



## Assemblée générale

Distr. générale  
27 mai 2013  
Français  
Original: anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Quarante-sixième session  
Vienne, 8-26 juillet 2013

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

**Rapport du Colloque international de la CNUDCI sur les  
partenariats public-privé (Vienne, 2-3 mai 2013)**

**Note du secrétariat**

**Table des matières**

|                                                                                                                                     | <i>Paragraphes</i> | <i>Page</i> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|-------------|
| I. Introduction. ....                                                                                                               | 1-5                | 3           |
| II. Synthèse des débats tenus lors du colloque . . . . .                                                                            | 6-71               | 4           |
| A. Besoin de travaux de la CNUDCI dans le domaine des PPP . . . . .                                                                 | 6-35               | 4           |
| 1. Expérience de l'utilisation et de la réglementation des PPP depuis 2003 . . . . .                                                | 6-18               | 4           |
| a) Utilisation des PPP . . . . .                                                                                                    | 6-9                | 4           |
| b) Réglementation des PPP . . . . .                                                                                                 | 10-18              | 4           |
| 2. Expérience de l'utilisation des instruments de la CNUDCI sur les projets<br>d'infrastructure à financement privé (PIFP). . . . . | 19-22              | 6           |
| 3. Facteurs particuliers justifiant des travaux de la CNUDCI dans le domaine<br>des PPP . . . . .                                   | 23-35              | 8           |
| B. Portée des éventuels travaux de la CNUDCI dans le domaine des PPP . . . . .                                                      | 36-71              | 11          |
| 1. Sur quels types de PPP la CNUDCI devrait-elle se pencher? . . . . .                                                              | 37-45              | 11          |
| 2. Approches de la réglementation des PPP . . . . .                                                                                 | 46-55              | 13          |



|                                                                                                                   |       |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|----|
| 3. Quelle(s) forme(s) les travaux de la CNUDI devraient-ils prendre? . . . . .                                    | 56-64 | 15 |
| 4. Considérations à prendre en compte pour organiser les travaux de la<br>CNUDCI dans le domaine des PPP. . . . . | 65-71 | 18 |
| III. Conclusions. . . . .                                                                                         | 72-84 | 19 |

## I. Introduction

1. À sa quarante-cinquième session, en 2012, la Commission a noté que le secrétariat devrait effectuer des recherches supplémentaires et une étude détaillée pour déterminer si des travaux futurs dans le domaine des partenariats public-privé (PPP) étaient souhaitables et réalisables. Elle est donc convenue qu'il serait utile de tenir un colloque pour définir la portée de travaux éventuels et les principales questions à traiter. En prévision du colloque, il a été demandé au secrétariat de définir les thèmes qui pourraient y être débattus, en se fondant sur les dispositions des instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé<sup>1</sup> (les instruments de la CNUDCI sur les PIFP) et en s'appuyant sur les ressources d'autres organismes ainsi que sur les délibérations de la quarante-cinquième session de la Commission. Il était prévu que les résultats du colloque soient présentés à la Commission pour examen. À cet égard, il a également été convenu qu'il serait essentiel de définir un mandat clair pour tout travail futur dans ce domaine<sup>2</sup>.

2. Le colloque s'est tenu à Vienne les 2 et 3 mai 2013. Il a réuni des experts d'organisations gouvernementales, intergouvernementales et non gouvernementales internationales, du secteur public et des milieux universitaires. Deux questions principales y ont été débattues, à savoir a) s'il y avait lieu que la CNUDCI effectue des travaux dans le domaine des PPP; et b) le cas échéant, la portée de tels travaux.

3. S'agissant de la première question, les aspects suivants ont été examinés: a) expérience de l'utilisation et de la réglementation des PPP depuis 2003, dernière année où la Commission a examiné le domaine connexe des projets d'infrastructure à financement privé (PIFP); b) expérience de l'utilisation des instruments de la CNUDCI sur les PIFP; et c) facteurs particuliers justifiant des travaux de la CNUDCI dans le domaine des PPP.

4. S'agissant de la deuxième question, les aspects suivants ont été examinés: a) le type de PPP que la CNUDCI devrait aborder dans ses travaux; b) les diverses approches de la réglementation des PPP; c) la ou les formes que devraient prendre les travaux de la CNUDCI; et d) les aspects à prendre en considération lors de l'organisation des travaux de la CNUDCI dans le domaine des PPP.

