



**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Colloque international sur  
les partenariats public-privé  
Vienne, 3 et 4 mars 2014

**Travaux futurs possibles dans le domaine des partenariats  
public-privé**

**Document de travail – Première partie**

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction .....	1	3
A. Historique .....	2-6	3
B. Études et consultations menées entre la session de la Commission en 2013 et la date du Colloque .....	7	4
II. Recommandations au Colloque émanant des consultations et études menées depuis la session de la Commission en 2013 .....	8-23	4
III. Principales questions à examiner pour poursuivre les travaux sur les partenariats public-privé .....	24-92	9
A. Portée d'éventuels textes législatifs futurs sur les partenariats public-privé. . . .	24-42	9
B. Principales questions à traiter dans un texte législatif sur les partenariats public-privé. . . . .	43-92	13
1. Le cadre juridique et réglementaire .....	47-92	14
i. Le cadre institutionnel. . . . .	47-52	14
ii. Partenariats public-privé transfrontaliers. . . . .	53-56	16
iii. Gouvernance et responsabilité sociale .....	57-63	17
iv. Questions liées au financement et à l'investissement. . . . .	64-70	19



v.	Partenariat public-privé avec de petits opérateurs .....	71-76	20
vi.	Assurer la cohérence entre les lois sur les partenariats public-privé et d'autres lois .....	77-92	21
	a) Mesures sur l'intégrité et la lutte contre la corruption .....	81-86	22
	b) Conflits d'intérêts .....	87-92	24

## I. Introduction

1. Le colloque sur les travaux futurs possibles dans le domaine des partenariats public-privé est organisé comme suite à une proposition faite par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la Commission ou CNUDCI) à sa quarante-sixième session en 2013<sup>1</sup>. Il a pour objectif de formuler, à l'intention de la Commission, à sa prochaine session, des recommandations sur les travaux futurs possibles dans le domaine des partenariats public-privé. Le présent document est fourni aux participants pour les aider dans leurs délibérations.

### A. Historique

2. À sa session de 2013, la Commission a examiné le rapport d'un précédent colloque sur les travaux futurs possibles dans le domaine des partenariats public-privé (le "Colloque de 2013")<sup>2</sup>.

3. Le Colloque de 2013 a estimé que ni les textes de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (les "instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé")<sup>3</sup> ni d'autres textes internationaux sur les partenariats public-privé ne pouvaient être considérés comme une norme de facto ou un modèle que les États pouvaient utiliser pour la réforme juridique portant sur les partenariats public-privé. La Commission, après avoir été informée du recours large aux instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé ainsi que de l'évolution des partenariats public-privé depuis leur apparition, a conclu que ces derniers se prêtaient clairement à une harmonisation et à l'élaboration consensuelle d'un texte législatif. Elle a toutefois noté qu'il serait peut-être nécessaire d'actualiser et de réviser les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé, compte tenu de l'évolution du marché des partenariats public-privé, et que les principaux éléments d'un texte législatif en la matière – s'inspirant largement de ces instruments – faisaient l'objet d'un consensus<sup>4</sup>.

4. La Commission a toutefois considéré que des travaux préparatoires supplémentaires seraient nécessaires pour définir la portée du mandat d'élaboration d'un texte législatif qui serait confié à un Groupe de travail. En particulier, elle a constaté:

a) De grandes variations entre les textes nationaux existants en termes de terminologie, de portée et de contenu; et

<sup>1</sup> Voir rapport de la Commission, A/68/17, par. 331.

<sup>2</sup> Rapport du Colloque international de la CNUDCI sur les partenariats public-privé (Vienne, 2-3 mai 2013), document A/CN.9/779: les conclusions sont résumées aux paragraphes 73 à 85 (disponible à l'adresse: [www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html)). Pour des raisons d'espace, le présent document ne renvoie pas à certains paragraphes du rapport.

<sup>3</sup> Le Guide législatif de la CNUDCI (et Recommandations concernant la législation) ainsi que les Dispositions législatives types sur les projets d'infrastructure à financement privé sont disponibles à l'adresse: [www.uncitral.org/uncitral/texts/procurement\\_infrastructure.html](http://www.uncitral.org/uncitral/texts/procurement_infrastructure.html).

<sup>4</sup> Rapport de la Commission, *supra*, par. 329.

b) Certaines divergences de vues quant à savoir s'il fallait élaborer une loi type ou un autre type de texte législatif sur les partenariats public-privé.

5. L'une des questions centrales pour le Colloque est donc de préciser la portée de tout mandat recommandé pour élaborer un texte législatif futur. Cette précision est indispensable pour montrer à la Commission que le moment serait venu de soumettre à un groupe de travail les travaux d'élaboration d'un texte législatif dans le domaine des partenariats public-privé<sup>5</sup>.

6. Le Colloque souhaitera peut-être noter que la Commission n'examinera pas s'il conviendrait de confier un tel mandat à un seul groupe de travail; toutes les propositions d'élaboration de textes législatifs futurs prévus et possibles seront examinées ensemble afin de permettre à la Commission de décider quels seront les points prioritaires. Le Colloque souhaitera donc peut-être faire des observations sur l'importance que revêtent pour la CNUDCI les travaux sur les partenariats public-privé. On trouvera dans la deuxième partie du présent document des réflexions pertinentes sur ce sujet.

## **B. Études et consultations menées entre la session de la Commission en 2013 et la date du Colloque**

7. La Commission a chargé le Secrétariat d'organiser les travaux préparatoires évoqués plus haut par le biais d'études, de consultations avec des experts et d'un Colloque. Conformément à cette mission, les travaux sont, dans la mesure du possible, inclusifs, transparents et multilingues et prennent en compte l'expérience de toutes les régions, y compris des secteurs public et privé<sup>6</sup>. Les résultats des activités y relatives sont présentés ci-dessous.

## **II. Recommandations au Colloque émanant des consultations et études menées depuis la session de la Commission en 2013**

8. Les variations constatées dans les législations existantes en matière de partenariats public-privé et signalées au Colloque de 2013<sup>7</sup> étaient fondées sur des travaux de recherche et des données d'expérience des participants. Si ces variations ne faisaient généralement pas de doute, il a été convenu au début des consultations qu'une enquête systématique devrait être réalisée pour obtenir plus d'informations sur les lois nationales en matière de partenariats public-privé. Ainsi, les recommandations sur la portée d'un texte législatif en la matière reposeraient sur une base pratique suffisante.

---

<sup>5</sup> Tant la portée d'un texte futur sur les partenariats public-privé que les questions de politique générale à débattre doivent être claires. La Commission est convaincue que les partenariats public-privé se prêtent clairement à une harmonisation et à l'élaboration consensuelle d'un texte législatif, qu'un tel texte contribuerait à l'amélioration du droit commercial international et que les travaux proposés ne feraient pas double emploi avec ceux entrepris par d'autres organismes s'occupant de réforme du droit. *Ibid.*, par. 328 et 329.

<sup>6</sup> Rapport de la Commission, *supra*, par. 330.

<sup>7</sup> Voir par exemple le document de travail du Colloque de 2013, par. 13, publié sous la cote A/CN.9/782, disponible à l'adresse: [www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013.html), ainsi que les rapports et documents cités.

9. Par conséquent, le Secrétariat, des experts volontaires et des consultants ont réalisé des études approfondies sur les lois en vigueur en matière de partenariats public-privé pour évaluer dans quelle mesure ces lois reflétaient les principaux sujets traités dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé. Ces études ont consisté notamment en l'examen des lois et réglementations de 58 pays dans le domaine des partenariats public-privé ou autre domaine pertinent aux niveaux national et infranational. Le choix des pays devait refléter la diversité tant au niveau régional qu'au niveau du développement économique et des traditions juridiques. Dans la mesure où il couvre un nombre considérable de législations en matière de partenariats public-privé au niveau mondial, cet examen peut être considéré comme représentatif.

10. Lors du Colloque de 2013, il a été observé que la portée des Dispositions législatives types et des Recommandations concernant la législation était plus restreinte que celle du Guide législatif<sup>8</sup>. Les études ont donc permis de mettre en évidence des lois en vigueur en matière de partenariats public-privé, dont certains éléments allaient au-delà des Dispositions législatives types et des Recommandations concernant la législation, et certaines dispositions au-delà de l'ensemble des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé.

