droits d'exclusivité à un projet particulier ou à une catégorie de projets devrait être prise à la lumière de la politique appliquée par le pays hôte au secteur intéressé. Comme on l'a vu plus haut, l'ampleur de la concurrence varie sensiblement selon les secteurs d'infrastructure. Alors que certains secteurs, ou segments de secteurs, ont les caractéristiques de monopoles naturels, auquel cas une concurrence ouverte n'est pas en général une solution de substitution économiquement viable, d'autres ont été ouverts à la concurrence avec succès (voir « Introduction et informations générales sur les partenariats public-privé », par. ...).

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

D. Coordination administrative

[Le Secrétariat propose de déplacer les paragraphes 23 à 29 de la section D du chapitre I vers le projet de chapitre II révisé, qui figure dans le document A/CN.9/939/Add.2.]

E. Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure

[Les paragraphes 35 à 37 (anciens 30 à 32) figuraient dans le chapitre I « Cadre législatif et institutionnel général ». Les ajouts et les modifications sont indiqués dans le texte.]

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

38. La réglementation des services d'infrastructure englobe une vaste gamme de questions générales et sectorielles qui peuvent sensiblement varier en fonction de la réalité sociale, politique, juridique et économique de chaque pays hôte. Si le Guide aborde parfois certaines des principales questions de réglementation apparaissant dans un contexte analogue dans différents secteurs (voir, par exemple, le chapitre IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...), il n'a pas pour objet d'étudier de façon exhaustive les questions juridiques ou de fond liées à la réglementation de divers secteurs d'infrastructure. Le terme « organisme de réglementation » désigne les mécanismes institutionnels nécessaires pour mettre en œuvre et suivre l'application des règles régissant les activités des exploitants d'infrastructures. Étant donné que ces règles laissent souvent une certaine marge de manœuvre, il faut un organe pour les interpréter et les appliquer, veiller à ce qu'elles soient respectées, imposer des sanctions et régler les différends auxquels donne lieu leur application. Les fonctions précises de réglementation et la marge de manœuvre qui est accordée seront déterminées par les règles elles-mêmes, qui peuvent être très variables.

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

[Le Secrétariat ne propose aucune modification de fond pour les paragraphes 33 à 51 de la section E du chapitre I, tels qu'ils figurent dans le Guide législatif, à l'exception des modifications d'ordre terminologique expliquées aux paragraphes 17 à 19 et 31 du document A/CN.9/939. Si ces dernières sont approuvées par la Commission, le Secrétariat les apportera à la version finale du Guide.]

Dispositions générales

Disposition type 1. Principes directeurs en matière de PPP

Option 1

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

CONSIDÉRANT que, à ces fins, il est souhaitable de régler les partenariats public-privé de manière à renforcer la transparence, l'équité, la stabilité et la prévisibilité ; à promouvoir la bonne gestion et 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] ... adopte la loi ci-après :

Option 2

La présente Loi établit les procédures d'approbation, d'attribution et de mise en œuvre des projets de partenariat public-privé, conformément aux principes de transparence, d'équité, de stabilité, de bonne gestion, d'intégrité, d'achèvement, 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 d'infrastructure, en contrepartie de paiements à effectuer par l'autorité contractante ou les usagers de l'ouvrage ;

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 d'infrastructure 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 ;

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 h), peut être chargé d'édicter des règles et règlements régissant la prestation des services prévus

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 PPP relatif à un projet d'infrastructure² ;

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 des règlements régissant l'ouvrage ou la prestation des services prévus³.

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.

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 spécial (voir par. ...).

⁴ Il 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 chap. II « Planification et préparation du projet », par. ...). En outre, pour les pays qui envisagent de fournir un certain type d'appui gouvernemental aux projets d'infrastructure, 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 chap. II « Planification et préparation du projet », par. ...).

⁵ Les 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.

⁶ Il 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.

