



Assemblée générale

Distr. générale
26 février 2019
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-deuxième session
Vienne, 8-26 juillet 2019

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 relatifs au cadre juridique des partenariats public-privé	2
C. Étendue du pouvoir de conclure des partenariats public-privé	10
D. Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure	12
II. Planification et préparation du projet	20
A. Remarques générales	20
B. Évaluation des projets et options	20
C. Risques de projet et leur répartition	27
D. Coordination administrative	32
E. Appui des pouvoirs publics	35
F. Garanties accordées par des institutions financières internationales	43
G. Garanties accordées par les organismes de crédit à l'exportation et de promotion des investissements	46



I. Cadre législatif et institutionnel général

A. Remarques générales

1. Les partenariats public-privé (PPP) sont l'une des possibilités dont disposent les États pour mettre en place des infrastructures ou acquérir des ouvrages ou des systèmes nécessaires pour fournir des services publics ou destinés à une entité publique. Pour attirer les investisseurs privés vers les projets dont un État estime qu'ils gagneraient à être réalisés en tant que PPP, il faut qu'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. 2 à 28) 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. 29 à 36) traite de l'étendue du pouvoir de réaliser des projets en tant que PPP ; et la section D (par. 37 à 60) 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 relatifs au cadre juridique des partenariats public-privé

3. Les objectifs de développement durable expriment l'engagement des États Membres de l'Organisation des Nations Unies, entre autres pour ce qui est de « mettre en place une infrastructure de qualité, fiable, durable et résiliente, y compris une infrastructure régionale et transfrontière, pour favoriser le développement économique et le bien-être de l'être humain, en privilégiant un accès universel, financièrement abordable et 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 favoriser la réalisation de ses objectifs.

4. Ainsi, lorsqu'ils envisagent soit de promulguer des lois et règlements visant à permettre la mise en place de PPP soit de revoir l'adéquation du cadre juridique existant, les autorités de réglementation et les législateurs nationaux peuvent souhaiter prendre en compte certains principes internationalement reconnus en matière de bonne gouvernance et de développement durable. L'Assemblée générale des Nations Unies, par exemple, a noté que des cadres juridiques justes, stables et

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.

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 de l'État en tant que fournisseur et régulateur de l'infrastructure et des services publics et, d'autre part, en tant qu'acheteur, utilisateur et éventuellement propriétaire ou exploitant des ouvrages ou systèmes mis en place dans le cadre d'un PPP, ou partie à un contrat de PPP. Chacune de ces perspectives doit être prise en considération par le législateur. Si le *Guide* met l'accent sur le rôle de l'autorité contractante en tant que partie au contrat de PPP (qui fait l'objet d'un examen approfondi, en particulier au chapitre IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP » et au chapitre V « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP »), il s'attache également au rôle de l'État d'une part en tant qu'organisme de réglementation des infrastructures et des services publics (voir, en particulier, le présent chapitre, par. 37 à 60 et le chapitre IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...) 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 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. 37 à 60 ; et le chapitre IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...). 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, et par des procédures permettant de les appliquer efficacement. La transparence des règles et des procédures administratives est un gage de prévisibilité ; elle permet en effet au secteur privé d'estimer les coûts et les risques d'un investissement et par conséquent de proposer les conditions les plus avantageuses.

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.

Elle peut en outre favoriser l'ouverture, grâce à des dispositions imposant la publication des décisions administratives, et, lorsqu'il y a lieu, l'obligation de les motiver, ainsi que la diffusion 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, permettent d'en assurer un suivi et, le cas échéant, de le contester. La transparence des règles et des procédures administratives est un élément clef pour responsabiliser l'État en ce qui concerne ses actions et ses décisions, ce qui favorise l'intégrité et la confiance du public. 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. 3). La transparence revêt une importance particulière pour l'attribution du contrat de PPP, et le *Guide* souligne cinq aspects fondamentaux à cet égard : communication au public du cadre juridique ; publication des possibilités de projets ; définition et publication préalables des principales conditions du marché au regard desquelles les offres seront évaluées ; pilotage ouvert du processus conformément aux règles et procédures prescrites ; et existence d'un système permettant de contrôler le respect des règles applicables et, au besoin, de les imposer (voir chap. III « Attribution du contrat », par. 138 à 239). Pour que l'exploitation de l'infrastructure se fasse dans des conditions transparentes, l'autorité contractante ou l'organisme de réglementation peuvent également avoir l'obligation de communiquer au public des informations ciblées concernant le partenaire privé, telles que les états financiers ou les rapports d'exécution (voir par. 15 et par. 49 ; voir aussi chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. 103 et 104).

c) Équité, stabilité et prévisibilité

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

11. Compte tenu de la durée généralement longue des projets d'infrastructure, la stabilité du cadre juridique est particulièrement importante pour les PPP. Les partenaires privés doivent en effet pouvoir prévoir et évaluer les risques ainsi que d'éventuelles modifications du cours du projet, afin de pouvoir mobiliser les ressources nécessaires et prendre les dispositions voulues pour atténuer les répercussions des risques anticipés. L'autorité contractante et le public devraient également pouvoir compter sur la continuité des services et des conditions dans lesquelles ils sont fournis. Il est évident que le cadre juridique des PPP doit pouvoir

être adapté à l'évolution des besoins (voir par. 28). En revanche, 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. La stabilité du cadre juridique contribue à rendre plus prévisibles les décisions administratives ou judiciaires relatives à l'attribution et à l'exécution des projets de PPP, ce qui a des effets positifs pour toutes les parties concernées. Le partenaire privé, par exemple, est en mesure de planifier et de gérer le projet de manière plus efficace s'il peut compter sur 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 couvrir la gestion de biens publics ou le décaissement de fonds publics, ou les deux. Il est donc essentiel que les lois et réglementations applicables prévoient des garanties appropriées pour prévenir les irrégularités de gestion, le détournement ou d'autres formes de mauvaise gestion des biens ou des fonds publics. La plupart des dispositions à cet effet se trouvent dans les lois et réglementations qui régissent les biens publics ou les procédures administratives, dans les procédures de contrôle budgétaire et comptable, ainsi que dans les lois pénales (voir chap. VII « Autres domaines pertinents du droit », par. ...). 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'étendent à ces partenariats et que ceux-ci ne seront pas utilisés à mauvais escient pour échapper aux contrôles applicables. S'agissant des lois spécifiques applicables aux PPP ou aux secteurs d'infrastructure dans lesquels des PPP sont susceptibles d'être conclus, il importe de veiller à ce que les dispositions relatives à la planification des PPP, à l'attribution et au contenu des contrats, et à l'exploitation de l'ouvrage ou du système visé favorisent les meilleures pratiques en matière de gestion des biens et des fonds publics et ne comportent aucune faille qui pourrait encourager des comportements répréhensibles.

14. L'exigence d'intégrité à la fois dans l'attribution et dans l'exécution des contrats de PPP est étroitement liée à l'obligation d'assurer la bonne gestion des biens et des fonds publics. Ici aussi, les règles de fond visant à préserver l'intégrité relèveraient normalement d'autres corpus législatifs, et se présenteraient 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 (demandes de pots-de-vin, extorsion, etc.). Il faut absolument veiller à ce que les cadres de l'autorité contractante ne puissent tirer aucun avantage, direct ou indirect, du projet ou de leurs relations avec le partenaire privé. Ce dernier ne doit pas non plus exercer d'influence indue sur les fonctionnaires qui interviennent dans la conception, la sélection, la mise

en œuvre ou la réglementation d'un projet. Des garanties appropriées devraient être prévues lors de la conception du projet (voir chap. II « Planification et préparation du projet », par. 49), 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, elles se traduisent souvent par une clémence indue 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'occasionner des dommages matériels ou de mettre en danger la santé ou la vie de membres du public.

15. Le maintien de l'intégrité ne peut se faire qu'au moyen d'un système de responsabilisation efficace. Ici aussi, les mécanismes essentiels 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 communication d'informations 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, englobant les processus liés au budget et à l'affectation des crédits, devrait fixer les conditions permettant de garantir l'économie et l'efficacité des projets de PPP tout au long de leur cycle de vie (voir chap. VII « Autres domaines pertinents du droit », par. ...). Avant de lancer la procédure de sélection d'un partenaire de projet, l'autorité contractante devrait être tenue de réaliser des études de planification et de faisabilité rigoureuses, dans le cadre desquelles elle examinerait, en particulier, la mesure dans laquelle le PPP optimiserait l'utilisation des ressources pour parvenir aux résultats escomptés (analyse qualité-prix). Le projet de PPP ne devrait être lancé que si 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 », par. 6 à 14).

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 socioéconomiques, des implications financières, des effets sur le développement durable et d'autres facteurs pertinents.