**Tableau 1: Liste des pays étudiés**

Afrique du Sud	Égypte	Macédoine	Porto Rico
Albanie	Espagne	Malaisie	République centrafricaine
Angola	États-Unis d'Amérique	Malawi	République de Corée
Argentine	Fédération de Russie	Maroc	République tchèque
Australie	Fiji	Maurice	Roumanie
Bénin	France	Mexique	Sénégal
Bésil	Guinée	Mongolie	Serbie
Bulgarie	Jamaïque	Mozambique	Singapour
Burkina Faso	Jordanie	Niger	Sri Lanka
Cambodge	Kazakhstan	Nigéria	Tanzanie
Cameroun	Kenya	Ouganda	Tunisie
Chili	Kirghizistan	Paraguay	Viet Nam
Colombie	Kosovo	Pérou	Zambie
Côte d'Ivoire	Lettonie	Philippines	
Croatie	Lituanie	Pologne	

11. L'analyse des législations de chaque pays en matière de partenariats public-privé a été réalisée à trois niveaux:

<sup>8</sup> Voir le rapport de la troisième session de l'Équipe de spécialistes des partenariats public-privé, Simmons and Simmons, disponible à l'adresse: [www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013-papers.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/public-private-partnerships-2013-papers.html).

a) Le principal sujet traité dans le Guide législatif est-il reflété dans la législation nationale (oui/non);

b) Les Recommandations concernant la législation ayant trait au sujet sont-elles appliquées (oui/partiellement/non);

c) Les Dispositions législatives types sont-elles appliquées (oui/partiellement/non)?

12. On s'est également demandé si les législations nationales contenaient d'autres dispositions que celles traitées dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé.

13. Les consultants présenteront au Colloque leurs conclusions détaillées, qui sont résumées ci-après.

14. Les consultants ont indiqué que les législations nationales analysées reflétaient, pour une part relativement importante, les principaux sujets traités dans le Guide législatif, mais que les Recommandations concernant la législation étaient beaucoup moins suivies.

15. En ce qui concerne les principaux sujets traités aux sections I à VI du Guide législatif, les consultants ont également indiqué ce qui suit:

“a) En résumé, les principaux sujets traités aux sections I à VI du Guide législatif étaient reflétés dans 59 % des législations nationales en moyenne, entre 79 % pour la section I (Cadre législatif et institutionnel général) et 33 % pour la section VI (Règlement des différends);

b) S'agissant de la section III (Sélection du concessionnaire) et de la section IV (Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet), qui représentent 66 % des Recommandations concernant la législation, les principaux sujets étaient reflétés en moyenne dans 63 et 66 % des législations nationales respectivement;

c) S'agissant des Recommandations concernant la législation, notamment lorsque les principaux sujets de la section étaient reflétés dans les législations nationales, en moyenne 58 % des législations nationales appliquaient leurs dispositions connexes, 36 % les appliquaient partiellement et 6 % de l'échantillon qui traitait les principaux sujets ne les appliquaient pas;

d) Sur la base de l'échantillon de 58 pays:

i) En moyenne, 36 % appliquaient les Recommandations concernant la législation;

ii) 23 % appliquaient partiellement les Recommandations concernant la législation;

iii) 41 % n'appliquaient pas les Recommandations concernant la législation;

e) S'agissant de la section III (Sélection du concessionnaire) et de la section IV (Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet) qui représentent 66 % des Recommandations concernant la législation:

i) Section III: 33 % des Recommandations concernant la législation étaient appliquées et 27 % l'étaient partiellement mais 40 % de l'échantillon ne les appliquaient pas pleinement;

ii) Section IV: 27 % des Recommandations concernant la législation étaient appliquées et 34 % l'étaient partiellement mais 38 % de l'échantillon ne les appliquaient pas pleinement;

f) S'agissant de la section VI (Règlement des différends), 25 % des Recommandations concernant la législation étaient appliquées et 7 % l'étaient partiellement mais 68 % de l'échantillon ne les appliquaient pas pleinement.”

16. Les principaux sujets pour lesquels les consultants ont indiqué une non-application importante des Recommandations concernant la législation étaient les suivants:

a) Cadre législatif et institutionnel général: les deux-tiers des pays examinés ne reflétaient pas les Recommandations concernant la législation sur la fonction de réglementation des services d'infrastructures;

b) Risques de projet et appui des pouvoirs publics: plus de la moitié des pays examinés reflétaient intégralement ou partiellement les Recommandations concernant la législation dans l'ensemble, mais seulement 28 % des législations nationales sur les partenariats public-privé comprenaient des dispositions juridiques sur les garanties fournies par les institutions financières internationales et les agences de crédits à l'exportation et de promotion des investissements, pour lesquelles il n'existe aucune Recommandation concernant la législation mais des orientations dans le Guide législatif;

c) Sélection du concessionnaire (37 % du nombre total de Recommandations concernant la législation): si les principales dispositions relatives à la méthode de sélection contenues dans les Recommandations concernant la législation étaient appliquées ou partiellement reflétées dans une bonne partie des pays examinés, la majorité ne reflétait pas les Recommandations concernant la législation relatives aux procédures de sélection, d'attribution et de recours. En outre, exactement la moitié ne reflétait pas les dispositions des Recommandations concernant la législation relatives à l'attribution sans recours à une procédure de partenariats public-privé, et seulement 52 % appliquaient intégralement ou partiellement les dispositions relatives aux propositions spontanées;

d) Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet: la majorité ne reflétait pas les Recommandations concernant la législation relatives aux sûretés, à la cession, au transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet et aux travaux de construction;

e) Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet: on a observé un niveau élevé d'application dans ce domaine, bien que 45 % des pays examinés n'aient pas appliqué les Recommandations concernant la législation relatives aux conséquences de l'expiration ou de la résiliation de l'accord de projet;

f) Règlement des différends: cette section était la moins couverte dans les pays examinés, en particulier dans le cas de différends autres que ceux survenant entre l'autorité contractante et le concessionnaire.

17. Cette tendance est également largement ressortie de la couverture des dispositions législatives types dans les législations nationales. Une fois encore, le niveau d'application le moins élevé concernait le règlement des différends.

18. Ayant déjà signalé que, pour ce sujet, une révision des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé s'imposait, les consultants ont également examiné séparément les dispositions relatives au règlement des différends, en passant en revue les lois nationales du Kirghizistan, de l'Égypte, du Kenya et de la Mongolie, les quatorze sections nationales de la PLC (Practical Law Company) sur les procédures de recours<sup>9</sup>, les lignes directrices sur les partenariats public-privé de la Malaisie ainsi que les documents relatifs aux partenariats public-privé en Australie, Inde, Japon, Fédération de Russie, Turquie et Maroc. On trouvera ci-dessous un résumé de leurs conclusions:

a) Le régime des procédures de recours dans le contexte spécifique des contrats sur les partenariats public-privé est limité, mais en général les règles relatives aux aspects des partenariats public-privé qui concernent la passation des marchés publics s'appliquent. À cet égard, les lois des 14 pays ci-après sont globalement conformes aux procédures de recours prévues au chapitre III du Guide législatif: Afrique du Sud, Allemagne, Brésil, Canada (l'arbitrage peut également être la forme retenue pour régler des différends), Chine (en général la loi sur la passation de marchés ne s'applique ni aux partenariats public-privé ni aux concessions), États-Unis d'Amérique, France, Italie, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suisse, et Ukraine;

b) Ces législations nationales ne couvrent pas le règlement de différends entre prestataires de services, ni d'autres différends commerciaux (les différends entre promoteurs de projet ou entre le concessionnaire et ses prêteurs, sous-traitants, fournisseurs et les différends impliquant les clients ou usagers des ouvrages).