II. Planification et préparation du projet

A. Remarques générales

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

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

3. Comme l'indique la section B, le cadre juridique des PPP devrait donc exiger – et prévoir – des mécanismes permettant de mener l'examen obligatoire des hypothèses sur lesquelles repose un projet, afin que les autorités compétentes puissent décider en connaissance de cause si un PPP est l'option adéquate pour la mise en place de l'infrastructure ou du service concerné, plutôt que la passation d'un marché, le financement et la gestion par l'État (par. ...). Ces études préliminaires devraient également se pencher sur les principaux risques rencontrés dans les PPP, y compris les solutions contractuelles courantes pour la répartition des risques, et sur le degré de souplesse qui sera nécessaire pour répartir efficacement les risques du projet (voir section C, par. ...). Les paragraphes ... de la section D traitent des aspects institutionnels et administratifs de la préparation et de la coordination des projets. Les paragraphes ... de la section E présentent certaines considérations de politique générale que l'État pourrait souhaiter prendre en compte lorsqu'il examine le niveau de soutien gouvernemental direct susceptible d'être fourni aux projets d'infrastructure, comme le degré d'intérêt public dans l'exécution d'un projet donné et la nécessité d'éviter la prise en charge par le gouvernement de passifs éventuels illimités ou excessifs. Enfin, les paragraphes ... et ... des sections F et G respectivement décrivent les garanties et les mesures de soutien qui peuvent être fournies par les organismes de crédit à l'exportation et les organismes de promotion des investissements.

4. D'autres chapitres du présent Guide traitent d'aspects du régime juridique du pays hôte qui ont un rapport avec l'analyse des crédits et des risques liés à un projet. Le lecteur est invité à se reporter en particulier aux chapitres IV (« Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP »), V (« Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP »), VI (« Règlement des différends ») et VII (« Autres domaines pertinents du droit »). [ancien par. 7, chap. II]

B. Évaluation des projets et options

5. Pour la bonne marche d'un PPP, il est important d'exiger de l'autorité publique concernée qu'elle effectue une étude préliminaire de faisabilité, prenant en compte

notamment des aspects économiques et financiers tels que les retombées économiques attendues, les coûts estimés et les recettes potentielles de l'exploitation de l'ouvrage, ainsi que les impacts économiques, sociaux et environnementaux du projet. Les études réalisées par l'autorité contractante devraient en particulier identifier clairement le produit attendu du projet, donner une justification suffisante de l'investissement, proposer une modalité de participation du secteur privé et indiquer une solution particulière permettant de satisfaire aux exigences concernant le produit. [par. 5 déplacé ici – ancien par. 25 de la section D du chapitre I « Cadre législatif et institutionnel général »]

1. Analyse relative à l'économie et à l'efficacité (« rapport qualité-prix »)

6. L'un des principaux objectifs de tout système de passation de marchés publics, et l'une des principales préoccupations de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics sont de maximiser l'économie et l'efficacité. À cet égard, le Guide pour l'incorporation de la Loi type explique que la notion d'« économie » (souvent appelée « rapport qualité-prix » ou « meilleur rapport qualité-prix ») désigne un rapport optimal entre le prix payé et d'autres facteurs, dont la qualité de l'objet du marché, et présuppose que les besoins de l'acheteur public sont effectivement satisfaits. Le terme « efficacité » désigne le rapport de proportionnalité entre la valeur du marché, le coût de l'opération et le temps consacré à l'administration de chaque procédure de passation. Il suppose également que le coût du système de passation des marchés dans son ensemble soit proportionnel à la valeur de l'ensemble des marchés passés au moyen de ce système.

7. L'économie et l'efficacité sont des préoccupations qui se situent au cœur de tous les projets de PPP. Certains projets peuvent relever du droit général des marchés publics, en particulier lorsque l'autorité contractante s'engage à effectuer des règlements directs au partenaire privé. D'autres types de projets ne nécessitent aucun décaissement de fonds publics pour payer le partenaire du projet et l'autorité contractante peut jouer, en tant que gestionnaire de projet global, un rôle très différent de celui du Gouvernement dans les marchés publics traditionnels. Cela signifie que, s'agissant de PPP, les notions d'économie et d'efficacité (ou de « rapport qualité-prix ») revêtent un sens plus large que dans le strict contexte des marchés publics.

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

9. De manière générale, l'évaluation devrait comprendre une analyse quantitative et qualitative des coûts, des avantages et de la qualité du projet qui démontre de façon concluante que la réalisation du projet en tant que PPP est la meilleure option disponible. Un PPP ne devrait être considéré comme offrant un bon rapport qualité-prix que si la mise en œuvre du projet sous cette forme permet d'obtenir une meilleure qualité à moindre coût que tout autre arrangement ou méthode qui permettrait de le mener à bien ou d'obtenir un résultat comparable. Il peut même être utile de refaire l'évaluation après la procédure d'appel d'offres afin d'assurer une cohérence totale de la méthode de calcul et des résultats (voir chap. III « Attribution du contrat », par. ...).