5. La présente note communique une synthèse des débats et des principales conclusions du colloque pour examen par la Commission.

<sup>1</sup> Le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2000) et les Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2003), disponibles à l'adresse [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html).

<sup>2</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), par. 120.

## II. Synthèse des débats tenus lors du colloque

### A. Besoin de travaux de la CNUDCI dans le domaine des PPP

#### 1. Expérience de l'utilisation et de la réglementation des PPP depuis 2003

##### a) Utilisation des PPP

6. Il a été noté que, durant les 10 dernières années, en particulier depuis le début de la crise financière, les PPP ont suscité un intérêt croissant en tant que moyen efficace de mobiliser des ressources pour la prestation de services publics. Ils ont également gagné en popularité dans le contexte de la préparation de grands événements publics (comme les Jeux olympiques). Leur utilisation est donc allée croissant et de nouvelles formes de PPP ont vu le jour.

7. Un changement s'est produit dans de nombreux pays en ce qui concerne les politiques sous-tendant l'utilisation des PPP. Auparavant, le recours à ces partenariats se justifiait essentiellement par l'absence ou l'insuffisance de ressources publiques pour la prestation de services publics. Actuellement, il est largement reconnu que l'attraction des PPP s'explique non seulement par le fait que les financements proviennent du secteur privé mais également par la capacité de ce dernier à proposer des solutions innovantes, créatives et efficaces aux besoins du public.

8. Alors que le "partenariat public-privé" était précédemment considéré comme un concept qui n'apparaissait que dans les programmes de développement à long terme ou dans des plans à l'échelle nationale, depuis 2005, il a été défini et a fait l'objet d'une réglementation dans plusieurs pays.

9. L'expérience des PPP a été mitigée: certains ont connu un grand succès, d'autres moins, tandis que d'autres ont complètement échoué. Les institutions financières internationales et d'autres organismes ont réalisé des études pour analyser les causes des échecs des PPP. La conclusion semble être que les problèmes de mise en œuvre de ces partenariats sont très spécifiques et dépendent du contexte et de l'expérience des pays où ils ont été montés.

##### b) Réglementation des PPP

10. Il faudrait une législation spécifique pour autoriser les PPP dans certains pays mais pas dans d'autres. Des études récentes sur l'ampleur de la réglementation des PPP, notamment celle qui a été réalisée dans les pays où intervient la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), ont fait ressortir des situations très différentes, à la fois en ce qui concerne la réglementation des PPP et la portée de la législation.

11. Dans de nombreux pays, la tendance veut que les PPP soient réglementés par voie législative, parfois en l'absence de toute expérience pratique préalable de leur utilisation. Dans certains pays, des efforts pour légiférer en la matière ont été menés uniquement au niveau local/municipal et non au niveau national/fédéral, tandis qu'ailleurs, des lois peuvent exister aux deux niveaux. Ce n'est que dans de rares cas, a-t-on estimé, que les efforts du législateur ont abouti à un cadre cohérent et complet qui facilite la conclusion et la bonne utilisation des PPP, plutôt que de créer des obstacles à leur montage. Dans certains pays, l'adoption de lois portant

spécifiquement sur les PPP a provoqué des incohérences dans le cadre législatif. Dans certains pays, les lois sur les PPP n'existent que sur le papier et ne sont pas utilisées dans la pratique. Dans certains pays, l'adoption d'une loi sur les PPP a entraîné l'apparition de trois textes législatifs, voire plus, qui réglementent les mêmes aspects (par exemple, une loi réglementant la passation des marchés publics, une autre les concessions et une loi portant sur les PPP) et peuvent être conflictuels.

12. Les textes sur les PPP existant aux niveaux international et régional ont été évoqués<sup>3</sup>. Il a été noté qu'ils ne sont pas pris en compte par tous les États lors de l'élaboration de lois sur les PPP.