19. Si les principaux sujets indiqués par les consultants figurent dans les législations nationales, ils sont absents des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé ou traités différemment ou moins en détail que dans ces textes, ce qui confirme largement les conclusions du Colloque de 2013. La première conclusion était que, si les projets d'infrastructure à financement privé sont une base solide pour la réforme juridique des partenariats public-privé, certains aspects de ces instruments doivent être actualisés et révisés, par exemple la prestation de services, les propositions spontanées, certains aspects des risques de projet et de l'appui des pouvoirs publics, certains aspects de la procédure de sélection, certains aspects de la gestion des contrats et de l'exécution des projets et les mécanismes de règlement des différends.

20. Deuxièmement, il semble que les questions qui n'ont débouché précédemment sur aucune solution politique acceptée fassent de plus en plus l'objet d'un consensus. Il s'agit notamment de la gouvernance et de la responsabilité sociale, de la lutte contre la fraude et la corruption, des conflits d'intérêts, de l'interaction entre les partenariats public-privé et d'autres lois.

21. Troisièmement, la division entre les divers instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé, et le fait que certaines questions sont couvertes

---

<sup>9</sup> <http://us.practicallaw.com/>.

dans plusieurs parties de ces instruments, indiquent qu'une nouvelle présentation des orientations et des dispositions les rendrait plus lisibles. Il s'agit notamment des références à d'autres lois pertinentes et à des questions liées au financement et à l'investissement.

22. Depuis la session de la Commission, le Secrétariat a également tenu des consultations avec des experts et des organismes s'occupant de la réforme des partenariats public-privé, par le biais d'échange de documents, de téléconférences et réunions en personne, afin de compléter l'étude susdécrite avec les avis de ces experts et organismes.

23. Dans l'ensemble, les consultations ont permis d'identifier une série de questions qui appellent un examen particulier en tant qu'éléments clefs justifiant une révision des textes des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé. La section suivante examine par conséquent chacun des sujets concernés.

### **III. Principales questions à examiner pour poursuivre les travaux sur les partenariats public-privé**

#### **A. Portée d'éventuels textes législatifs futurs sur les partenariats public-privé**

24. Une question initiale traitée lors des consultations était la portée d'éventuels textes législatifs futurs. Le Guide législatif propose plusieurs types de concessions à réglementer<sup>10</sup>, mais aucun instrument sur les projets d'infrastructure à financement privé ne traite de la portée d'une loi d'habilitation en tant que telle.

25. Cette question est plus complexe qu'il n'y paraît à première vue, en partie parce qu'il n'y a pas de définition universelle des partenariats public-privé. Au Colloque de 2013, on a noté que le type de partenariats public-privé le plus courant était traditionnellement le projet d'infrastructure qui comprend la prestation des services connexes au public par le secteur privé ("partenariats public-privé relatif à l'infrastructure et aux services"), dans le cadre duquel l'exploitant est payé au titre d'une concession. Telle est l'approche adoptée par les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé. Toutefois, comme cela a également été indiqué, les partenariats public-privé incluent aujourd'hui le développement d'infrastructures incorporelles comprenant la prestation de services, la prestation privée de services publics sans développement d'infrastructures, et autres arrangements contractuels (partenariats, alliances, partenariats public-privé institutionnels parfois, baux de longue durée, contrat de crédit-bail et de gestion)<sup>11</sup>. L'éventail des services concernés va du simple au complexe: en ce qui concerne les partenariats public-privé du secteur de la santé par exemple, les services comprennent des services cliniques mais aussi des prestations plus courantes telles que le ménage et la restauration.

26. Il existe une autre variante de partenariats public-privé, à savoir lorsqu'un concessionnaire fournit ce qui est généralement considéré comme un service public

<sup>10</sup> Voir chapitre I, section C.2, en particulier par. 19.

<sup>11</sup> Voir Document de travail du Colloque de 2013, *supra*, par. 11 et 12, 17 et 18, les rapports et documents qui y sont mentionnés et le rapport du Colloque de 2013.

mais qui n'était pas disponible auparavant. Dans ce cas, les autorités peuvent chercher par la suite à réglementer la prestation de ce service et à coopérer à cet égard. Ont été cités en exemples les services de gestion de l'eau et des déchets en Afrique francophone et les services de santé indiqués plus haut.

27. Le Secrétariat a également été informé que le financement privé du développement d'infrastructures (sans prestation de services connexes) devenait de plus en plus fréquent dans des pays comme les Émirats arabes unis, la France, le Maroc, le Qatar, la Tunisie et la Turquie.

28. Les études révèlent sans surprise que les législations sont très variées, tant dans leur forme que dans leur portée. Certains États, qui ont des législations sur la passation de marchés publics et les concessions, mais aucune sur d'autres formes de partenariats public-privé. D'autres législations couvriraient plusieurs formes de partenariats public-privé, le crédit-bail et la vente de biens publics ainsi que la cession dans leur législation sur la passation de marchés publics, même si, en règle générale, les privatisations sont régies par les législations d'habilitation de projets.

29. En outre, la portée des textes internationaux existants sur les partenariats public-privé ou présentant un intérêt pour ces partenariats varie: "les essentiels de l'OCDE"<sup>12</sup> comprennent les concessions de ressources naturelles (absentes des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé). Les consultants signalent qu'au Kenya, au Kosovo et au Kirghizistan la loi exclut les projets relatifs aux ressources naturelles.

30. Au Colloque de 2013, on a estimé que la CNUDCI devrait examiner de nouveaux types de partenariats public-privé qui n'entrent pas dans la portée actuelle des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé. Toutefois, la majorité des experts consultés indiquent que l'écrasante majorité des partenariats public-privé pour les utilisateurs les plus probables d'un texte législatif (les pays en développement et les pays en transition) seraient des partenariats public-privé relatifs à l'infrastructure et aux services, et qu'environ 20 % des questions que soulèvent ces projets posent 80 % des problèmes qui entravent l'efficacité des partenariats public-privé.

31. Les principales caractéristiques des partenariats public-privé relatifs à l'infrastructure et aux services sont la construction et l'exploitation de l'infrastructure et la prestation des services publics connexes par le secteur privé. Ces éléments mettent l'accent sur la prestation de services et le financement privés, ce qui implique un changement d'approche des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé, qui ne traitent pas en détail la prestation de services<sup>13</sup>.

32. Toutefois, la notion de partenariats public-privé relatifs à l'infrastructure et aux services laisse subsister de nombreuses zones d'incertitudes. Premièrement, les projets d'infrastructure sans services connexes pourraient être traités en pratique en renvoyant uniquement aux sections relatives aux infrastructures. Cependant, il existe d'importantes différences par rapport aux projets traités dans les instruments

<sup>12</sup> Disponible à l'adresse suivante: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/oecd-basic-elements-law-concession-agreements>.

<sup>13</sup> Voir par exemple, chapitre IV du Guide législatif, page 129, recommandation 53, et disposition législative type 28 h).

sur les projets d'infrastructure à financement privé, qui portent essentiellement sur le financement de projets en tant que principal mécanisme financier. L'investissement privé est remboursé par le flux de revenus généré dans le cadre d'une concession pour l'exploitation d'un ouvrage<sup>14</sup>. Sans prestation de services, le remboursement de l'investissement privé doit provenir de l'autorité contractante, et non des usagers. Ce type de partenariats public-privé est souvent appelé "partenariats public-privé à paiement public" ou "initiative de financement privé/partenariats public-privé"<sup>15</sup>. En outre, il peut y avoir des contrats mixtes.

33. Si le Colloque considère que les partenariats public-privé à paiement public devraient être entièrement ou partiellement inclus dans un texte législatif futur, il voudra peut-être indiquer les questions supplémentaires qui pourraient se poser, comme la question de savoir quelle loi régira ces transactions (ces dernières relèveront-elles du droit des marchés publics?)<sup>16</sup>. Quelques implications contractuelles et autres sont traitées dans la section ci-après sur les questions liées au financement et à l'investissement et dans la section sur les dispositions législatives ou contractuelles de la deuxième partie du présent document.

34. Les partenariats public-privé relatifs à l'infrastructure sans prestation de services qui comprennent généralement des concessions de ressources naturelles et agricoles sont des projets d'infrastructure (au sens large). Le rapport du Colloque de 2013 indiquait une préférence pour l'exclusion de ce type de projets parce qu'ils touchent à des questions très diverses qui ne concerneraient pour la plupart que certains projets ou secteurs, et qu'il existe des orientations au niveau international sur le pétrole, le gaz et les industries extractives<sup>17</sup>. Le Colloque souhaitera peut-être aborder cette question dans son rapport.