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

11. La méthodologie de l'évaluation du « rapport qualité-prix » et la liste exacte des facteurs à prendre en compte peuvent varier en fonction de la nature du projet et évoluer dans le temps. Lorsqu'il existe une autorité centrale d'approbation ou un organisme de coordination ou de conseil (voir sect.), le pays hôte pourrait envisager de mettre en place des structures spécialisées pour examiner périodiquement ou systématiquement la méthodologie utilisée et fixer des paramètres appropriés à cet effet. Il convient toutefois de noter que l'utilité et l'exactitude de l'évaluation dépendent de la disponibilité de comparateurs du secteur public (qui peut être limitée dans les pays ayant peu d'expérience en matière de PPP ou de pratiques de comptabilité et de gestion administratives avancées, comme certains pays en développement) et de leur fiabilité. En outre, certaines autorités publiques pourraient être incapables d'analyser précisément le « rapport qualité-prix », faute de données complètes ou en nombre suffisant pour entreprendre l'évaluation. De plus, l'efficacité de l'entité gouvernementale devant servir de comparateur du secteur public aurait une incidence importante sur les coûts du projet, et l'autorité contractante peut ne pas avoir les capacités voulues pour prendre en compte adéquatement les performances du secteur public dans le cadre d'une analyse comparative. Ces limites potentielles soulignent l'importance de veiller à ce que l'autorité contractante ou les autres organismes chargés de la planification des PPP disposent des ressources humaines et techniques nécessaires pour mener à bien cette évaluation. Le Gouvernement sera également bien avisé de se tenir au courant des normes et directives internationales en vigueur applicable à l'évaluation des rapports qualité-prix¹.

12. La structure de financement de la plupart des projets de PPP impose plus encore de disposer d'une confirmation précise et réaliste de l'étude de viabilité du projet. Autrefois, le financement d'un projet d'infrastructure par l'emprunt se faisait en sollicitant des crédits auprès des promoteurs du projet, d'organismes de crédit à l'exportation multilatéraux et nationaux, des pouvoirs publics et d'autres tiers. Ces dernières années, ces sources traditionnelles n'ont pas été en mesure de faire face aux besoins croissants de capitaux pour les infrastructures et de fait, le financement des PPP correspond de plus en plus fréquemment à un financement de projet. [*ancien par. 2, chap. II*]

13. Le financement de projet comme mode de financement vise à établir la solvabilité propre de la société de projet avant même le début des travaux de construction ou la génération de recettes, et à emprunter en se fondant sur cette solvabilité. Des commentateurs ont fait observer que le financement de projet pouvait

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

être un moyen de mobiliser la masse de capitaux virtuellement disponibles sur les marchés financiers pour les investir dans les infrastructures. Toutefois, d'un point de vue financier, ce type de financement présente des caractéristiques particulières et contraignantes. La plus importante est que, dans une structure de ce type, le remboursement des parties au financement dépend essentiellement des actifs et des flux de trésorerie de la société de projet. Si le projet échoue, les parties n'auront aucun recours, ou un recours limité, pour se faire rembourser sur les fonds d'un promoteur du projet ou d'un autre tiers (voir aussi « Introduction et informations générales sur les partenariats public-privé », par. 54 et 55). [*ancien par. 3, chap. II*]

14. La méthodologie financière qui sous-tend le financement de projet exige une projection précise des dépenses d'investissement, recettes et coûts, frais, taxes et engagements liés au projet. Pour prévoir ces montants avec précision et certitude, et pour créer un modèle financier pour le projet, il est généralement nécessaire de partir d'une « hypothèse de base » pour les recettes, coûts et frais de la société de projet, couvrant une longue période – souvent 20 ans ou plus –, afin de déterminer le montant des emprunts et des fonds propres que l'on peut envisager. La détermination et la quantification des risques sont deux éléments fondamentaux de cette analyse. C'est pourquoi la détermination, l'évaluation, la répartition et l'atténuation des risques sont, d'un point de vue financier, au cœur même de ce type de financement. [*ancien par. 4, chap. II*] En effet, la répartition des risques est fondamentale pour tous les PPP, et il faut absolument, avant de rédiger un contrat, parfaitement comprendre les arrangements en la matière. La bonne application des principes de répartition des risques détermine si un projet de PPP donné sera susceptible d'attirer des financements et s'il sera viable tout au long de son cycle de vie. (Une présentation succincte des risques les plus courants dans les PPP et un examen général de la répartition des risques sont présentés aux par. ... de la section B.)