18. Afin d'assurer une planification et une préparation efficaces, il faut choisir soigneusement le type de projet, en fonction des capacités (financières et autres) de l'autorité contractante, qu'il s'agisse d'un marché public avec exploitation ou d'un type particulier de PPP. 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. 44 et 45). Pour s'assurer que ses institutions sont prêtes à gérer des projets de PPP, l'État peut notamment procéder à une évaluation de ses capacités en matière d'investissement public, y compris par un examen des institutions et des procédures intervenant dans la planification nationale et sectorielle, l'établissement du budget des investissements, l'évaluation et la sélection des projets, ainsi que dans la gestion et le suivi de la mise en œuvre des projets. L'efficacité des ressources institutionnelles et administratives globales d'un pays est essentielle pour assurer la pérennité d'un projet de PPP et les États voudront peut-être utiliser des outils correspondant aux meilleures pratiques en vue d'évaluer si leurs ressources sont adéquates pour assurer la gestion durable des projets de PPP⁴.

g) Concurrence

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

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. 19 et 20). L'évaluation menée par l'autorité contractante devrait servir de base pour décider d'accorder ou non au partenaire privé le droit exclusif d'exploiter l'infrastructure ou de fournir les services concernés au titre du PPP, ou établir si le secteur ou le marché pourrait bénéficier de la concurrence (voir « Introduction et informations générales sur les partenariats public-privé », par. 28 à 32). D'autre part, la concurrence constitue généralement l'un des éléments structurels des systèmes de passation des marchés publics et vise à parvenir au

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).

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 le rendement des investissements en infrastructure, permettre d'apporter une meilleure réponse aux besoins des consommateurs, et améliorer ce faisant la qualité des services publics. La concurrence est susceptible à la fois de contribuer à l'optimisation des ressources et d'augmenter la probabilité d'obtenir les résultats escomptés pour le projet concerné. Elle constitue également l'un des principes qui devraient guider les systèmes nationaux de passation des marchés publics conformément à l'article 9-1 de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Le *Guide* recommande donc vivement le recours aux procédures de mise en concurrence pour l'attribution de marchés de PPP (voir le chapitre III « Attribution du contrat », par. 17 à 19). 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 restreint. Deux raisons sont à l'origine de ce paradoxe : en premier lieu, compte tenu de la complexité technique, commerciale et financière de la plupart des projets de PPP, l'autorité contractante aurait besoin de beaucoup de temps et de ressources pour examiner de nombreuses offres ; en second lieu, les coûts de participation aux procédures sont élevés et les entités privées ne s'engagent donc que si elles estiment avoir des chances raisonnables de remporter le contrat. Par conséquent, les procédures recommandées dans le *Guide* commencent par une étape visant à recenser un nombre limité de partenaires potentiels de qualité (voir chapitre III « Attribution du contrat », par. 34 à 50).

2. Le droit constitutionnel et les partenariats public-privé

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. Diverses constitutions nationales réservent la fourniture de certains services publics exclusivement à l'État ou à des entités publiques créées spécialement à cette fin, tandis que d'autres autorisent l'État à engager des entités privées pour la construction et l'exploitation d'infrastructures et la fourniture de services publics. Dans certains pays, soit des limites sont imposées à la participation étrangère dans certains secteurs, soit il est exigé que l'État participe au capital des sociétés fournissant des services publics.

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

23. Il importe en outre d'examiner les règles constitutionnelles qui ont trait à la propriété foncière ou à la propriété des ouvrages. Dans certains pays, le droit constitutionnel comporte des limitations concernant la propriété privée des terrains et de certains moyens de production. Dans d'autres, la propriété privée est reconnue, mais la constitution dispose que 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 les projets sont attribués et exécutés. Les lois régissant l'attribution et la mise en œuvre des projets de PPP, y compris la législation sectorielle, sont généralement complétées par des lois et règlements sur diverses autres questions, y compris les obligations internationales du pays en matière de fiscalité ou de protection des investissements, et il convient de coordonner tous ces textes (voir chap. VII « Autres domaines pertinents du droit », par. ...).

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. 33 à 45). Il convient de noter que de nombreux pays ont adopté une telle législation à une époque où une fraction importante, voire la totalité, des infrastructures nationales constituaient des monopoles d'État. Les pays souhaitant promouvoir l'investissement privé dans les infrastructures devraient peut-être revoir la législation en vigueur applicable aux différents secteurs afin de déterminer si elle peut s'appliquer aux PPP. Les pays qui envisagent l'adoption d'une loi générale sur les PPP peuvent saisir cette occasion pour revoir et modifier, le cas échéant, les lois sectorielles existantes afin d'assurer leur cohérence avec la loi générale sur les PPP, ou bien indiquer clairement quel texte prévaut en cas de conflit (voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...).

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. 37 à 60). 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 garantit que les responsables de la réglementation n'ont pas de pouvoir illimité dans l'exercice de leur fonction, mais sont liés par les paramètres prescrits par la loi. D'une manière générale, toutefois, il est souhaitable d'éviter des dispositions législatives rigides ou trop détaillées concernant les aspects contractuels de 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. 11), que le cadre juridique soit stable. Les pays qui choisissent de ne promulguer des lois que pour les principes généraux et d'utiliser des règlements pour les points de détail devraient se garder de changer la réglementation trop souvent et éviter les incohérences entre les règlements et les lois sur lesquelles ils se fondent, car ce sont là des sources courantes d'incertitude et de différends en ce qui concerne les PPP (voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...). 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 que moyennant une autorisation législative préalable. Pour les pays qui souhaitent mettre en place des infrastructures ou des services publics au moyen de PPP, il est particulièrement important que la loi énonce clairement le fait que la fourniture de certains services publics peut être confiée à des entités autres que les autorités publiques. Une telle disposition générale peut s'avérer particulièrement importante dans les pays où les services publics sont des monopoles d'État, ou bien lorsqu'il est envisagé de faire appel à des entités privées pour fournir certains services dont le public bénéficiait jusqu'alors gratuitement (voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...).

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, au niveau national, provincial ou local), il peut être nécessaire, lorsque tous ces services et organismes ne peuvent être identifiés à l'avance, de prendre d'autres mesures pour assurer leur coordination efficace (voir chap. II « Planification et préparation du projet », par. 44 à 53).

32. Pour plus de clarté, il convient de recenser dans la législation générale les secteurs dans lesquels des contrats de PPP peuvent être conclus. À l'inverse, lorsqu'il est estimé que ce n'est ni possible ni souhaitable, la loi peut indiquer les activités ne

pouvant faire l'objet d'un tel contrat (par exemple, des activités liées à la défense ou à la sécurité nationale).

2. Objectif et portée des 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. 23 et 24), cette approche n'est pas conseillée. La loi pourrait plutôt prévoir, de manière générale, la possibilité de conclure des PPP en vue de 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 (par exemple dans le cas d'une compagnie de distribution d'eau) ou nationale (ce peut être le cas d'une compagnie de chemin de fer). Il peut couvrir le droit de fournir un certain type de biens ou de services à un tiers donné (c'est le cas d'un producteur d'électricité qui est le fournisseur exclusif du distributeur dans sa région) ou à un groupe restreint de clients (c'est le cas d'une entreprise nationale de téléphone interurbain qui offre des raccordements aux compagnies locales de téléphone).

35. La décision d'accorder ou non des droits d'exclusivité à un projet particulier ou à une catégorie de projets devrait être prise à la lumière de la politique appliquée par le pays hôte au secteur intéressé. Comme on l'a vu plus haut, 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. 28 à 32).

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. 19 et 20). La question de

l'exclusivité peut également être régie de manière différenciée, par des lois sectorielles.

D. Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure

37. Les projets de PPP qui portent sur la prestation directe par le partenaire privé de services ou de biens à la population (« PPP concessifs ») sont souvent liés à des secteurs ou à des activités faisant l'objet d'une réglementation spécifique. Le régime réglementaire applicable peut comprendre des règles de fond, des procédures, des instruments et des institutions. Ce cadre constitue un outil important pour la mise en œuvre de la politique gouvernementale en faveur du secteur visé (voir « Introduction et informations générales sur les partenariats public-privé », par. 25 et 26). Selon la structure institutionnelle du pays concerné et la répartition du pouvoir entre les différents niveaux de l'État, certains secteurs d'infrastructure peuvent être régis totalement par la législation provinciale ou locale ou concomitamment par cette dernière et par la législation nationale.

38. La réglementation des services d'infrastructure englobe une vaste gamme de questions générales et sectorielles qui peuvent varier sensiblement en fonction de la réalité sociale, politique, juridique et économique de chaque pays hôte. Si le *Guide* aborde parfois certaines des principales questions de réglementation apparaissant dans un contexte analogue dans différents secteurs (voir, par exemple, 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 « organismes de réglementation » désigne les mécanismes institutionnels nécessaires pour mettre en œuvre et suivre l'application des règles régissant les activités des exploitants d'infrastructures. Étant donné que ces règles laissent souvent une certaine marge 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 s'estime doté des structures institutionnelles et administratives et des ressources humaines nécessaires pour les mettre en œuvre. Néanmoins, pour apporter une aide aux organes législatifs nationaux qui considèrent 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).