35. Les partenariats public-privé relatifs à l'infrastructure et aux services pourraient permettre de traiter les projets de services publics sans développement d'infrastructures, dans la mesure où les dispositions relatives à l'infrastructure ne seraient pas appliquées dans les projets concernés. Par conséquent, cette approche tient compte, d'une part, de la recommandation du Colloque de 2013 tendant à ce que la construction d'infrastructures physiques ne soit pas considérée comme indispensable dans un futur texte, d'autre part, de l'évolution du marché. Toutefois, l'augmentation des services prévus dans les projets de prestation de services (comme ceux décrits plus haut pour le secteur de la santé) sont peut-être le signe que des dispositions contractuelles plus complexes sont nécessaires, par exemple des dispositions contractuelles plus souples pour tenir compte des changements et des nouveaux problèmes découlant de divers facteurs technologiques. Le Colloque

<sup>14</sup> Voir, par exemple, section II du Guide législatif, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics", p. 37 à 59.

<sup>15</sup> Le sigle PFI correspond généralement à "Private Finance Initiative" (initiative de financement privé) au Royaume-Uni.

<sup>16</sup> Voir, plus bas, par. 41 et 79.

<sup>17</sup> Voir, par exemple, a) les publications de l'Initiative de transparence des industries extractives (ITIE) à l'adresse <http://eiti.org/>. L'ITIE est une norme internationale qui garantit la transparence en ce qui concerne les ressources naturelles des pays. Elle est élaborée et supervisée par un ensemble de gouvernements, entreprises, organismes de la société civile, investisseurs et organisations internationales; et b) le référentiel sectoriel de la Banque mondiale est disponible à l'adresse <http://partenariats-public-privé.worldbank.org/public-private-partnership/sector>.

souhaitera peut-être rendre compte des questions supplémentaires que ces partenariats soulèveraient s'il décidait de les inclure dans l'énoncé recommandé de la portée d'un futur texte.

36. Il existe un autre type de partenariats public-privé, les "partenariats public-privé institutionnels", au titre duquel le projet est une coentreprise entre l'autorité contractante et un prestataire de services. Les exemples fournis au Secrétariat comprennent des partenariats public-privé institutionnels dans les secteurs de l'énergie et de la santé. Il existe d'autres structures nouvelles de partenariats public-privé où le concessionnaire est en fait une entreprise publique. Le Colloque souhaitera peut-être examiner s'il y a lieu d'inclure d'autres dispositions dans l'éventualité où ce type de partenariats public-privé devait être intégré à un futur texte législatif en la matière.

37. En résumé, les consultations ont donné les indications suivantes:

a) Le concept des partenariats public-privé devrait rester souple, et déboucher sur un concept générique pouvant être subdivisé, plutôt qu'une définition rigide. Les principaux concepts pertinents identifiés serviraient donc à décrire les partenariats public-privé;

b) L'élément clef d'une nouvelle réglementation est la prestation privée de services publics;

c) La nécessité est d'énoncer des principes généraux qui puissent être appliqués pour réglementer les éléments communs à tous les partenariats public-privé.

38. Les consultations n'ont toutefois pas permis de dégager une position commune sur la portée précise des partenariats public-privé à traiter. L'étendue des travaux d'élaboration d'un projet relatif aux partenariats public-privé et la disposition probable des États Membres de la CNUDCI à s'y atteler pourraient prendre ici tout leur sens. Le Colloque de 2013 a estimé que la CNUDCI devrait mener des travaux faisables dans des délais qui permettraient au projet de satisfaire le besoin urgent d'une norme plus générale de la CNUDCI en matière de partenariats public-privé.

39. Compte tenu de cette observation, de la nécessité de recommander à la Commission des travaux d'une portée raisonnable et de la difficulté qu'il y a à traiter toutes les formes de partenariats public-privé et à produire un texte dans des délais relativement courts, la majorité des experts consultés ont recommandé que la CNUDCI concentre ses efforts sur l'élaboration de textes législatifs sur les partenariats public-privé relatifs à l'infrastructure et aux services. Comme exemple pratique du type de choix que ces questions liées aux ressources impliquent, voir les paragraphes 55 et 56 de la section sur les partenariats public-privé transfrontaliers ci-après.

40. Le Colloque souhaitera peut-être énoncer dans son rapport à la Commission les types de partenariats public-privé à inclure dans un texte législatif futur, ceux qui devraient en être exclus et ceux pour lesquels une décision n'a pas encore été prise. Il notera aussi peut-être que les organismes de réglementation des formes exclues de partenariats public-privé pourraient s'inspirer des principaux sujets et orientations liés aux partenariats public-privé dans un futur texte de la CNUDCI (qui pourrait en temps opportun décider de traiter d'autres formes de partenariats public-privé, comme futurs sujets distincts).

41. Une deuxième question liée à la portée est la ligne de démarcation entre les lois sur la passation des marchés publics, les concessions et les partenariats public-privé. La Commission a été précédemment informée que les projets d'infrastructure formaient un ensemble allant de la passation de marchés publics aux privatisations en passant par les partenariats public-privé<sup>18</sup>. Lors de leurs consultations, les experts ont souligné qu'il était indispensable de clarifier la portée pour que les États sachent clairement quelle loi s'applique à tel ou tel projet. Une possibilité serait de réglementer tous les aspects des opérations liées à la passation de marchés publics dans la loi y relative et de promulguer des lois distinctes régissant différents types de projets du début à la fin, avec des dispositions identiques si besoin (par exemple en ce qui concerne la planification, la passation de marchés publics et les éléments clefs de la prestation de services), par souci de cohérence. Une première indication sur cette question pourrait aider la Commission à évaluer la longueur et la portée du mandat qui serait confié.

42. Le Colloque souhaitera peut-être aussi préciser dans son rapport à la Commission que les activités initiales d'élaboration de textes législatifs consisteraient à dresser la liste des questions principales qui pourraient être résolues par le biais de la législation pour les partenariats public-privé concernés (y compris les variantes ci-dessus qui devraient, selon lui, être traitées), sur la base des études mentionnées précédemment et des instruments internationaux pertinents, pour examen par le Groupe de travail. Les solutions de politique générale à ces questions devraient s'appuyer sur les travaux de recherche menés à ce jour et sur les études en cours.

## **B. Principales questions à traiter dans un texte législatif sur les partenariats public-privé**

43. Comme indiqué lors du Colloque de 2013, les quatre principaux domaines pertinents pour la réglementation des partenariats public-privé sont la création d'un environnement juridique et réglementaire; la planification des projets, et notamment la répartition des risques et l'appui des gouvernements et des donateurs; le choix du partenaire de projet (fournisseur ou concessionnaire); et l'accord de projet ainsi que son fonctionnement et sa gestion. Ces quatre domaines n'établissent pas de distinction précise entre les différents aspects des partenariats public-privé, mais sont regroupés à toutes fins utiles pour faciliter les débats du colloque. (Si la CNUDCI décide d'examiner la question des partenariats public-privé, elle pourrait alors se demander quelle serait la manière la mieux adaptée de traiter tous ces domaines dans un seul texte législatif.)

44. Les sections ci-après du présent document examinent les principales questions soulevées lors du colloque. Lors des consultations, les experts ont estimé que telles qu'actuellement traitées dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé, ces questions devraient être révisées ou réexaminées, ou incluses dans un texte législatif sur les partenariats public-privé en tant que nouveaux sujets. Elles sont regroupées dans les quatre domaines thématiques mentionnés au paragraphe ci-dessus. Les consultations ont souligné qu'il s'agissait de questions

---

<sup>18</sup> Document de travail du Colloque de 2013, par. 32. Voir aussi, par. 79 du présent document sur le risque de chevauchement des lois.

centrales, mais qu'elles ne constituaient pas une liste exhaustive des questions à examiner.

45. Au vu des conclusions du Colloque de 2013 et des avis d'experts formulés ultérieurement selon lesquels les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé devraient servir de point de départ, le traitement actuel des questions dans ces instruments a été résumé au besoin et des recommandations sur leur éventuelle révision et reformulation ont été faites.