2. Évaluation des risques fiscaux

15. S'il importe d'exiger une confirmation précise et réaliste de l'analyse de rentabilisation du projet avant de lancer la mise en œuvre d'un projet de PPP, c'est aussi pour éviter que le secteur public encoure des coûts inattendus (« risque budgétaire »). Dans de nombreux pays, des projets d'investissement ont été réalisés sous forme de PPP non pas pour des raisons d'efficacité, mais pour contourner les contraintes budgétaires et reporter l'enregistrement des coûts fiscaux liés à la fourniture de services d'infrastructure. C'est ainsi que certains gouvernements ont réalisé des projets qui ne pouvaient pas être financés dans le cadre de leur budget ou qui exposaient les finances publiques à des risques budgétaires excessifs. Il est donc souhaitable que l'autorité contractante ou toute entité centrale ayant la responsabilité globale de la politique en matière de PPP (voir ci-dessous, par. ...) évalue à ce stade précoce les coûts et les risques fiscaux potentiels découlant d'un projet de PPP envisagé, si cette évaluation ne faisait pas déjà partie intégrante de l'analyse obligatoire du « rapport qualité-prix » (voir par. ...). Afin de bien estimer les résultats attendus et les implications budgétaires du projet tout au long de son cycle de vie, l'évaluation doit prendre en compte au moins quatre des variables principales des projets de PPP :

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

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

c) *Qui, au bout du compte, assure le paiement de l'infrastructure ?* La structure de financement du projet (c'est-à-dire les réponses aux questions de savoir : si l'administration assure le paiement de l'ouvrage ou du système en utilisant des

fonds publics ; si le partenaire privé perçoit des redevances directement auprès des utilisateurs de l'ouvrage ou du système ; ou si le montage fait intervenir des éléments des deux structures) est déterminante pour ce qui est d'estimer l'incidence du projet sur les principaux agrégats budgétaires ;

d) *L'administration fournit-elle un appui supplémentaire au projet ?*
L'administration peut financer directement les projets de PPP, mais elle peut aussi les appuyer de diverses manières, notamment par l'apport de garanties, de fonds propres, ou d'avantages fiscaux et douaniers (voir ci-dessous, par. ...). Il est fondamental d'effectuer dès l'abord une telle estimation des incidences budgétaires de l'éventuel appui que l'administration pourrait apporter à un projet de PPP, afin d'éviter l'exposition du secteur public à des responsabilités limitées et de garantir un engagement à long terme des ressources publiques qui favorise la viabilité de la stratégie et des politiques nationales de mise en place d'infrastructures.

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

3. Évaluation des incidences économiques et sociales

17. L'analyse du rapport qualité-prix vise à permettre aux autorités compétentes de prendre une décision préliminaire éclairée sur la question de savoir si un PPP est une option efficace et économiquement justifiable face à d'autres modalités de réalisation d'un projet donné par la passation de marchés publics. Le fait que les résultats de l'analyse du rapport qualité-prix relative à un projet proposé soient négatifs ne signifie pas nécessairement que le projet en tant que tel n'est pas réalisable, mais l'autorité contractante devrait dès lors envisager d'autres options plus abordables qu'un PPP. De même, le fait qu'un projet proposé présente un bon rapport qualité-prix ne signifie pas nécessairement qu'il devrait être réalisé par le biais d'un PPP. L'administration concernée doit être convaincue que le projet répond à l'ensemble de ses besoins et stratégies en matière d'infrastructures et de mise en place de services publics (voir chap. I...), ainsi qu'à ses politiques économiques et sociales, en tenant dûment compte des engagements pris pour atteindre ses objectifs en matière de développement durable.

18. En effet, pour aussi essentielle qu'elle soit, l'analyse du rapport qualité-prix met l'accent sur des paramètres monétairement quantifiables de la bonne gouvernance dans la mise en œuvre d'infrastructures et de services publics. Afin d'évaluer pleinement aussi bien les avantages que les risques potentiels d'un PPP, l'administration devrait envisager de procéder à une autre évaluation du projet. Premièrement, d'un point de vue purement financier, les autorités concernées pourraient souhaiter calculer, outre les flux de trésorerie, l'incidence de la disponibilité de l'infrastructure concernée et le rendement de l'investissement. Deuxièmement, les projets de PPP étant par nature très importants pour le public pour ce qui est de leur taille et des services rendus, l'impact social du projet devrait être abordé par l'autorité publique au cours de la phase préparatoire. Il est particulièrement

² <http://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/#5>.

important que le gouvernement examine la conformité du projet (qu'il soit réalisé ou non sous forme de PPP) aux objectifs de développement durable des Nations Unies pertinents. En général, il est recommandé d'évaluer au stade de la planification la viabilité du projet et ses impacts environnementaux, économiques et sociaux. Du point de vue de la bonne gouvernance et de la transparence, il est en outre souhaitable à ce stade de prendre en considération les intérêts des partenaires non commerciaux et des parties prenantes – éventuellement par le biais d'un mécanisme de consultation adéquat – afin d'encourager le public à soutenir le projet et de réduire le risque de contestations ou même de litiges ultérieurement.