1. Compétence sectorielle et attributions des organismes de réglementation

40. Les fonctions de réglementation peuvent être organisées sur des bases sectorielles ou transsectorielles. Les pays qui ont opté pour une démarche sectorielle ont souvent décidé de faire entrer dans la même structure réglementaire des secteurs étroitement associés ou des segments de ces secteurs (par exemple, organisme de réglementation commun pour l'électricité et le gaz ou pour les aéroports et les transports aériens). D'autres pays ont organisé la réglementation sur une base transsectorielle avec, dans certains cas, une entité de réglementation unique pour tous

les secteurs d'infrastructure et, dans d'autres cas, une entité distincte pour les services publics liés à l'énergie (eau, électricité, gaz) et aux télécommunications, et une autre pour les transports. Dans certains pays, la compétence des organismes de réglementation peut aussi s'étendre à plusieurs secteurs à l'intérieur d'une même région.

41. Les organismes de réglementation dont la compétence se limite à un secteur particulier encouragent habituellement le développement des compétences et savoir-faire techniques sectoriels. Des réglementations sectorielles peuvent faciliter l'élaboration de règles et de pratiques adaptées aux besoins du secteur concerné. Toutefois, le choix de réglementations sectorielles ou transsectorielles dépend en partie des moyens de réglementation dont dispose le pays. Les pays dont les connaissances spécialisées et l'expérience en matière de réglementation des infrastructures sont limitées jugeront peut-être préférable de réduire le nombre de structures indépendantes et essaieront de réaliser des économies d'échelle.

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

2. Mécanismes institutionnels

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

44. L'efficacité du régime de réglementation est dans la plupart des cas fonction de l'objectivité des décisions qui sont prises. Il s'ensuit que les organismes de réglementation doivent pouvoir prendre des décisions sans ingérence ou pression inopportune de la part des exploitants d'infrastructures ou des prestataires de services publics. À cet effet, la loi exige, dans plusieurs pays, l'indépendance du processus de prise de décisions touchant à la réglementation. Afin de parvenir au niveau souhaité d'indépendance, il est recommandé de séparer les fonctions de réglementation des fonctions opérationnelles en retirant aux prestataires de services publics toute fonction de réglementation qui pourrait encore leur échoir et en confiant celles-ci à une entité juridiquement et fonctionnellement indépendante. L'indépendance des organismes de réglementation est étayée par des dispositions visant à prévenir les conflits d'intérêt, comme l'interdiction, pour le personnel de l'organisme de réglementation, d'occuper des fonctions au sein des entreprises réglementées, de leurs sociétés mères ou de leurs filiales, d'accepter des cadeaux venant de celles-ci, de passer des contrats ou de nouer toute autre relation (que ce soit directement ou par l'intermédiaire de parents ou d'autres personnes) avec elles.

45. De ce point en découle un autre, à savoir qu'il faut réduire au minimum le risque que des décisions soient prises ou influencées par un organisme qui serait également

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

3. Pouvoirs des organismes de réglementation

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

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

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

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

4. Composition et budget des organismes de réglementation

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

51. Pour renforcer l'autonomie de l'organisme de réglementation, il peut être utile de faire intervenir diverses institutions dans le processus de désignation. Dans certains pays, les organismes de réglementation sont désignés par le chef de l'État sur la base d'une liste soumise par le parlement ; dans d'autres, le pouvoir exécutif désigne l'organisme de réglementation sous réserve de confirmation par le parlement ou sur la base de propositions soumises par ce dernier, par des associations d'utilisateurs ou par d'autres organismes. Certaines qualifications professionnelles minimales sont souvent exigées des responsables des organismes de réglementation ainsi que l'absence de conflits d'intérêt qui risqueraient de les disqualifier. Les mandats des membres des organismes de réglementation peuvent être échelonnés afin de prévenir toute rotation globale et d'empêcher que tous les membres ne soient désignés par le même gouvernement ; cet échelonnement favorise également la continuité dans la prise de décisions. Les mandats sont souvent confiés pour une durée déterminée, peuvent être non renouvelables et ne peuvent être résiliés de façon anticipée que pour certaines raisons (condamnation pénale, incapacité mentale, négligences graves ou manquement au devoir). Les organismes de réglementation ont souvent affaire à des juristes et à des comptables expérimentés ainsi qu'à d'autres experts travaillant pour l'industrie réglementée. Leurs personnels doivent donc pouvoir acquérir le même niveau de spécialisation, de compétences et de professionnalisme soit grâce à des formations internes, soit en s'attachant les services de conseillers extérieurs, selon le cas.

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

5. Réglementation : mécanisme et procédures

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

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

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

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

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

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

57. Si le recours contre les décisions des organismes de réglementation relève souvent de la compétence des juridictions étatiques, il est dans divers systèmes juridiques de la compétence exclusive de tribunaux spéciaux s'occupant uniquement de questions administratives et qui, dans certains pays, ne font pas partie du système judiciaire. S'il y a des inquiétudes quant au processus (au sujet, par exemple, de retards possibles ou de la capacité des tribunaux à faire des évaluations lorsque des décisions touchant à la réglementation abordent des questions économiques complexes), les fonctions de recours peuvent être confiées à un autre organisme, au moins dans un premier temps, avant que ne soient saisis en dernier ressort des tribunaux de l'ordre judiciaire ou administratif. Dans certains pays, les demandes de recours sont examinées par un organe de surveillance de haut niveau transsectoriel et indépendant. Dans d'autres, les demandes sont examinées par un comité composé de personnes exerçant des fonctions juridictionnelles et universitaires spécifiées. Quant aux motifs sur lesquels une demande de recours peut être fondée, des limites sont fixées dans de nombreux cas, en particulier pour ce qui est du droit de l'organe d'appel de substituer sa propre évaluation discrétionnaire des faits à celle de l'organe dont la décision fait l'objet d'un réexamen.

7. Règlement des différends entre prestataires de services publics

58. Des différends peuvent naître entre partenaires privés rivaux (par exemple, deux opérateurs de systèmes de téléphone cellulaire) ou entre partenaires privés fournissant des services dans des segments distincts du même secteur d'infrastructure. Ils peuvent donner lieu à des accusations de pratiques commerciales déloyales (par exemple, dumping de prix), de pratiques anticoncurrentielles incompatibles avec la politique du pays en matière d'infrastructure (voir "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé", par. 25 à 31) ou de non-respect de certaines obligations des prestataires de services publics (voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...). De nombreux pays ont estimé nécessaire de promulguer des dispositions législatives pour mettre en place un cadre approprié pour le règlement de ces différends.

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

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

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 réglementer 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 i), 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 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. 10 à 12), la sélection d'un partenaire privé qualifié (voir chap. III « Attribution du contrat », par. 6 à 9), la faisabilité technique et commerciale du projet, la solidité des dispositions contractuelles et leur adéquation pendant 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 qu'elle anticipe les risques et les imprévus susceptibles de survenir tout au long du cycle de vie de ce dernier.

3. Comme l'indique la section B, le cadre juridique des PPP devrait donc exiger – 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. 5 à 22). Ces études préliminaires devraient également se pencher sur les principaux risques rencontrés dans les PPP, y compris les solutions contractuelles courantes pour la répartition des risques, et sur le degré de souplesse qui sera nécessaire pour répartir efficacement les risques du projet (voir section C, par. 23 à 45). Les paragraphes 46 à 55 de la section D traitent des aspects institutionnels et administratifs de la préparation et de la coordination des projets. Les paragraphes 56 à 86 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 d'éventuels passifs illimités ou excessifs. Enfin, les paragraphes 87 à 98 et 99 à 101 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 »).

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. Ces études, lorsqu'elles sont correctement menées, ne servent pas seulement à étayer les choix stratégiques opérés en ce qui concerne le type de projet de PPP et la structure des procédures d'attribution de contrats. En effet, la phase d'évaluation et de planification d'un projet doit être détaillée et prendre en compte l'ensemble du cycle de vie du projet, afin d'offrir un socle solide pour les décisions fondamentales relatives à la conception et à la gestion du contrat (y compris les mécanismes de suivi et d'ajustement du ce dernier).

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 d'optimiser l'économie et l'efficacité. À cet égard, le *Guide pour l'incorporation de la Loi type* explique que la notion d'« économie » (souvent appelée « 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 est 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 de l'État 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 des travaux ou des services fournis par le partenaire privé, l'État doit être en mesure de démontrer que la réalisation du projet en tant que PPP est une option non seulement plus économique mais aussi plus efficace que, par exemple, la passation d'un marché public de travaux ou de services ou l'exploitation publique de l'infrastructure ou du système de services. Une mauvaise conception 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 un coût moins élevé que tout autre arrangement ou méthode qui permettrait de le mener à bien ou d'obtenir un résultat comparable. Il peut même être utile de refaire l'évaluation après la procédure d'appel d'offres afin d'assurer une cohérence totale de la méthode de calcul et des résultats (voir chap. III « Attribution du contrat », par. ...).