46. La présente section met également en avant certaines autres questions traitées dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé qui exigeraient des modifications moins importantes.

## 1. Le cadre juridique et réglementaire

### i) *Le cadre institutionnel*

*Recommandations concernant la législation: 1 et 6 à 8*

*Dispositions législatives types: aucune référence*

*Guide législatif "Coordination administrative", section D du chapitre premier ("Cadre législatif et institutionnel général")*

47. On sait qu'un cadre institutionnel et des processus connexes sont essentiels pour assurer l'efficacité des partenariats public-privé et attirer des investisseurs dans ce domaine. Les experts estiment que les questions soulevées sont non seulement nouvelles pour la plupart des pays, mais aussi très différentes à de nombreux égards de celles touchant aux projets classiques de passation des marchés publics. Il s'agit notamment de la définition de la portée du projet, de l'évaluation de l'accessibilité des services, de l'utilisation des sols (y compris parfois expropriations et réinstallations) et de contrats plus complexes en raison de la nature à long terme du projet et des questions financières et opérationnelles. Une coordination entre plusieurs ministères s'impose; les aspects financiers, fiscaux et comptables de la plupart des projets doivent être évalués (comme le passif éventuel et d'autres questions examinées ci-après à la section consacrée au financement et à l'investissement); les questions touchant aux fonds publics, aux subventions ou aux garanties accordées par l'État exigeront au minimum une coordination et le plus souvent l'approbation du ministère chargé des finances et du budget.

48. Un cadre institutionnel adapté et complet qui permet de planifier, de concevoir, d'élaborer et de gérer les projets et qui s'appuie sur les meilleures pratiques internationales doit donc être mis en place. De nombreux documents de référence ont été récemment publiés sur ce sujet, mais ils restent incomplets<sup>19</sup>; par exemple, nombre d'entre eux portent principalement sur la planification et la

<sup>19</sup> Voir Public-Private Infrastructure Advisory Facility, "Reference Guide on PPPs" (2012), disponible (en anglais) à l'adresse: <http://wbi.worldbank.org/wbi/Data/wbi/wbicms/files/drupal-acquia/wbi/WBIPPIAFPPReferenceGuidev11.0.pdf>.

préparation des partenariats public-privé, la transparence et, dans une certaine mesure, la passation des marchés<sup>20</sup>.

49. Les services chargés des partenariats public-privé, qui sont recommandés dans le Guide législatif, se sont révélés efficaces dans certains pays développés (comme au Royaume-Uni, en Australie et en France, en particulier pour les contrats sur les partenariats public-privé et les projets d'infrastructure à financement privé et les projets nationaux). Les résultats ont été moins concluants dans les pays en développement. Comme le note l'OCDE, le service chargé des partenariats public-privé est censé aider les autorités (comme le ministère de tutelle) à créer, gérer et évaluer efficacement et rationnellement un partenariat public-privé. Pour ce faire, il doit avoir les compétences requises dans les domaines financier, juridique et économique et de la gestion des projets<sup>21</sup>.

50. En outre, et en particulier dans les économies émergentes, un cadre institutionnel efficace pour les partenariats public-privé doit aller au-delà de la création et de l'appui d'un service central chargé des partenariats public-privé. Une fois encore, d'après l'OCDE, il convient de définir clairement les principaux rôles et responsabilités des institutions chargées de traiter les questions fiscales et budgétaires, des aspects ayant trait à la passation des marchés et de l'audit des partenariats public-privé, ainsi que les questions liées aux règles de contrôle et à l'exécution<sup>22</sup>. Une approche globale doit donc être adoptée en ce qui concerne les institutions.

51. Les institutions devront respecter les principes fondamentaux d'indépendance et de transparence de l'organisation et de la gouvernance; les experts estiment que ces principes, non suffisamment traités dans la législation existante, devraient être pris en compte dans tout futur texte législatif sur les partenariats public-privé.

52. Les experts proposent donc de réviser le Guide législatif pour tenir compte de l'évolution récente des institutions chargées des partenariats public-privé et d'élargir la portée des Recommandations concernant la législation et des Dispositions législatives types. De plus amples informations sur ces questions seront fournies lors du colloque, tout comme des observations sur les implications des conclusions formulées par les experts selon lesquelles les recommandations sur la fonction de réglementation des services d'infrastructure ne sont généralement pas appliquées dans les législations nationales.

---

<sup>20</sup> Voir notamment Public-Private Infrastructure Advisory Facility, Note n°4 "Developing a PPP framework: policies on PPP unit" (mai 2012), disponible (en anglais) à l'adresse: <http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/Note-Four-Developing-a-PPP-Framework.pdf>.

<sup>21</sup> OCDE "Principles for the public governance of Public-Private Partnerships", disponible (en anglais) à l'adresse <http://www.oecd.org/governance/oecdprinciplesforpublicgovernanceofpublic-privatepartnerships.htm>, section 2.

<sup>22</sup> Ibid.

ii) *Partenariats public-privé transfrontaliers*

*Aucune référence dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé*

53. Les projets transfrontaliers (partenariats public-privé transfrontaliers) existent depuis aussi longtemps que les projets d'infrastructure ou de services. Toutefois, lors de l'élaboration des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé, les questions ayant trait aux partenariats public-privé transfrontaliers n'ont guère été abordées, de sorte qu'elles ne sont pas traitées dans ces instruments. Les consultants ont également signalé qu'aucun des pays examinés n'avait adopté de disposition d'habilitation sur les partenariats public-privé transfrontaliers. À l'heure de la mondialisation, de l'intensification de la coopération régionale et des progrès techniques, le nombre d'arrangements de coopération transfrontière augmentera fortement. Diverses études appellent l'attention sur les effets positifs importants des partenariats public-privé transfrontaliers: en résumé, ils renforcent les échanges et l'ouverture des marchés et promeuvent une croissance économique plus large. Il existe déjà des exemples de partenariats public-privé transfrontaliers sur tous les continents et dans tous les domaines (infrastructure, tourisme et projets spatiaux). Une autre raison importante d'engager des partenariats public-privé transfrontaliers est que certains problèmes ne sauraient être résolus par un seul pays (notamment parce qu'il serait impossible qu'il en assure le financement).

54. Bien que les effets très positifs des partenariats public-privé transfrontaliers aient été largement reconnus, on observe une large réticence à engager de tels partenariats. Le principal obstacle serait l'absence d'orientations pour résoudre de manière appropriée les problèmes juridiques spécifiques qui leur sont inhérents, ce qui est perçu comme étant l'obstacle majeur ne permettant pas de tirer parti de leur énorme potentiel positif reconnu. Les experts estiment que la CNUDCI, en tant que plate-forme internationale, serait mieux placée pour remédier à cette absence d'orientations et examiner de manière appropriée les aspects juridiques liés aux partenariats public-privé transfrontaliers, l'expérience acquise avec les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé montrant également que les partenariats public-privé transfrontaliers devraient être traités dans tout texte futur sur le sujet.

55. Les experts ont proposé trois démarches possibles pour inclure des dispositions sur les partenariats public-privé transfrontaliers:

a) Premièrement, la question pourrait être traitée par la création à l'échelon international d'un nouveau régime juridique ("régime X") prévoyant des règles ou dispositions nouvelles ou supplémentaires. Ces dispositions devraient être suffisamment détaillées, tout en garantissant la souplesse et l'adaptabilité nécessaires, s'aligner sur les instruments internationaux existants (y compris les autres instruments de la CNUDCI) et être coordonnées avec des organisations internationales comme la CNUCED, l'OMC et l'OCDE. Cette démarche exigerait d'importants travaux préparatoires et rédactionnels;

b) La deuxième possibilité serait d'élaborer des dispositions spéciales sur certains aspects fondamentaux nécessaires des partenariats public-privé transfrontaliers, accompagnées d'orientations sur la manière d'utiliser, d'adopter et d'adapter les dispositions déjà en vigueur dans le contexte international. La CNUDCI se limiterait donc essentiellement à formuler des orientations sur les

considérations à prendre en compte lors de l'adoption des dispositions pertinentes sur les partenariats public-privé transfrontaliers. Toutefois, comme indiqué précédemment, cette option imposerait également des efforts rédactionnels (concernant les préalables juridiques nécessaires le cas échéant, en particulier la manière de créer un régime de conflit et de recours);

c) La troisième possibilité combinerait la première ("régime X") et la deuxième démarche. Le cas échéant, il faudrait déterminer quels domaines devraient faire l'objet d'une (nouvelle) réglementation complète à l'échelon international et ceux qui devraient renvoyer à des régimes juridiques existants.