4. La question de l'exclusivité

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

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

C. Risques de projet et leur répartition

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

[*Le Secrétariat ne propose aucune grande modification de fond pour les paragraphes 8 à 29 de la section B du chapitre II tels qu'ils figurent dans le Guide législatif, à l'exception des modifications terminologiques expliquées aux paragraphes 17 à 19 et 31 du document A/CN.9/939. Si ces dernières sont approuvées par la Commission, le Secrétariat les apportera à la version finale du Guide.*]

D. Coordination administrative

[Les paragraphes 22 à 24 et 29 à 31, qui figuraient dans la section D du chapitre I « Cadre législatif et institutionnel général », ont été placés dans la présente section. Les ajouts et les modifications sont indiqués dans le texte.]

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

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

1. Coordination des mesures préparatoires

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

2. Préparatifs en vue de la sélection du partenaire privé

25. Le choix du meilleur partenaire privé (celui qui sera à même de mettre en œuvre le projet en répondant pleinement aux attentes de l'autorité contractante) joue un rôle fondamental pour la réussite du projet. C'est pourquoi l'autorité contractante doit s'attacher le plus tôt possible à préparer une procédure de sélection appropriée pour assurer ce résultat (voir chap. III « Attribution du contrat »). À l'instar de la plupart des lois modernes dans ce domaine, la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics laisse de manière générale à l'entité adjudicatrice la latitude de déterminer le meilleur rapport qualité-prix pour chaque passation de marché et de

conduire la procédure de passation d'une manière permettant de l'obtenir. Plus précisément, conformément à cette Loi type, l'entité adjudicatrice jouit d'une grande liberté pour décider de ce qu'elle achète et déterminer ce qui sera jugé conforme à ses besoins (art. 10), qui peut participer et à quelles conditions (art. 9, 18 et 49) et les critères qui seront appliqués pour sélectionner la soumission à retenir (art. 11). Ce niveau de souplesse est également souhaitable s'agissant de sélectionner un partenaire privé pour réaliser un projet de PPP.

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

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

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

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

29. La législation peut jouer un rôle utile en facilitant la délivrance des licences et des permis qui peuvent être nécessaires dans le cours d'un projet (par exemple, autorisations dans le cadre de la réglementation des changes ; licences pour l'enregistrement du partenaire privé ; autorisations d'employer des étrangers ; droits

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

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

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

E. Appui des pouvoirs publics

[Le Secrétariat ne propose aucune grande modification de fond pour les paragraphes 30 à 60 de la section C du chapitre II tels qu'ils figurent dans le Guide législatif, à l'exception des modifications terminologiques expliquées aux paragraphes 17 à 19 et 31 du document A/CN.9/939. Si ces dernières sont approuvées par la Commission, le Secrétariat les apportera à la version finale du Guide.]

F. Garanties accordées par des institutions financières internationales

[Le Secrétariat ne propose aucune grande modification de fond aux paragraphes 61 à 71 de la section C du chapitre II tels qu'ils figurent dans le Guide législatif, à l'exception des modifications terminologiques expliquées aux paragraphes 17 à 19]

et 31 du document A/CN.9/939. Si ces dernières sont approuvées par la Commission, le Secrétariat les apportera à la version finale du Guide.]

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

[Le Secrétariat ne propose aucune grande modification de fond aux paragraphes 72 à 74 de la section C du chapitre II tels qu'ils figurent dans le Guide législatif, à l'exception des modifications terminologiques expliquées aux paragraphes 17 à 19 et 31 du document A/CN.9/939. Si ces dernières sont approuvées par la Commission, le Secrétariat les apportera à la version finale du Guide.]

Dispositions législatives types

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].
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 les 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 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 la mise en œuvre des projets de PPP conformément aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à la construction et à l'exploitation d'ouvrages du type proposé.