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

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.

13. Le financement de projet comme mode de financement vise à établir la solvabilité propre du partenaire privé avant même le début des travaux de construction ou la génération de recettes, et à emprunter en se fondant sur cette solvabilité. Des commentateurs ont fait observer que le financement de projet pouvait être un moyen de mobiliser la masse de capitaux 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 du partenaire privé. Si le projet échoue, les parties n'auront aucun recours, ou qu'un recours limité, pour se faire rembourser sur les fonds d'un promoteur du projet ou d'un autre tiers (voir aussi « Introduction et informations générales sur les partenariats public-privé », par. 57 et 58).

14. La méthodologie financière qui sous-tend le financement de projet exige une projection précise des dépenses d'investissement, recettes et coûts, frais, taxes et engagements liés au projet. Pour prévoir ces montants avec précision et certitude, et pour créer un modèle financier pour le projet, il est généralement nécessaire de partir d'une « hypothèse de base » pour les recettes, coûts et frais du partenaire privé, 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. 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 paragraphes 27 à 36 de la section C.)

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 États ont réalisé des projets qui ne pouvaient pas être financés dans le cadre de leur budget ou qui exposaient les finances publiques à des risques budgétaires excessifs sous la forme d'engagements conditionnels mal évalués et inadéquatement pris en compte. Il est donc souhaitable que l'autorité contractante ou toute entité centrale ayant la responsabilité globale de la politique en matière de PPP (voir ci-dessous, par. 47) évalue à un stade précoce les coûts et les risques 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. 6 à 14). Une évaluation approfondie des risques budgétaires devrait tenir compte d'un large éventail de facteurs susceptibles d'affecter l'équilibre financier global du projet (voir ci-dessous, par. 23 à 36), ainsi que des possibilités de répartition des risques par le biais des droits et obligations contractuellement convenus (voir ci-dessous, par. 37 à 45). En outre, afin de bien estimer les résultats attendus et les implications budgétaires du projet tout au long de son cycle de vie, l'évaluation doit prendre en compte au moins 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. 56 à 86). Il est fondamental d'effectuer dès l'abord une telle estimation des incidences budgétaires de l'éventuel appui que l'administration pourrait apporter à un projet de PPP, afin d'éviter l'exposition du secteur public à des responsabilités illimitées 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 macro-budgétaires des projets de PPP. Destiné essentiellement aux bureaux responsables des PPP au sein des ministères des finances, le P-FRAM (modèle d'évaluation des risques budgétaires liés aux PPP) utilise des logiciels standard pour traiter les données spécifiques au projet 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 représente une option efficace et économiquement justifiable face à d'autres modalités de réalisation d'un projet donné par la passation de marchés publics. Le fait que les résultats de l'analyse du rapport qualité-prix soient négatifs ne signifie pas nécessairement que le projet en tant que tel n'est pas réalisable, mais l'autorité contractante devrait envisager des options plus abordables qu'un PPP. De même, le fait qu'un projet proposé présente un bon rapport qualité-prix ne signifie pas nécessairement qu'il devrait être réalisé par le biais d'un PPP. L'administration concernée doit être convaincue que le projet répond à l'ensemble de ses besoins et stratégies en matière d'infrastructure et de mise en place de services publics (voir chap. I « Cadre juridique et institutionnel général », par. 17 et 18), ainsi qu'à ses politiques économiques et sociales, en tenant dûment compte des engagements pris pour atteindre ses objectifs en matière de développement durable.

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

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 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 dès le stade de la planification la viabilité du projet et ses impacts environnementaux, économiques et sociaux. Du point de vue de la bonne gouvernance et de la transparence, il est en outre souhaitable de prendre en considération à ce stade les intérêts des partenaires non commerciaux et des parties prenantes – éventuellement par le biais d'un mécanisme de consultation adéquat – afin d'encourager le public à soutenir le projet et de réduire le risque de contestations ou même de litiges ultérieurement.

4. Étude d'impact sur l'environnement

19. L'analyse des incidences économiques et sociales d'un projet devrait être complétée par une évaluation approfondie de son impact environnemental. La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement demande expressément que l'étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, soit entreprise « pour les activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendant de la décision d'une autorité nationale compétente »³. Lorsqu'un projet pourrait par ailleurs avoir des « effets transfrontières sérieusement nocifs sur l'environnement », les États sont en outre invités à « prévenir suffisamment à l'avance les États susceptibles d'être affectés » et à « mener des consultations avec ces États rapidement et de bonne foi »⁴. L'étude d'impact sur l'environnement (EIE) est un processus systématique destiné à identifier et à évaluer les conséquences, les effets et les impacts environnementaux potentiels (ainsi que, dans une moindre mesure, les impacts sociaux et économiques) d'un projet envisagé, de telle sorte que des informations puissent être fournies aux décideurs et aux autres parties prenantes en vue de minimiser, d'atténuer ou d'éliminer complètement tout impact négatif potentiel découlant du projet de développement proposé⁵. Les principes de bonne gouvernance et de transparence en matière d'environnement exigent que le processus d'EIE soit ouvert et inclusif, et qu'il repose pour cela sur un mécanisme qui garantit l'accès à l'information et la participation de toutes les parties

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

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

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

prenantes potentiellement concernées au processus décisionnel, conformément aux normes internationales pertinentes⁶.

20. Il est essentiel de réaliser une EIE, pour s'assurer que les projets sont durables et n'ont pas d'effets négatifs aussi bien sur les êtres humains que sur l'environnement naturel (si besoin est, il est possible de mettre en place des mesures d'atténuation pour enrayer de tels effets). S'agissant des projets proposés, l'EIE devrait aider à en comprendre les conséquences ou les incidences sur l'environnement et à identifier les moyens de les améliorer, par exemple en minimisant les impacts environnementaux négatifs. À cette fin, elle devrait examiner et évaluer l'impact que le projet proposé est susceptible d'avoir sur le milieu naturel, l'environnement local et les communautés locales et définir les mesures nécessaires pour éviter, réduire ou compenser les effets environnementaux après la mise en œuvre du projet. Ces mesures devraient se traduire par des obligations correspondantes pour le partenaire privé à la fois pendant la phase de construction et pendant celle d'exploitation du projet (voir respectivement chap. IV, « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ... et ...). Il est de plus en plus important que les EIE comportent une évaluation de l'obsolescence probable des installations ou de la technologie qui leur est liée ; il convient également de souligner la nécessité d'élaborer un plan de déclassement respectueux de l'écologie et d'intégrer des mesures de déclassement dans le contrat de PPP (voir chap. V, « Durée, prorogation et résiliation du contrat de PPP », par. ...).

5. Impact sur la concurrence

21. L'autorité contractante doit également examiner au stade de la planification l'opportunité d'accorder au partenaire privé des droits exclusifs pour l'exploitation de l'infrastructure ou la prestation du service concerné, voire se demander si ledit partenaire pourrait effectivement avoir besoin d'une telle exclusivité pour garantir le recouvrement de son investissement initial. Dans le cadre de cette évaluation préliminaire, il faudrait s'interroger sur l'étendue géographique de l'exclusivité (au cas où des droits exclusifs seraient accordés) et prendre en compte la politique nationale applicable aux secteurs concernés (voir « Introduction et informations générales sur les partenariats public-privé », par. 27 à 45 et chap. I « Cadre juridique et institutionnel général », par. 24 à 28). La question de l'exclusivité joue un rôle central dans l'évaluation d'une part de la viabilité financière et commerciale et d'autre part des incidences économiques et sociales du projet. D'un point de vue pratique, l'exclusivité constitue l'une des dispositions fondamentales du contrat (voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...) et elle affecte également le niveau de soutien administratif dont le partenaire privé pourra bénéficier (voir section E, Appui des pouvoirs publics, f) Protection contre la concurrence).

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

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

visant à accorder des droits exclusifs (sur le sujet de la concurrence, voir aussi chap. VII, “Autres domaines pertinents du droit”, par. ...).

C. Risques de projet et leur répartition

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

[Les paragraphes 24 et 25 correspondent aux paragraphes 8 à 29 du chapitre II, tels qu'ils figurent dans le Guide législatif, à l'exception des modifications terminologiques expliquées dans les paragraphes 17 à 19 et 31 du document A/CN.9/939 et d'autres ajustements traduisant l'élargissement du champ d'application du Guide et les délibérations tenues à la 51^e session de la Commission et à la réunion du Groupe intergouvernemental d'experts (Vienne, 26-30 novembre 2018).]