13. Dans certains pays, les PPP sont régis par des règlements ou des orientations plutôt que par des lois. Dans d'autres pays, ils ne font l'objet d'aucune réglementation spécifique. Ils peuvent y être élaborés et mis en œuvre au sein du cadre juridique existant, c'est-à-dire en utilisant une combinaison d'autres lois de l'État en question, notamment sur la passation des marchés publics ou sur les concessions. Il a été observé que cette approche ne produisait pas toujours les résultats escomptés si, par exemple, les exigences strictes d'une loi sur la passation des marchés publics ou sur les concessions étaient transposées sans être aménagées pour s'adapter aux PPP. En particulier, le fait de mettre l'accent sur le prix comme critère d'évaluation dominant, fréquent dans le droit des marchés publics, pourrait être excessif et inapproprié dans le contexte des PPP. Il a été dit que les restrictions des négociations qui figuraient généralement dans les lois sur la passation des marchés publics entraveraient la souplesse nécessaire aux PPP.

14. Dans certains pays, en l'absence d'un cadre juridique spécifique aux PPP, les règles régissant ces derniers ont été adoptées au cas par cas; il se peut dès lors que le montage d'un PPP soit soumis à un processus lourd exigeant des autorisations de la part d'organes législatifs ou d'autorités municipales, et nécessitant l'approbation préalable par le gouvernement d'études de faisabilité.

15. S'agissant d'efforts régionaux pour élaborer une loi type sur les PPP, la Communauté d'États indépendants (CEI) a été citée comme exemple.

16. Les lois réglementant les PPP sont de portée et de complexité variables. Certaines d'entre elles définissent le terme "partenariat public-privé", d'autres non. Il a été constaté qu'elles ont tendance à englober un large éventail de mesures permettant au secteur privé de se lancer dans la prestation de services publics. Certaines d'entre elles sont très détaillées en ce qui concerne divers aspects des PPP (au risque, a-t-on dit, d'une surréglementation), tandis que d'autres sont très générales, avec d'éventuelles lacunes dans la réglementation de points importants. La plupart réglementent les relations contractuelles découlant des PPP et appellent à la création d'un service chargé des partenariats public-privé qui aurait toute une gamme de fonctions et de rôles. L'expérience acquise dans certains pays en matière de mise en œuvre de PPP et le rôle des créanciers dans le processus ont entraîné l'apport d'ajustements au cadre législatif existant, en vue de rendre les lois plus fonctionnelles et les PPP créés en vertu de celles-ci financièrement et économiquement viables<sup>4</sup>. La portée du projet de loi type actuellement débattu à

<sup>3</sup> Voir A/CN.9/782, Section II.B.4.

<sup>4</sup> Sans objet en français.

l'Assemblée interparlementaire de la CEI couvre les accords de partage de la production et des recettes.

17. Parmi les tendances observées, on a également noté l'ajout des PPP aux sujets de négociation en vue de l'accession à l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)<sup>5</sup>. Si les PPP font partie des engagements pris par un pays au titre de l'AMP, les principes du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée leur seront applicables.

18. Le lien entre la qualité de la réglementation des PPP d'une part et la qualité de leur mise en œuvre d'autre part a fait l'objet d'un long débat. Il a été signalé que, dans certains pays, des PPP ont été mis en œuvre et ont atteint leurs objectifs en l'absence d'un cadre législatif spécifique. Ailleurs, le manque de cadre juridique approprié pourrait avoir contribué à l'échec des PPP. Ceci étant, des PPP ont parfois échoué dans des pays disposant d'un cadre juridique approprié qui leur est applicable. Il est possible que, dans ces cas, l'absence d'expérience pratique de la mise en œuvre des PPP explique en partie les échecs. Il a été reconnu que de nombreux facteurs sont susceptibles de jouer un rôle dans le succès ou l'échec des PPP, notamment la volonté politique et l'intérêt porté par le pays hôte à un projet donné, ainsi que les capacités et le niveau d'engagement de toutes les parties au projet. S'il est difficile d'illustrer un lien de causalité directe entre la qualité du cadre juridique applicable aux PPP et la réussite ou l'échec de ceux-ci, il n'a pas été contesté que l'insuffisance du cadre juridique crée des obstacles à l'élaboration et à l'utilisation efficace des PPP.