56. Compte tenu du champ très large des considérations et des domaines juridiques intéressant les partenariats public-privé transfrontaliers, des ressources limitées de la CNUDCI et des critères applicables aux travaux et modes de fonctionnement futurs, les experts estiment que la mise en application de la première et de la troisième démarche imposerait une charge de travail trop lourde et exigerait des ressources trop importantes. Le processus de décision sur les domaines devant être (nouvellement) réglementés et ceux qui ne devraient pas l'être pourrait se révéler long et ardu. Les experts recommandent donc d'opter pour la deuxième démarche.

iii) *Gouvernance et responsabilité sociale*

*Aucune référence dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé*

57. Dans la Déclaration de Rio +20, un appel a été lancé "au secteur privé afin qu'il mette en œuvre des pratiques responsables, telles que celles encouragées par le Pacte mondial des Nations Unies"<sup>23</sup>. Les principes de gouvernance d'entreprise se fondent avec l'idée d'assurer une transparence et une responsabilité plus fortes dans le monde de l'entreprise. Il est clairement dans l'intérêt public d'adopter des normes de conduite appropriées pour les entreprises (certaines stratégies concurrentielles qui sont courantes dans le secteur privé ne seront pas appropriées dans les partenariats public-privé), même s'il est difficile de savoir jusqu'où va cette notion.

58. Les partenariats public-privé étant une collaboration entre les secteurs public et privé, un bon équilibre s'impose entre la gouvernance d'entreprise et les normes publiques correspondantes sur les obligations en matière de responsabilité et de transparence. Par exemple, comment répondre au besoin de diligence raisonnable, sachant que l'entreprise chargée du projet est responsable à l'égard non seulement des actionnaires, mais aussi d'un groupe plus large de parties prenantes, et qu'elle a l'obligation de fournir des services publics? La diligence raisonnable dans la passation de marchés publics est exercée selon des règles bien comprises, le cas des partenariats public-privé étant plus complexe et moins bien réglementé. En l'espèce, quelles entités du secteur privé doivent être visées?

59. En raison de la durée des relations entre les partenaires (souvent multiples et volatiles) et des particularités liées à la distribution des risques, il faut également établir des cadres de gouvernance clairs et adaptés pour toutes les étapes d'un projet de partenariat public-privé (prise de décisions, passation des marchés, exécution, résiliation). Des règles en cas de changement de structure sociale peuvent être

<sup>23</sup> L'avenir que nous voulons, par. 46.

nécessaires afin d'éviter que toutes les obligations ne reposent sur des entreprises sans substance et d'identifier la personne morale qui sera chargée de s'acquitter des obligations pour toute la durée du projet. Des règles sur la vente d'actions sont peut-être nécessaires (les entreprises de construction par exemple ne voudront généralement pas rester actionnaires sur le long terme). Les partenaires privés ayant généralement une structure organisationnelle complexe avec diverses filiales, des entreprises apparentées et des coentreprises, les experts ont estimé qu'il était tout aussi important de faire en sorte que toute exigence applicable à la principale entreprise contractante le soit également à ces entités, et que des règles plus générales sur la sous-traitance soient systématiquement établies.

60. Si les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé régissent certaines questions liées à la définition précise des droits des actionnaires et des parties prenantes (créanciers, employés, clients) ou à l'organisation, aux fonctions et aux responsabilités des conseils d'administration (collectivement et individuellement), ces questions doivent être expliquées plus avant et complétées. Il convient de protéger l'intérêt de l'autorité publique chargée de fournir des services de manière continue (qui dispose à cette fin d'un éventail d'outils, ce qui soulève des questions complexes). Les travaux futurs devraient examiner les problèmes pouvant survenir dans la prévention et la répression de la corruption, les conflits d'intérêts, l'indépendance des membres du conseil, des administrateurs, des cadres et des auditeurs, et l'élaboration de codes de conduite encourageant des normes élevées de conduite éthique. L'obligation de rendre des comptes et la prise de décisions responsables sont des signes qui indiquent l'existence de mécanismes de contrôle efficaces (comités, services, audit et autres autorités), de systèmes de contrôle interne des conseils et d'audits des états financiers.

61. Les questions de normes sur la diffusion exacte et périodique d'informations et de transparence de l'information financière et de la comptabilité, qui sont pertinentes pour la gouvernance, sont examinées dans la section sur la transparence, dans la deuxième partie du présent document.

62. Enfin, la communauté internationale s'est également efforcée de promouvoir de nouvelles valeurs fondamentales applicables à tout environnement commercial et tenant compte des droits de l'homme, de la protection de l'environnement, de la viabilité à long terme, de la lutte contre la corruption, de la gestion des risques et du contrôle du conseil, des relations avec la direction et de la responsabilité à l'égard des actionnaires. L'OCDE a également élaboré 12 principes, articulés autour de 3 objectifs, qui peuvent être le point de départ de dispositions:

a) Établir un cadre institutionnel clair, prévisible et légitime s'appuyant sur des autorités compétentes et dotées de ressources suffisantes;

b) Fonder le choix des partenariats public-privé sur un objectif d'optimisation de la dépense publique; et

c) Utiliser de manière transparente la procédure budgétaire pour réduire au minimum les risques budgétaires et assurer l'intégrité de la procédure de passation du marché.

63. Les experts recommandent que les exigences nécessaires puissent être imposées au moyen du cadre législatif et/ou de mécanismes contractuels ou autres, et certains estiment que ces exigences ne devraient pas aller au-delà de celles

applicables à d'autres entreprises dans les secteurs pertinents afin de préserver la participation actuelle au marché. Le colloque voudra peut-être examiner comment formuler une recommandation pertinente à l'intention de la Commission.

iv) *Questions liées au financement et à l'investissement*

*Recommandation concernant la législation: 13 "Appui des pouvoirs publics"*

*Dispositions législatives types: aucune référence*

*Guide législatif: point 4 "Structures de financement et sources de financement des projets d'infrastructure", de la section B "Informations générales concernant les projets d'infrastructure à financement privé"; section A, "Remarques générales", et section C, "Appui des pouvoirs publics", du chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics".*

64. Les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé mettent l'accent sur la notion de financement de projets (c'est-à-dire le prêt sans recours en ce sens que l'investissement dans le projet est amorti avec les avoirs et revenus, et non par les prêteurs). Toutefois, comme le note le Guide législatif, des garanties et des crédits supplémentaires sont souvent nécessaires, notamment l'appui des pouvoirs publics, de sorte que le financement constitue en réalité un recours limité. Les sources de financement par emprunt et par capitaux les plus courantes sont présentées dans le Guide. Les experts ont noté une progression du financement initial par des entreprises de construction et d'autres formes de financement privé, comme les fonds de pension. Certains de ces investissements sont conçus pour être de courte durée et d'autres de longue durée.

65. Pour évaluer la viabilité financière du projet, il faut notamment répondre aux questions suivantes:

a) Le potentiel du projet de partenariat public-privé est-il suffisamment important pour justifier les coûts opérationnels?

b) L'investissement sera-t-il amorti par l'autorité contractante, les utilisateurs finaux ou les deux?

c) Si des redevances sont perçues auprès des utilisateurs finaux, la demande sera-t-elle suffisante tout au long du projet?

66. La réponse à la première question, qui est non seulement pertinente pour ce qui est de savoir si un projet doit être mené au titre d'une passation de marché ou d'un partenariat public-privé, a posé de nombreux problèmes dans la pratique. Les modèles existants de partenariat public-privé ont été souvent critiqués pour leurs coûts opérationnels excessifs, ce qui dénature la question. Ils prévoient notamment des frais élevés versés aux consortiums et d'importants coûts afférents à l'appel d'offres, exacerbés par la longueur des processus de sélection, et des bénéfices exceptionnels. Parfois, le financement par capitaux serait également plus onéreux que le financement par emprunt, mais il peut avoir d'autres avantages, notamment si la prise de participation au capital est large à long terme.