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

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

26. La partie assumant un risque donné peut prendre des mesures préventives en vue de limiter la probabilité de ce risque ainsi que des mesures spécifiques pour se protéger, intégralement ou partiellement, contre ses conséquences. Ces mesures sont souvent dites d'« atténuation des risques ». Dans le précédent exemple, le partenaire privé examinera soigneusement la fiabilité des équipementiers et la technologie proposée. Il pourra exiger de ses équipementiers qu'ils apportent des garanties indépendantes concernant le fonctionnement de leurs équipements. Le fournisseur peut également être tenu de verser au partenaire privé des pénalités ou des dommages-intérêts d'un montant pour les conséquences du non-fonctionnement de ses équipements. Dans certains cas, une chaîne plus ou moins complexe d'arrangements contractuels peut être établie pour atténuer les conséquences d'un risque de projet. Par exemple, le partenaire privé peut combiner les garanties offertes

par l'équipementier avec une assurance commerciale couvrant certaines conséquences de l'interruption de son activité en raison du non-fonctionnement des équipements.

1. Aperçu des principales catégories de risques de projet

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

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

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

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

29. Le partenaire privé et les prêteurs courent le risque que l'exécution du projet subisse les effets négatifs d'actes de l'autorité contractante, d'une autre entité publique ou de l'organe législatif du pays hôte. Souvent qualifiés de « politiques », ces risques peuvent être classés en trois grandes catégories : risques politiques « traditionnels » (par exemple, nationalisation des avoirs du partenaire privé ou imposition de nouvelles taxes compromettant l'aptitude de celui-ci à rembourser ses prêts et à amortir ses investissements) ; risques réglementaires (par exemple, introduction de normes plus rigoureuses de prestation des services ou ouverture d'un secteur à la concurrence) et risques « quasi commerciaux » (par exemple, non-respect de ses engagements par l'autorité contractante ou interruptions du projet dues à un changement des priorités et des plans de l'autorité contractante) (pour un examen des conséquences juridiques de la survenue de tels événements, voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...). Outre ceux qui sont liés au pays hôte, certains autres risques politiques peuvent résulter d'actes d'un gouvernement étranger (blocus, embargo ou boycottage imposés par le gouvernement du pays d'origine des investisseurs).

c) Risques de construction et d'exploitation

30. Les principaux risques encourus par les parties pendant la phase de construction sont le risque que l'ouvrage ne puisse pas être achevé ou livré conformément au calendrier convenu (risque d'achèvement) ; que les coûts de construction dépassent les estimations initiales (risque de dépassement des coûts de construction) ; ou que l'ouvrage, une fois achevé, ne réponde pas aux critères de fonctionnement (risque de fonctionnement). De même, pendant la phase d'exploitation, les parties courent le risque que l'ouvrage achevé ne puisse être efficacement exploité ou maintenu pour produire la capacité, le produit ou le rendement escomptés (risque de fonctionnement) ; ou que les coûts d'exploitation dépassent les estimations initiales (dépassement des coûts d'exploitation). On notera que les risques de construction et

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

d'exploitation ne touchent pas seulement le secteur privé. L'autorité contractante et les usagers du pays hôte peuvent être gravement touchés par une interruption de la fourniture de services nécessaires. Les pouvoirs publics, en tant que représentant de l'intérêt général, se préoccupent habituellement des risques liés à la sûreté ou des dommages causés à l'environnement par une exploitation défectueuse de l'infrastructure.

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

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

d) Risques commerciaux

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

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

e) Taux de change et autres risques financiers

35. Le risque de change a trait à la possibilité que des mouvements des taux réduisent la valeur de change des liquidités tirées du projet. Les droits et redevances perçus auprès des usagers ou clients locaux seront vraisemblablement réglés en monnaie locale alors que les prêts et, parfois, les dépenses d'équipement ou de carburant pourront être libellées en devises étrangères. Ce risque peut être considérable, car les taux de change sont particulièrement instables dans de nombreux pays en développement ou dans des pays dont l'économie est en transition. Outre ces fluctuations, le partenaire privé court le risque qu'un contrôle des changes ou une pénurie des réserves de devises étrangères limite l'offre, sur le marché local, des devises dont il a besoin pour assurer le service de sa dette ou amortir son investissement initial.

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

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

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

38. Les lignes directrices pratiques données aux autorités contractantes dans un certain nombre de pays font souvent référence aux principes généraux de la répartition des risques de projet. L'un de ces principes veut que les risques spécifiques soient normalement supportés par la partie la mieux à même de les évaluer, de les contrôler et de les gérer. D'autres principes prévoient de faire supporter les risques de projet à la partie ayant les meilleures possibilités de couverture (à savoir mécanismes d'investissement permettant de compenser les pertes subies dans une opération en réalisant un profit simultané dans une autre opération) ou ayant la plus grande aptitude à diversifier les risques ou à les atténuer au moindre coût. En pratique, toutefois, la répartition des risques dépend souvent à la fois de considérations politiques (intérêt général du projet ou somme des risques pris par l'autorité contractante au titre de divers projets, par exemple) et du pouvoir de négociation des parties. En outre, il est important, pour répartir les risques, de prendre en compte la solidité financière des parties qui seront amenées à supporter un risque spécifique et leur aptitude, au cas où ce risque se concrétiserait, à en assumer les conséquences.

39. C'est habituellement le partenaire privé et ses entrepreneurs qui assument les risques ordinaires liés à la construction et à l'exploitation de l'infrastructure. Ainsi, les risques de dépassement des délais et des coûts et les autres risques qui existent généralement lors de la phase de construction sont habituellement supportés par le ou les constructeurs en vertu d'un contrat de construction clefs en main par lequel le constructeur assume l'entière responsabilité de la conception et de la construction de l'infrastructure pour un prix et une date donnés et en respectant des spécifications techniques particulières (voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...). Le constructeur est généralement tenu de verser des dommages-intérêts spécifiés ou une amende pour tout retard. En outre, il est

généralement tenu de fournir une garantie de bonne exécution telle qu'une caution bancaire ou un cautionnement. Chaque équipementier est également tenu, en règle générale, de fournir des garanties quant aux caractéristiques techniques de son matériel. Les garanties de bonne exécution fournies par les entrepreneurs et les équipementiers sont souvent complétées par des garanties similaires fournies par le partenaire privé au bénéfice de l'autorité contractante. De même, le partenaire privé atténue habituellement son risque d'exploitation en concluant un contrat d'exploitation et de maintenance par lequel la société d'exploitation s'engage à fournir le produit exigé et à assumer la responsabilité en cas de défaillances d'exploitation. Dans la plupart des cas, des arrangements de ce type sont indispensables à la réussite du projet. Les prêteurs, quant à eux, s'efforceront de se mettre à l'abri des conséquences de ces risques en exigeant, par exemple, la cession du produit de toute caution émise pour garantir le travail de l'entrepreneur. Les accords de prêt prévoient en général que le produit découlant des cautionnements de bonne exécution soit déposé sur un compte gagé au profit des prêteurs (à savoir un « compte séquestre ») à titre de garantie contre les détournements de fonds dont le partenaire privé pourrait se rendre responsable ou les saisies que pourraient opérer des tiers (par exemple, d'autres créanciers). Néanmoins, les fonds versés au titre de ces cautionnements sont mis régulièrement à la disposition du partenaire privé selon les besoins pour couvrir les frais des réparations ou les dépenses de fonctionnement ou autres.

40. L'autorité contractante, de son côté, devra supporter les risques relatifs à des événements dépendant d'elle, comme la fourniture de spécifications techniques insuffisantes lors du processus de sélection ou un retard dû à la non-fourniture en temps voulu du matériel prévu. Elle peut aussi être amenée à assumer les conséquences de perturbations dues à des actes des pouvoirs publics en acceptant, par exemple, de dédommager le partenaire privé en cas de diminution des recettes liée à des mesures de contrôle des prix (voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...). Si certains risques politiques peuvent être atténués en contractant une assurance, l'obtention d'une telle assurance, en supposant qu'elle soit possible dans le pays concerné, ne le sera peut-être pas à un coût acceptable. Ainsi, les investisseurs et prêteurs potentiels pourraient s'adresser aux pouvoirs publics afin, par exemple, d'obtenir des garanties contre l'expropriation ou la nationalisation et être assurés d'être convenablement dédommagés au cas où de telles mesures seraient prises (voir par. ...). En fonction de leur évaluation du niveau de risque encouru dans le pays hôte, les investisseurs et prêteurs potentiels ne voudront peut-être pas s'engager dans un projet sans recevoir de telles assurances ou garanties.