## **2. Expérience de l'utilisation des instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (PIFP)**

19. Selon certains intervenants, aucun instrument juridique existant au niveau national, régional ou international, y compris les instruments de la CNUDCI sur les PIFP, ne peut être considéré comme une norme de facto ou un modèle que les États peuvent utiliser pour la réforme juridique portant sur les PPP. D'autres orateurs ont considéré que les instruments de la CNUDCI sur les PIFP peuvent au contraire être envisagés comme un tel modèle, et des exemples de lois sur les PPP, adoptées sur la base de ces instruments dans les pays de la CEI, en Europe de l'Est, Afrique du Nord, Chine et Mongolie, ont été fournis. La BERD a indiqué qu'elle utilise les instruments de la CNUDCI sur les PIFP pour évaluer la législation sur les PPP dans 34 pays appartenant à son champ d'intervention, et qu'elle les considère comme un outil de référence utile. Leur utilité a été mise en exergue en particulier parce qu'ils traitent de questions allant au-delà de la sélection de l'opérateur de projet – étape relativement simple à laquelle s'appliquent les principes essentiels de la saine passation des marchés publics. Il a été souligné que les États et les institutions ou les particuliers qui utilisent les instruments de la CNUDCI sur les PIFP ne le reconnaissent pas tous.

<sup>5</sup> L'Accord sur les marchés publics (AMP) plurilatéral de l'Organisation mondiale du commerce, négocié en parallèle avec le cycle d'Uruguay en 1994, est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1996. Le 15 décembre 2011, les négociateurs sont parvenus à un accord sur la renégociation de l'AMP. Cette décision politique a été confirmée, le 30 mars 2012, par l'adoption formelle de la Décision sur les résultats des négociations au titre de l'article XXIV:7 de l'Accord sur les marchés publics (GPA/113). Les deux textes sont disponibles à l'adresse: [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/gproc\\_f/gp\\_gpa\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm)

20. Certains orateurs ont précisé que, même si certains États et organisations les utilisent comme outils de référence pour les réformes législatives, les instruments de la CNUDCI sur les PIFP restent généralement peu connus. Ils se sont avérés être une source utile d'information, mais essentiellement pour des experts et des universitaires venant de pays et d'institutions ayant une très grande expérience des PPP. Pour d'autres, en particulier les pays qui ont peu ou aucune expérience des PPP, il s'agit d'instruments excessivement complexes qui ne reflètent ni les besoins immédiats ni les réalités concrètes, et ils n'ont donc qu'une utilité restreinte pour les législateurs et les autorités de réglementation. Ils ne prennent en considération ni les particularités régionales ni les particularités des PPP dans divers secteurs (eau, santé, routes, etc.) et ne permettent pas aux pays d'effectuer une transition de partenariats simples vers des formes plus complexes. Ils ont tendance à submerger le lecteur de concepts complexes, sans tenir compte du fait que celui-ci n'est pas nécessairement à même de comprendre les concepts les plus simples associés aux PPP, notamment quelles mesures constitueraient un soutien gouvernemental et ce qu'on considérerait comme des risques inhérents aux parties par opposition à leurs responsabilités et obligations.

21. Certains intervenants se sont inquiétés du fait que, si les instruments de la CNUDCI sur les PIFP s'appliquaient à la majorité des PPP en tant que PIFP, ils ignoraient certaines autres formes de partenariats public-privé qui s'étaient répandues depuis 2003 (par exemple les alliances pour les partenariats entre les secteurs public et privé). D'autres ont considéré qu'à cet égard, les instruments de la CNUDCI sur les PIFP peuvent sembler manquer d'actualité, mais qu'à l'élaboration, leur portée avait été intentionnellement limitée et l'accent mis principalement sur le développement des infrastructures. Certains projets étaient volontairement exclus (tels les concessions pétrolières et gazières et les PPP institutionnels). Il relevait également d'un choix éclairé de n'aborder que les aspects fondamentaux des PIFP et de fournir aux États adoptants des indications concernant d'autres branches du droit dans lesquelles des réformes seraient nécessaires pour que le cadre législatif applicable aux PIFP soit cohérent et complet.

22. En réponse aux préoccupations au sujet de la complexité des instruments de la CNUDCI sur les PIFP, il a été expliqué que la complexité des projets rendait nécessaire l'examen de questions complexes. Le manque de capacités pour la mise en œuvre de PPP dans certains pays ne signifiait pas qu'il fallait compromettre la qualité des textes de la CNUDCI en adoptant une approche simpliste de l'examen de questions complexes; il ne fallait pas non plus rétrograder le rôle de ces instruments en en faisant de simples outils éducatifs. Les instruments de la CNUDCI doivent refléter les meilleures pratiques en matière de réglementation des PPP. Il a également été souligné que si l'on pouvait faire grief de sa complexité au Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, ce n'était pas le cas des Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. Le Guide est certes long et complexe, mais cela s'explique par le fait qu'il s'agit d'un outil analytique qui explicite diverses options et les conséquences de chacune d'entre elles. Les Dispositions, quant à elle, forment un texte court et simple qui fournit des indications aux États en ce qui concerne les dispositions fondamentales à inclure dans leurs lois sur les PIFP.