67. De nombreux gouvernements encouragent des solutions conçues pour répondre à ces problèmes en améliorant l'investissement du capital à long terme; des informations détaillées sur le sujet seront présentées lors du colloque. Parmi ces solutions figurent la gouvernance personnalisée (comme un cadre législatif régissant

les structures opérationnelles, la transparence, l'assurance et la communication d'informations, qui ne s'appuie pas sur des dispositions contractuelles); la possibilité pour le gouvernement de garantir un taux de remboursement aux investisseurs de fonds de pension; et la remise en concurrence périodique de la gestion des fonds pendant la période d'investissement.

68. En Australie, une solution proposée est une procédure de passation "inversée" pour les partenariats public-privé: elle prévoit une première mise en concurrence pour un financement par capitaux afin d'évaluer l'intérêt du marché et de fixer le seuil des taux de remboursement, avant de procéder à l'analyse de rentabilité et à la passation de marchés. Une procédure similaire pourrait être mise au point pour le financement par emprunt.

69. Toutefois, il a été signalé que des fonds de pension et autres fonds analogues ne pouvaient investir dans des projets que si les objectifs sociaux ou économiques du projet étaient déclarés et pouvaient être contrôlés<sup>24</sup>. En outre, sans une réforme des procédures de passation de marchés, un accroissement de la transparence tout au long du projet et une amélioration de la gestion et de la gouvernance des contrats pendant la phase opérationnelle (comme indiqué ailleurs dans la présente section), ils ne seraient pas disposés à investir.

70. Le colloque voudra peut-être déterminer dans quelle mesure tout futur texte législatif sur les partenariats public-privé devrait traiter ces questions, notamment en tant que thème distinct ou dans le cadre d'autres thèmes pertinents.

v) *Partenariat public-privé avec de petits opérateurs*

*Aucune référence dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé*

71. Les projets sur les services de gestion de l'eau et des déchets en Afrique francophone mentionnés plus haut au paragraphe 26 ont été menés avec de petits opérateurs privés. Ces projets ont été considérés à l'origine comme sortant du cadre des partenariats public-privé. Toutefois, comme les autorités publiques ont commencé à organiser et réglementer ces services en coopération avec ces opérateurs, la situation a évolué. Nombre de ces partenariats public-privé opérant en milieu urbain, les services concernés peuvent être payés au moyen de concessions – l'attention du Secrétariat a été appelée sur l'exemple du Maroc.

72. Ces partenariats public-privé peuvent contribuer à des objectifs de développement, par la création à l'échelle locale d'emplois et d'un marché privé, la fourniture d'un accès au public aux services essentiels (collecte des déchets et de l'eau, transport, assainissement et électricité, notamment). Pour ce qui est de la passation des marchés publics, les politiques d'appui aux PME sont courantes (de la simplification des procédures ou soutien financier). Les projets avec de petits opérateurs privés peuvent donc faire office d'outils de renforcement des capacités.

<sup>24</sup> En ce qui concerne les buts et les objectifs, voir la section sur les questions de développement durable; les questions liées à la publication d'informations et à la confidentialité sont examinées à la section sur la transparence, les deux sections figurant dans la deuxième partie du présent document.

73. Le colloque voudra peut-être examiner lequel de ces projets, le cas échéant, devrait entrer dans le cadre des partenariats public-privé afin que la CNUDCI l'examine sur le plan des politiques. Par exemple, les projets financés au moyen de fonds publics peuvent à l'évidence être des outils d'appui aux PME plus simples que les concessions, dans la mesure où le financement est relativement sûr et s'appuie sur des contrats à long terme.

74. Si l'on veut que ces projets soient examinés, il faudra dans un deuxième temps examiner si les réglementations (comme les procédures de sélection) devraient être assouplies pour encourager les petits opérateurs privés. Les avis des experts ont divergé sur ce point.

75. D'autres questions importantes sont notamment la manière de définir les opérateurs concernés, d'assurer l'investissement par capitaux dans ces opérateurs, de concevoir des systèmes de paiement adaptés, de renforcer les capacités au moyen de réglementation et/ou d'orientations, de fournir un appui institutionnel adapté et de favoriser, pendant la durée du projet, des changements susceptibles d'avoir une incidence considérable sur les petits opérateurs.

76. Le colloque voudra peut-être noter que le Conseil d'État français, l'Agence française de développement et la Banque mondiale dirigent un réseau de praticiens des partenariats public-privé avec de petits opérateurs privés. De plus amples informations sur ces partenariats public-privé seront fournies lors du colloque.

vi) *Assurer la cohérence entre les lois sur les partenariats public-privé et d'autres lois*

*Recommandation concernant la législation/Dispositions législatives types: aucune référence*

*Guide législatif: section B.1 a) "Politique de concurrence et monopoles", dans "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", et chapitre VII, "Autres domaines pertinents du droit"*

77. Le Colloque de 2013 a noté qu'il importait de faire en sorte que le cadre législatif tienne dûment compte d'autres lois pertinentes. La version actuelle du Guide législatif traite du droit et de la politique de la concurrence, et de diverses autres lois nationales pertinentes régissant la promotion et la protection des investissements et la lutte contre la corruption, ainsi que des accords internationaux conclus à cet égard. Les experts ont estimé que les orientations actuelles devraient être actualisées, certaines révisées, en s'appuyant sur la version actuelle du Guide législatif, en ce qui concerne notamment la promotion et la protection des investissements (compte tenu entre autres de l'évolution de la jurisprudence, des risques commerciaux et de l'opinion); le droit de la concurrence; le droit des licences; la loi sur la protection des données et la publication d'informations (voir également la section sur la transparence de la deuxième partie du présent document). En outre, on a estimé qu'il fallait examiner l'évolution des questions constitutionnelles – notamment dans quelle mesure un accord de projet devrait avoir force de loi et l'emporter sur de précédentes lois incohérentes – et de la jurisprudence<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Les experts ont fait référence à des affaires traitées par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)

78. Le rapport du colloque a souligné que toutes ces questions ne pouvaient pas être résolues sur le plan juridique, mais qu'un texte législatif futur devrait faire ressortir clairement les solutions législatives.

79. Le colloque voudra peut-être se demander comment fournir des orientations appropriées à l'appui d'un texte législatif futur. Par exemple, le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics renvoie à d'autres lois pertinentes susceptibles d'appuyer l'application et l'utilisation de la Loi type<sup>26</sup>; la CNUDCI a également publié un document sur les règlements en matière de passation des marchés, qui explique comment ces règlements peuvent compléter la Loi type<sup>27</sup>. Dans le contexte des partenariats public-privé, une approche semblable pourrait appeler l'attention sur le risque de chevauchement des lois et éviter tout conflit (lois existantes sur la passation des marchés publics et/ou sur les concessions; lois sur la privatisation, lois mentionnées dans le Guide législatif existant, et réglementations propres à des secteurs particuliers)<sup>28</sup>.

80. La Commission voudra peut-être examiner deux questions connexes ayant trait à la Convention des Nations Unies contre la corruption<sup>29</sup>, que les experts ont jugé caduques dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé.

a) *Mesures sur l'intégrité et la lutte contre la corruption*

*Recommandation concernant la législation/Dispositions législatives types: aucune référence*

*Guide législatif: points b) "Promotion de l'intégrité de la procédure de sélection et de la confiance dans cette procédure" et c) "Transparence des lois et procédures", section 2 ("Objectifs généraux des procédures de sélection"), chapitre III; point 14 "Mesures anticorruption", section B ("Autres domaines pertinents du droit"), chapitre VII*

81. La Convention des Nations Unies contre la corruption est entrée en vigueur après la publication des instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé et n'a donc pas été prise en compte dans l'élaboration de ces instruments. Elle contient des dispositions pertinentes pour les partenariats public-privé à l'article 9 ("Passation des marchés publics et gestion des finances publiques") et à l'article 12 ("Secteur privé").