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

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

43. Une autre catégorie de risques pouvant être répartis selon différentes modalités regroupe les risques liés à des événements extérieurs au projet tels que guerres, troubles civils, catastrophes naturelles ou autres, sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle. Dans le cas de projets d'infrastructure traditionnels, réalisés par le secteur public, l'entité publique concernée supporte généralement le risque, par exemple, de

destruction de l'infrastructure par une catastrophe naturelle ou par un événement analogue, dans la mesure où ce risque ne peut être assuré. Dans le cas de projets de PPP, les pouvoirs publics préféreront peut-être que ce type de risques soit supporté par le partenaire privé. Toutefois, selon la façon dont il évalue ces risques particuliers dans le pays hôte, le secteur privé peut ne pas être disposé à les supporter. Il n'existe donc pas, en pratique, de solution unique pour couvrir cette catégorie de risque, et des arrangements spéciaux sont souvent conclus pour chacun d'eux. Ainsi, les parties peuvent convenir que la survenue d'un de ces événements dispense la partie affectée de se conformer aux dispositions relatives au défaut d'exécution dans le contrat de PPP, auquel cas des arrangements contractuels prévoient des solutions à certaines des conséquences néfastes de ces événements, comme l'extension du contrat en vue de compenser le retard dû auxdits événements, voire, dans certaines circonstances, une forme de versement direct (voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...). Ces arrangements seront complétés par une assurance commerciale contractée, s'il s'en trouve pour un coût abordable, par le partenaire privé (voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...).

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

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

D. Coopération administrative

46. Selon la structure administrative du pays hôte, les PPP peuvent exiger la participation de plusieurs autorités publiques à différents niveaux de l'État. Par exemple, l'établissement des règlements régissant l'activité concernée peut relever en

totalité ou en partie de la compétence d'une autorité publique située à un autre niveau que celle qui est chargée de fournir le service correspondant. Il se peut également que les fonctions réglementaires et opérationnelles soient regroupées au sein d'une seule entité, mais que le pouvoir d'octroyer des contrats publics soit centralisé et exercé par une autorité publique différente. Pour les projets où interviennent des investisseurs étrangers, il peut également arriver que certaines questions ressortent de la compétence d'un organisme chargé d'approuver les propositions d'investissements étrangers.

47. L'expérience internationale 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 le partenaire privé. Un tel arrangement peut toutefois être impossible dans certains pays, en raison de leur organisation administrative particulière. En pareil cas, d'autres mesures peuvent être envisagées pour assurer un niveau de coordination satisfaisant entre les diverses autorités publiques concernées, comme le montrent les paragraphes qui suivent.

1. Coordination des mesures préparatoires

48. Lorsque le futur projet a été identifié et qu'une analyse a permis de déterminer qu'un PPP était la meilleure modalité pour sa réalisation, c'est à l'État qu'il incombe de fixer le rang de priorité de ce projet et d'affecter des ressources (humaines et autres) à son exécution. Il est alors souhaitable que l'autorité contractante fasse le point sur les exigences législatives ou réglementaires existantes en matière d'exploitation d'infrastructures du type proposé afin de recenser les principales autorités publiques dont la contribution sera nécessaire à l'exécution du projet. Il importe également, à ce stade, d'envisager les mesures qui pourraient être requises pour que l'autorité contractante et les autres autorités publiques concernées s'acquittent des obligations auxquelles elles peuvent raisonnablement s'attendre dans le cadre du projet. Par exemple, l'État peut être amené à prendre des dispositions budgétaires prévisionnelles pour permettre à l'autorité contractante ou aux autres autorités publiques de faire face à des engagements financiers qui s'étendront sur plusieurs cycles budgétaires, tels que 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. ... et ...). En outre, un train de mesures administratives peut être nécessaire pour mettre en œuvre certaines formes d'aide au projet, telles que les exonérations fiscales et la facilitation des formalités douanières (voir par. 26 à 56), ce qui peut prendre beaucoup de temps.

2. Préparatifs en vue de la sélection du partenaire privé

49. 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.

50. Cependant, la souplesse ne signifie pas que l'autorité contractante devrait être libre de prendre ces décisions à tout moment ou de modifier la nature de la procédure

sans motif valable. Au contraire, il est essentiel que, dès le stade de la planification, l'autorité contractante identifie et étudie en détail la procédure de sélection la mieux adaptée parmi celles qui sont prévues par la législation nationale générale en matière de marchés publics ou par les lois spécifiques sur les PPP (voir chap. III « Attribution du contrat », par. ...). 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. 16), 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, voire une combinaison de deux) et d'autres éléments essentiels de la conception du projet détermineront, par exemple, la mesure dans laquelle l'autorité contractante se penchera sur les aspects physiques des travaux et pourront, à leur tour, influencer la mesure dans laquelle elle souhaitera contrôler certains aspects techniques en préparant un ensemble de spécifications, ou si elle préférera permettre aux soumissionnaires de proposer leurs propres solutions de bout en bout pour atteindre les résultats escomptés. Différentes procédures de sélection peuvent exister et permettre de répondre aux préférences de l'autorité contractante (voir chap. III « Attribution du contrat », par. ...).

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

52. L'affinement des hypothèses de répartition des risques prises en compte lors de l'analyse du rapport qualité-prix et la détermination des conditions essentielles du contrat (y compris celles qui ne sont pas négociables) constitue une autre étape cruciale de la préparation pour l'autorité contractante ; il s'agit là d'un élément central du processus de sélection et de l'une des bases de comparaison des propositions reçues (voir chap. III « Attribution du contrat », par. ...). 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

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

permis pour des raisons non imputables au partenaire privé risquent de majorer le coût du projet et le prix payé par les usagers.

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

55. Toutefois, il convient de noter que la répartition du pouvoir administratif entre les divers niveaux de l'État (par exemple, local, régional et central) reflète souvent les principes fondamentaux de l'organisation politique d'un pays. C'est pourquoi, dans certains cas, l'administration centrale n'est pas en mesure d'assumer la responsabilité de la délivrance de la totalité des licences et permis ou de confier cette fonction de coordination à un organisme unique. Dans de tels cas, il serait important de prendre des mesures pour éviter les retards qui pourraient résulter d'une telle répartition du pouvoir administratif comme, par exemple, conclure des accords entre l'autorité contractante et les autres autorités publiques concernées afin de faciliter les procédures dans le cas d'un projet particulier, ou 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

[Les paragraphes 56 à 86 correspondent aux paragraphes 30 à 60 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 et d'autres ajustements traduisant l'élargissement du champ d'application du Guide et les délibérations tenues à la 51^e session de la Commission et à la réunion du Groupe intergouvernemental d'experts (Vienne, 26-30 novembre 2018).]

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

57. L'appui des pouvoirs publics peut revêtir plusieurs formes. En général, toute mesure qu'ils prennent pour créer un climat plus propice aux investissements en faveur de projets de PPP peut être considérée comme une forme d'appui. De ce point de vue, l'existence d'une législation permettant aux pouvoirs publics d'attribuer des contrats de PPP ou l'établissement d'une structure hiérarchique claire pour la négociation et le suivi de ces contrats (voir chap. I, « Cadre législatif et institutionnel général », par. 29 à 36) peuvent constituer d'importantes mesures d'appui à leur exécution. Telle qu'elle est employée dans le *Guide*, l'expression « appui des pouvoirs publics » a toutefois un sens plus restreint puisqu'elle désigne en particulier les

mesures spéciales, dans la plupart des cas financières ou économiques, que les pouvoirs publics peuvent prendre pour créer des conditions plus favorables à l'exécution d'un projet donné ou aider le partenaire privé à faire face à certains risques liés au projet, ces mesures dépassant le cadre normal des arrangements contractuels sur lesquels se sont entendues l'autorité contractante et le partenaire privé pour répartir les risques. Lorsqu'elles existent, les mesures d'appui des pouvoirs publics font généralement partie intégrante des programmes que ceux-ci élaborent pour attirer des investissements privés en faveur de projets d'infrastructure.

1. Considérations stratégiques concernant l'appui des pouvoirs publics

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

59. Compte tenu de ce qui précède, de nombreux pays ont adopté une stratégie souple en matière d'appui des pouvoirs publics. Dans certains d'entre eux, des dispositions législatives ont été introduites, qui permettent de varier le niveau et le type d'appui en fonction des besoins de chaque secteur d'infrastructure. Dans d'autres, la loi donne aux pouvoirs publics l'autorité et la discrétion voulues pour accorder ou refuser certains types d'assurances ou de garanties. Les pouvoirs publics souhaiteront toutefois s'assurer que le niveau et le type d'appui fourni à un projet n'entraînent pas une prise de responsabilité illimitée. En effet, s'ils excèdent leurs capacités en octroyant des garanties trop importantes pour un projet donné, ils risquent de ne plus pouvoir en accorder pour d'autres projets présentant un intérêt général qui pourrait être supérieur.

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

publiques, de manière à tenir compte du montant escompté des coûts ou pertes de revenu futurs.