### 3. Facteurs particuliers justifiant des travaux de la CNUDCI dans le domaine des PPP

23. Comme le montre le débat résumé à la section 1 ci-dessus, de nombreux États ont commencé à réglementer les PPP et de plus nombreuses définitions de ce concept apparaissent. Il règne à l'heure actuelle une grande confusion en ce qui concerne la terminologie, la portée appropriée d'une loi sur les PPP, son contenu et son interaction avec d'autres domaines du droit, ainsi que les aspects et les considérations politiques (commerce, gouvernance et emploi). La médiocrité des lois va de pair avec celle des projets, et occasionne en particulier des coûts excessifs du fait de la nécessité d'élaborer et de négocier des contrats complexes qui doivent combler les lacunes et corriger les incohérences du cadre juridique existant. Ceci ne facilite aucunement la bonne utilisation des ressources publiques ou privées et de l'aide publique au développement. Les réformes institutionnelles qui ont accompagné les efforts législatifs ont rajouté de la complexité car elles ont provoqué la prolifération des institutions gouvernementales traitant de questions liées aux PPP. Il a été noté que ce problème n'existait pas avant 2003, car il n'y avait alors que quelques institutions nationales chargées de ces questions, notamment les unités des PPP (terme commun pour désigner les agences chargées des aspects pratiques et des questions de politique en matière de PPP).

24. L'avis a été exprimé que la communauté internationale, à savoir les institutions internationales, régionales et sous régionales, n'était pas parvenue à guider efficacement les États en ce qui concerne les réformes législatives ou institutionnelles dans le domaine des PPP. La situation se caractérise par le manque de coordination en matière d'élaboration de règles, d'assistance technique et de renforcement des capacités, par des résultats incohérents et par la confusion. Il était donc urgent, selon les intervenants qui avaient soulevé cette question, que toutes les organisations élaborant des lois types sur les PPP ou des principes directeurs sur l'élaboration et la mise en œuvre d'une loi nationale sur les PPP adoptent une approche intégrée.

25. La CNUDCI a donc été instamment priée de s'attaquer à toutes ces difficultés rencontrées par les États dans l'élaboration d'une loi cohérente sur les PPP. Forte de son mandat de coordination des activités de différentes organisations élaborant des textes juridiques en matière de droit commercial international, elle pourrait veiller à ce que la communauté internationale parle d'une même voix, en se fondant sur un modèle mis au point par la Commission. La situation actuelle est tout l'inverse, et les instruments de la CNUDCI sur les PIFP ne sont pas adaptés pour la changer. Des orateurs ont estimé qu'il convenait maintenant d'analyser pourquoi il en était ainsi et comment redresser la barre.

26. Les PPP font l'objet d'une utilisation croissante sous diverses formes et dans divers contextes, et cette tendance va vraisemblablement prendre de l'ampleur. Une étude des législations portant sur les PIFP et les PPP dans le monde entier a fait ressortir que les lois sur les PPP contenaient certains éléments absents des lois sur les PIFP, notamment des instruments de la CNUDCI sur les PIFP, qui découlent des caractéristiques distinctes des PPP non liées à l'infrastructure. Il a donc été fait valoir que la portée des instruments de la CNUDCI sur les PIFP devrait être élargie en réglementant certains ou tous les types de PPP qui ne sont pas encore couverts.

27. Comme les PPP se sont avérés être un outil extrêmement efficace dans certaines circonstances et un outil indésirable dans d'autres, on a pensé que l'analyse des enseignements tirés de leur mise en œuvre pourrait aider à identifier les facteurs ayant contribué à leurs succès et à leurs échecs. En conséquence, il conviendrait de fournir des garanties contre les abus et les erreurs courantes. Certaines garanties ne figurant pas dans les instruments de la CNUDCI sur les PIFP devraient être ajoutées, et d'autres qui s'y trouvent devraient être reformulées ou révisées afin de refléter la pratique.