82. Le Guide législatif note l'importance des mesures sur l'intégrité et des règles appropriées pour les marchés publics, présente certains éléments centraux, et renvoie le lecteur à des textes internationaux antérieurs à la Convention contre la corruption comme sources de dispositions pertinentes. Lors du Colloque de 2013, il a été noté qu'il fallait mettre davantage l'accent sur les mesures de transparence et

---

([https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases\\_Home](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases_Home)) et aux nombreuses affaires liées au projet Eurotunnel.

<sup>26</sup> "Application et utilisation de la Loi type", par. 61, section C.

<sup>27</sup> Document A/CN.9/770, accessible à l'adresse:

[http://uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure.html](http://uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html).

<sup>28</sup> Voir également par. 41 sur le risque de chevauchement des lois.

<sup>29</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349. Disponible également à l'adresse [www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027\\_F.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf).

de responsabilité tout au long du projet, la divulgation d'informations sur le transfert de ressources du secteur privé au secteur public et inversement, ainsi que les moyens de communications et les réunions.

83. Le Colloque de 2013 a noté que la Loi type sur la passation des marchés publics avait été élaborée spécifiquement pour se conformer à la Convention contre la corruption et a fait observer qu'il importait qu'il y ait une cohérence entre la Loi type et tout futur texte sur les partenariats public-privé en ce qui concerne les mesures sur l'intégrité.

84. Les dispositions de la Convention sur la corruption relatives à la gestion des finances publiques prévoient notamment des procédures d'adoption du budget national; la communication en temps utile des dépenses et des recettes; un système de comptabilité, d'audit et de contrôle; des systèmes efficaces de gestion des risques et de contrôle interne; et des mesures pour préserver l'intégrité des documents pertinents. Ces exigences, énoncées dans le Guide technique sur la Convention des Nations Unies contre la corruption en rapport avec l'article 9<sup>30</sup>, sont complétées par celles prévues à l'article 10 sur l'information du public et la transparence (accès à l'information concernant l'administration publique et publication de rapports périodiques) et à l'article 12 sur les mesures pour prévenir la corruption impliquant le secteur privé, qui concernent notamment les partenariats public-privé et la gouvernance d'entreprise.

85. L'OCDE a produit un certain nombre de publications pertinentes susceptibles d'appuyer l'élaboration de normes. Les Principes applicables à la gouvernance publique des partenariats public-privé mentionnés plus haut indiquent qu'il faut établir un cadre institutionnel clair, prévisible et légitime s'appuyant sur des autorités compétentes et dotées de ressources suffisantes, en veillant à ce que la population ait connaissance des coûts, avantages et risques relatifs des partenariats public-privé et des passations des marchés; à ce que les rôles et responsabilités institutionnels fondamentaux soient maintenus (pour bien assurer la passation des marchés, avec un partage clair des responsabilités); et à ce que les textes réglementaires soient clairs, transparents, appliqués et réduits au minimum. Ils portent également sur la nécessité d'utiliser de manière transparente la procédure budgétaire pour réduire au minimum les risques budgétaires et assurer l'intégrité de la procédure de passation du marché dans le cadre des partenariats public-privé, et de révéler l'ensemble des coûts et des passifs éventuels et de veiller à l'intégrité de la procédure de passation des marchés, et font mention d'autres outils de référence de l'OCDE<sup>31</sup>.

86. Le colloque voudra donc peut-être envisager de réviser les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé pour les mettre en conformité avec les normes internationales en vigueur, en s'appuyant sur les textes susmentionnés.

---

<sup>30</sup> Disponible à l'adresse [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53540\\_Ebook\\_f.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53540_Ebook_f.pdf).

<sup>31</sup> Voir également le document de réflexion sur l'élaboration des Principes, disponible (en anglais) à l'adresse: <http://www.oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf>.

b) *Conflits d'intérêts*

*Recommandation concernant la législation/Dispositions législatives types: aucune référence*

*Guide législatif: point 2 "Mécanismes institutionnels", section E ("Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure") du chapitre I (par. 37, 38 et 47); point a) "Choix des sous-traitants", section J ("Arrangements contractuels généraux") du chapitre IV (par. 101); point 8 "Droit des sociétés", section B ("Autres domaines pertinents du droit"), chapitre VII (par. 32)*

87. La question des conflits d'intérêts est liée à la précédente. Les partenariats public-privé sont souvent complexes pour les raisons suivantes: nombre important de parties prenantes, modèles de financement complexes, traditions et pratiques divergentes, durée, nature publique des services fournis dans le cadre du projet et litiges de nature variée et complexe.

88. Ces projets font intervenir un grand nombre de parties et d'entités publiques: le gouvernement ou une autre autorité publique, un concessionnaire ou une partie privée contractante, une personne morale établie par l'entité privée avec une personnalité juridique distincte (par exemple une société ad hoc), des bailleurs de fonds, des prêteurs – institutionnels et autres –, des marchés de capitaux, des conseillers, des assureurs, un opérateur, des contractants, des fournisseurs, des utilisateurs et des autorités de supervision.

89. De par leur structure, les partenariats public-privé comportent un risque inhérent de conflits d'intérêts. Ils font généralement intervenir les mêmes parties à différents titres. Les bailleurs de fonds sont habituellement les porteurs du projet et souvent aussi des contractants ou des fournisseurs. L'intérêt premier des bailleurs de fonds en tant que contractants ou fournisseurs est le plus souvent de mettre en place l'infrastructure du projet ou de lui fournir des biens ou services. En tant que bailleurs de fonds, ils contrôlent la société ad hoc et ses contractants ou fournisseurs, pouvant ainsi donner la préférence à ces derniers. En général, les dirigeants ou gestionnaires de la société ad hoc sont employés par le bailleur de fonds ou lui sont subordonnés. Si le gouvernement devient membre du groupe de propriétaires, il défend en premier lieu l'intérêt public et non principalement les intérêts de la société ad hoc, et les représentants du gouvernement participant à la gestion de la société doivent protéger les intérêts du gouvernement. Aussi, le gouvernement peut avoir de nombreux autres rôles: percepteur d'impôts, organisme de réglementation, superviseur de projet, financier, prestataire de services, propriétaire d'actifs nécessaires pour le projet et de fournisseurs de biens et services concurrents etc. Les financiers exercent également une fonction de contrôle, qui dans la structure financière des projets est très importante, en particulier en ce qui concerne les flux de trésorerie.

90. Bien souvent, les intérêts des différents participants divergent. Ces conflits peuvent porter sur l'utilisation de la trésorerie et des profits, en cas de différends entre les participants en ce qui concerne la qualité de la construction, des biens ou services, par exemple.

91. Il semble que les problèmes liés aux conflits d'intérêts n'ont guère été examinés, probablement parce qu'ils n'ont pas été compris ou parce que certains participants veulent bien tirer parti de cette situation. Ces problèmes ont été

---

examinés sporadiquement dans le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé et entièrement omis dans les Dispositions concernant la législation. Outre une brève référence aux questions liées aux bailleurs de la société ad hoc mentionnées précédemment, le Guide législatif recommande simplement d'adopter des dispositions sur les conflits d'intérêts des agents des organismes de réglementation et des autorités contractantes pendant le processus de sélection, et que les contractants communiquent des informations sur leurs sous-traitants éventuels afin d'identifier les risques de conflits.

92. Il a donc été proposé de tenir compte de la question des conflits d'intérêts lors de l'élaboration d'un futur texte législatif sur les partenariats public-privé, en s'appuyant (notamment) sur les dispositions de l'article 8 de la Convention des Nations Unies contre la corruption exigeant des codes de conduite, les dispositions de son article 9-1 e) sur les mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, et sur l'incorporation de ces dispositions dans l'article 26 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et de son Guide pour l'incorporation dans le droit interne, et éventuellement sur les dispositions relatives aux conflits d'intérêts dans les procédures d'attribution de concessions figurant dans la proposition de directive de l'Union européenne sur les concessions. Ces mesures peuvent comprendre des déclarations d'intérêt, des procédures de sélection des personnels et des exigences en matière de formation, ainsi que des arrangements contractuels.

*[La suite du présent document est publié sous la cote A/CN.9/820]*