2. Formes d'appui des pouvoirs publics

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

62. En règle générale, outre les mesures administratives et budgétaires qui peuvent être nécessaires pour garantir le respect des engagements pris par les pouvoirs publics pendant toute la durée du projet, il est souhaitable que l'organe législatif examine l'éventuelle nécessité d'une autorisation législative explicite pour fournir certaines formes d'appui. Lorsqu'un appui des pouvoirs publics est jugé souhaitable, il importe que l'organe législatif garde à l'esprit les obligations qu'a contractées le pays hôte en vertu d'accords internationaux d'intégration économique régionale ou de libéralisation des échanges, qui peuvent limiter l'aptitude des autorités publiques des États contractants à fournir un appui, financier ou autre, aux sociétés opérant sur leur territoire. De surcroît, lorsque les pouvoirs publics envisagent d'appuyer l'exécution d'un projet d'infrastructure, cette circonstance devrait être précisée à tous les soumissionnaires potentiels en temps opportun pendant la procédure de sélection (voir chap. III, « Attribution du contrat », par. 75).

a) Prêts publics et garanties de prêts

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

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

65. Ainsi, outre des mesures générales visant à améliorer l'efficacité de programmes d'appui des pouvoirs publics (voir par. 60), il peut être souhaitable d'envisager des dispositions concrètes limitant l'exposition de ces derniers au titre de garanties de prêts. Les règles régissant l'offre de garanties de prêts peuvent prévoir un plafond, qui pourrait être exprimé sous la forme d'un montant fixe ou, si l'on a besoin de davantage de souplesse, d'un certain pourcentage de l'investissement total dans tout

projet donné. Une autre mesure permettant de limiter les responsabilités éventuelles de l'organisme se portant garant peut consister à définir les cas dans lesquels ces garanties peuvent être étendues, compte tenu des types de risque de projet que les pouvoirs publics peuvent être disposés à partager. Si, par exemple, les pouvoirs publics envisagent de ne partager que les risques d'interruption temporaire causée par des événements sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle, les garanties pourraient se limiter au cas où le partenaire privé est mis temporairement dans l'incapacité de servir des intérêts en raison de la survenue d'événements imprévisibles spécifiés sur lesquels il n'a aucun contrôle. Si les pouvoirs publics souhaitent accorder un plus grand degré de protection aux prêteurs, les garanties peuvent couvrir l'incapacité permanente du partenaire privé de rembourser ses emprunts pour les mêmes raisons. Dans ce cas, cependant, il est souhaitable de ne pas supprimer les mécanismes incitant les prêteurs à faire en sorte que le projet se poursuive, par exemple en identifiant un autre concessionnaire adéquat ou en intervenant par l'intermédiaire d'un agent désigné pour pallier la défaillance du partenaire privé (voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...). Le recours aux garanties des pouvoirs publics pourrait ainsi être conditionné par l'épuisement préalable des autres solutions offertes aux prêteurs dans le cadre de l'accord de projet, des accords de prêt ou des accords qu'ils ont conclus directement, le cas échéant, avec l'autorité contractante. Quoi qu'il en soit, l'offre par les pouvoirs publics de garanties de prêts intégrales représentant une protection totale des prêteurs contre le risque de défaillance du partenaire privé n'est pas un élément fréquent des projets d'infrastructure exécutés dans le cadre de la formule du financement de projet.

b) Prise de participation

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

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

c) Subventions

68. Des subventions tarifaires sont utilisées dans certains pays pour compléter les recettes du partenaire privé lorsque les recettes réelles du projet sont inférieures à un certain niveau minimum. L'offre de services dans certaines régions où le partenaire privé est tenu d'opérer peut ne pas être rentable du fait de la faible demande ou du montant élevé des coûts d'exploitation, ou parce que le partenaire privé doit offrir le service à une certaine partie de la population à faible prix. Aussi, la législation de

certain pays autorise-t-elle les pouvoirs publics à fournir des subventions au partenaire privé afin qu'il puisse offrir les services à un prix réduit.

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

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

d) Garanties souveraines

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

i) Garanties de bonne exécution par l'autorité contractante

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

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

aux prêteurs lorsque la garantie est souscrite par une institution financière internationale ;

b) *Garanties d'approvisionnement.* Des garanties d'approvisionnement peuvent également être offertes pour protéger le partenaire privé contre les conséquences d'une incapacité dans laquelle pourraient se trouver des entités publiques de fournir des biens et du matériel nécessaires à l'exploitation de l'infrastructure – combustible, électricité ou eau, par exemple – ou pour assurer le versement d'indemnités que l'entité contractante peut être tenue de régler en vertu de l'accord d'approvisionnement ;

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

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

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

74. À la différence des garanties de bonne exécution, qui protègent le partenaire privé contre les conséquences d'une défaillance de l'autorité contractante, les garanties examinées ici ont trait aux actes d'autres autorités du pays hôte qui nuisent aux droits du partenaire privé ou compromettent gravement la mise en œuvre du contrat de PPP. Ces garanties sont souvent appelées « garanties contre les risques politiques ».

75. Un type de garantie prévu dans les législations nationales consiste en des garanties de change, qui remplissent généralement trois fonctions : garantir la convertibilité des bénéfices réalisés localement en devises étrangères ; garantir la disponibilité des devises étrangères nécessaires et garantir la transférabilité à l'étranger des sommes converties. Les garanties de change sont fréquentes dans les projets de PPP faisant appel à d'importants emprunts libellés en devises autres que la monnaie locale, notamment dans les pays n'ayant pas de monnaie librement convertible. Certaines législations prévoient également qu'une telle garantie peut être

adossée à une garantie bancaire émise en faveur du partenaire privé. Une garantie de change n'a généralement pas pour vocation de protéger le partenaire privé et les prêteurs contre les risques liés à la fluctuation des changes ou aux dévaluations induites par le marché, qui sont considérés comme des risques commerciaux ordinaires. Dans la pratique, toutefois, les pouvoirs publics acceptent parfois d'aider le partenaire privé lorsque celui-ci n'est pas en mesure de rembourser ses dettes en devises en raison d'une dévaluation extrême de la monnaie locale.

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

e) Avantages fiscaux et douaniers

77. Une autre méthode utilisable par les autorités du pays hôte pour appuyer l'exécution de projets de PPP est de consentir des exemptions, des réductions ou d'autres avantages fiscaux et douaniers. Le droit interne relatif aux investissements étrangers directs prévoit des régimes fiscaux spéciaux visant à encourager les investissements étrangers et, dans certains pays, on a jugé utile d'étendre expressément ce régime fiscal aux sociétés étrangères participant à des projets de PPP (voir chap. VII « Autres domaines pertinents du droit », par. 34 à 39).

78. Généralement, les exemptions ou avantages fiscaux incluent l'exemption d'impôt sur le revenu ou sur les bénéfices ou d'impôt foncier sur l'infrastructure, ou l'exemption d'impôt sur les intérêts de prêts et d'autres obligations financières contractées par le partenaire privé. Certaines lois prévoient que toutes les transactions liées à un projet de PPP seront exemptées de droit de timbre ou de droits analogues. Dans certains cas, la loi établit un traitement fiscal préférentiel ou prévoit que le partenaire privé bénéficiera du traitement fiscal favorable accordé généralement aux investissements étrangers. Parfois, l'avantage fiscal prend la forme d'un taux d'imposition des revenus plus favorable associé à un niveau dégressif d'exemption pendant les premières années du projet. Ces exemptions et avantages sont parfois étendus aux entrepreneurs engagés par le partenaire privé, en particulier les entrepreneurs étrangers.

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

80. Outre les avantages et exemptions d'ordre fiscal, les lois nationales facilitent parfois l'importation d'équipements destinés au partenaire privé au moyen d'une exemption de droits de douane. Cette exemption s'applique généralement au paiement de droits d'importation sur les équipements, les machines, les accessoires, les

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

f) Protection contre la concurrence

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

82. Les dispositions de ce type peuvent avoir pour objet de convaincre les promoteurs du projet et les prêteurs que les conditions de base auxquelles le projet a été consenti seront respectées. Cependant, elles peuvent être incompatibles avec les obligations internationales du pays hôte en vertu d'accords d'intégration économique régionale et de libéralisation des échanges. En outre, elles peuvent limiter l'aptitude des pouvoirs publics à répondre à une augmentation de la demande concernant ledit service comme peut l'exiger l'intérêt général ou à garantir l'accès aux services à différentes catégories d'utilisateur. Il importe donc d'examiner soigneusement les intérêts des différentes parties concernées. Par exemple, le niveau de tarification requis pour permettre une exploitation rentable d'une route à péage peut dépasser la capacité de paiement des couches à faible revenu de la population. Ainsi, l'autorité contractante peut avoir intérêt à maintenir ouverte au public une route gratuite parallèlement à une nouvelle route à péage. Dans le même temps, cependant, si l'autorité contractante décide d'améliorer ou de développer l'autre route, le flux de circulation risque d'être détourné de la route à péage construite par le partenaire privé, compromettant ainsi ses rentrées de recettes. De même, les pouvoirs publics souhaiteront peut-être introduire une libre concurrence pour l'offre de services téléphoniques à longue distance afin de développer l'offre et de réduire le coût des services de télécommunication (pour un bref aperçu des questions relatives à la concurrence, voir « Introduction et informations générales sur les partenariats public-privé », par. 28 à 31). Une telle mesure peut cependant avoir pour conséquence une érosion importante des recettes sur lesquelles comptait le partenaire privé.

83. En règle générale, il peut être utile d'autoriser les pouvoirs publics à donner, s'il y a lieu, l'assurance que les droits exclusifs du partenaire privé ne seront pas indûment affectés par un changement subséquent de la politique gouvernementale sans une compensation appropriée. Cependant, il peut ne pas être souhaitable d'adopter des dispositions législatives excluant toute possibilité de changement subséquent de la politique gouvernementale dans le secteur concerné, y compris une décision de favoriser la concurrence ou de construire une infrastructure parallèle. Les éventuelles conséquences d'un tel changement pour le partenaire privé devraient être envisagées par les parties dans les clauses contractuelles traitant des changements de situation (voir chap. IV « Mise en place du PPP : cadre juridique et contrat de PPP », par. ...). Il est particulièrement souhaitable d'accorder à l'autorité contractante le pouvoir

nécessaire de négocier avec le partenaire privé la compensation qui pourrait être due pour tout dommage ou perte susceptible de résulter du lancement ultérieur par l'autorité contractante d'une infrastructure concurrente ou de toute mesure équivalente prise par les pouvoirs publics qui porterait atteinte aux droits exclusifs du partenaire privé.

g) Sources de recettes accessoires

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

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

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

F. Garanties accordées par des institutions financières internationales

[Les paragraphes 87 à 97 correspondent aux paragraphes 61 à 71 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 et d'autres ajustements traduisant l'élargissement du champ d'application du Guide et les délibérations tenues à la 51^e session de la Commission et à la réunion du Groupe intergouvernemental d'experts (Vienne, 26-30 novembre 2018).]

87. Aux garanties émises directement par les autorités du pays hôte peuvent s'ajouter des garanties accordées par des institutions financières internationales telles que la Banque mondiale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements et les banques de développement régionales. Elles prémunissent généralement le partenaire privé contre certains risques politiques mais peuvent aussi, dans certains cas, le prémunir contre un non-respect du contrat de PPP, par exemple lorsqu'il n'honore pas ses engagements au titre des emprunts contractés par suite de l'inexécution d'une obligation par l'autorité contractante.

1. Garanties accordées par des institutions de prêt multilatérales

88. Outre les prêts qu'elles consentent aux États et aux autorités publiques, les institutions de prêt multilatérales telles que la Banque mondiale et les banques de

développement régionales ont également mis au point des programmes visant à accorder des prêts au secteur privé. Parfois, elles accordent également des garanties à des prêteurs commerciaux pour des projets publics et privés. Dans la plupart des cas, les garanties accordées par ces institutions nécessitent une contre-garantie des autorités du pays hôte.

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

a) Garanties de risque partielles

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

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

b) Garanties de crédit partielles

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

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

93. L'Agence multilatérale de garantie des investissements (en anglais MIGA pour Multilateral Investment Guarantee Agency) assure contre les risques politiques à long terme les nouveaux investissements originaires de tout pays membre et destinés à tout pays membre en développement autre que le pays d'où provient l'investissement. Les nouveaux investissements liés à l'extension, à la modernisation ou à la restructuration financière de projets existants peuvent également bénéficier de cette assurance, de même que les acquisitions nécessitant la privatisation d'entreprises d'État. Les formes d'investissement étranger pouvant bénéficier de cette assurance sont notamment les prises de participation, les avances d'actionnaires et les garanties de prêts émises par

des actionnaires, à condition que les prêts et les garanties de prêts portent sur au moins trois ans. Les prêts consentis à des emprunteurs indépendants peuvent également être assurés aussi longtemps que l'investissement d'un actionnaire du projet est assuré parallèlement. Parmi les autres formes d'investissement pouvant bénéficier de cette assurance, on peut citer l'assistance technique, les contrats de gestion ainsi que les accords de franchise et de licence à condition qu'ils portent sur au moins trois ans et que la rémunération de l'investisseur soit liée aux résultats d'exploitation du projet. L'Agence assure contre les risques suivants : restriction des transferts de devises étrangères, expropriation, rupture de contrat, guerres et troubles civils, non-respect d'obligations financières.

a) Restriction des transferts

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

b) Expropriation

95. Cette garantie prémunit contre la perte de l'investissement assuré du fait d'actes du pays hôte susceptibles de limiter ou de supprimer la propriété et le contrôle dudit investissement ainsi que les droits exercés sur celui-ci. Outre la nationalisation et la confiscation pures et simples, l'expropriation « larvée » – série d'actes qui, à terme, ont un effet d'expropriation – est également couverte. La garantie est accordée de façon limitée en cas d'expropriation partielle (confiscation de fonds ou de biens corporels, par exemple). Les mesures de bonne foi non discriminatoires prises par les autorités du pays hôte dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire légitime ne sont pas couvertes. En cas d'expropriation totale de participations, l'Agence rembourse l'investissement assuré à hauteur de sa valeur comptable nette. En cas d'expropriation de fonds, elle rembourse la partie assurée des fonds bloqués. Dans le cas de prêts et de garanties de prêts, elle assure l'encours du principal et tout intérêt échu et non versé. Des compensations sont versées à l'investisseur lorsque celui-ci cède à l'Agence son intérêt dans l'investissement exproprié (actions ou intérêt dans un accord de prêt, par exemple).

c) Rupture de contrat

96. Cette garantie protège contre les pertes causées par la rupture ou la dénonciation, par les autorités du pays hôte, d'un contrat passé avec l'investisseur. En cas de rupture présumée ou de dénonciation, l'investisseur doit pouvoir avoir recours, aux termes du contrat de base, à un mécanisme de règlement des différends (arbitrage, par exemple) et obtenir des dommages-intérêts. Si, après un délai spécifié, l'investisseur n'a reçu aucun versement ou si le mécanisme de règlement des différends ne peut pas jouer à cause de mesures prises par les autorités du pays hôte, l'Agence multilatérale de garantie des investissements le dédommage.

d) Guerre et troubles civils

97. Cette garantie prémunit contre les pertes dues à des dommages causés à des biens corporels ou à la destruction ou disparition de ces biens par suite de faits de guerre ou de troubles civils motivés par des raisons politiques dans le pays hôte, qu'il

s'agisse d'une révolution, d'une insurrection, d'un coup d'état, de sabotage ou de terrorisme. Dans le cas d'une prise de participation, l'Agence verse la part de l'investisseur correspondant à la somme la moins importante de la valeur comptable des actifs, de leur coût de remplacement ou du coût de réparation des biens endommagés. Dans le cas de prêts et de garanties de prêts, elle le dédommage à hauteur de la fraction assurée du principal et des intérêts en défaut de paiement du fait des dommages causés aux biens du projet par la guerre ou les troubles civils. La couverture en cas de guerre ou de troubles civils joue également lorsqu'un événement provoque l'interruption, pendant un an, d'opérations capitales pour la viabilité financière générale du projet. Dans ce cas, la garantie prend effet lorsque l'investissement est jugé entièrement perdu ; l'Agence rembourse alors à hauteur de la valeur comptable de la totalité de la prise de participation assurée.

d) Non-respect d'obligations financières

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

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

[Les paragraphes 99 à 101 correspondent aux paragraphes 72 à 74 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 et d'autres ajustements traduisant l'élargissement du champ d'application du Guide et les délibérations tenues à la 51^e session de la Commission et à la réunion du Groupe intergouvernemental d'experts (Vienne, 26-30 novembre 2018).]

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

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

a) *L'assurance sur le crédit à l'exportation.* Dans le contexte du financement des projets de PPP, cette assurance vise essentiellement à garantir au vendeur le versement des sommes qui lui sont dues dans le cas où l'acheteur étranger des biens ou services exportés serait autorisé à différer son paiement. Elle peut prendre la forme d'un mécanisme d'assurance sur le « crédit fournisseur » ou sur le « crédit acheteur ». Dans le premier cas, l'exportateur et l'importateur conviennent de clauses

commerciales prévoyant un paiement différé garanti par des effets de commerce (lettres de change ou billets à ordre, par exemple) émis par l'acheteur. Sous réserve de preuve de sa solvabilité, l'exportateur obtient cette assurance auprès d'un organisme de crédit à l'exportation de son pays. Selon la modalité de l'assurance sur le crédit acheteur, l'obligation de paiement de l'acheteur est financée par la banque de l'exportateur, qui, de son côté, contracte une assurance auprès d'un organisme de crédit à l'exportation. Les crédits à l'exportation sont généralement classés en crédits à court terme (remboursables dans un délai habituellement inférieur à deux ans), à moyen terme (de deux à cinq ans le plus souvent) et à long terme (plus de cinq ans). L'appui des pouvoirs publics par l'intermédiaire d'organismes de crédit à l'exportation peut prendre la forme d'une « couverture pure », c'est-à-dire d'une assurance ou de garanties données aux exportateurs ou aux institutions de prêt sans aide au financement, ou la forme d'une « aide au financement », à savoir de crédits directs à l'acheteur étranger, d'un refinancement et de toutes sortes d'appuis visant à prémunir contre les fluctuations des taux d'intérêt ;

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

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

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.