28. À cet égard, il a été noté qu'il manquait actuellement dans les instruments de la CNUDCI sur les PIFP certaines garanties et dispositions importantes, notamment sur les clauses sociales et d'autres mesures en faveur de la responsabilité sociale et des projets à l'intention des personnes défavorisées. Comme on l'a suggéré au Congrès de la CNUDCI, "Un droit moderne pour le commerce mondial" (Vienne, 9-12 juillet 2007)<sup>6</sup>, il conviendrait d'élaborer aussi des dispositions visant à anticiper et à minimiser les différends entre l'entité adjudicatrice et tout opérateur de projet, afin d'assurer le maintien de bonnes relations entre les parties contractantes principales aux PPP. Ces mécanismes de prévention pourraient inclure des réunions régulières, des alertes relatives aux modifications éventuelles de la législation et des règlements, et la création de commissions permanentes dans divers secteurs qui seraient prêtes à intervenir en cas de litiges.

29. Certaines garanties figurant dans les instruments de la CNUDCI sur les PIFP n'ont pas été suffisamment précisées. Ainsi par exemple, les garanties ayant pour objet la transparence et la responsabilité devraient être applicables tout au long du projet, et pas seulement pendant l'étape de sélection de l'opérateur. La nécessité de communiquer au public des informations relatives aux mouvements de ressources de l'État vers l'opérateur de projets et vice-versa a été spécialement mise en exergue. Les mesures anticorruption devraient être renforcées, par exemple en décourageant les réunions en tête-à-tête et en encourageant plutôt l'utilisation de médias publics et de moyens de communication modernes, pour une meilleure traçabilité des opérations.

30. Il a été ajouté que le règlement efficace des litiges constituait un autre domaine à développer dans les instruments de la CNUDCI sur les PIFP. En effet, ces derniers ne traitent de manière détaillée ni la complexité des mécanismes de règlement des litiges qui interviennent habituellement dans le cadre des PPP ni le rôle essentiel que le choix de loi applicable et d'instance de règlement des litiges joue dans la résolution efficace des différends. En matière de règlement des litiges, différents groupes d'accords peuvent renvoyer à différents lieux, règles d'arbitrage et lois applicables, et leurs interactions devraient être expliquées.

31. Selon un point de vue, les Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé et les dispositions pertinentes du Guide relatives au règlement des litiges devraient aborder de manière plus équilibrée divers mécanismes, à savoir l'arbitrage international par opposition au règlement interne des litiges. Dans de nombreux cas, l'arbitrage international n'a pas permis le règlement efficace des litiges, tout particulièrement en ce qui concerne l'exécution des sentences arbitrales internationales, et ceci en dépit des dispositions

<sup>6</sup> Voir les actes du Congrès, chapitre V; disponible (en anglais seulement) à l'adresse [www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf).

de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, adoptée à New York le 10 juin 1958 (la "Convention de New York")<sup>7</sup>, pourtant contraignantes pour la grande majorité des États. La multiplication des instances, des affaires et des décisions d'arbitrage international, s'ajoutant à l'augmentation en flèche du nombre de traités d'investissement, a compliqué le règlement des litiges par voie d'arbitrage international. Les instruments de la CNUDCI sur les PIFP pourraient devoir être réorientés de sorte à souligner l'importance de l'efficacité du règlement interne des litiges et la nécessité de renforcer les capacités locales à cette fin.

32. Une telle évolution, si elle devait avoir lieu, a été recommandée sans mettre en péril l'environnement propice à l'arbitrage international. En particulier, l'autorité contractante devrait être légalement autorisée à accepter un arbitrage international en vertu d'un contrat de PPP; dans de nombreux systèmes juridiques, cette approche est actuellement impossible, même si le cadre juridique permet généralement l'arbitrage international. La CNUDCI a été invitée, dans le cadre d'éventuels travaux futurs sur les PPP, à examiner également d'autres obstacles au règlement efficace des litiges découlant de PPP: a) l'expérience, les compétences et l'expertise nécessaires à l'appareil judiciaire pour régler des questions complexes en matière de PPP; b) les inefficacités des systèmes judiciaires; c) le manque d'indépendance; d) l'accessibilité (les procédures pourraient être discriminatoires à l'encontre d'investisseurs étrangers par rapport à des entités nationales), et e) la réticence au niveau national (pour diverses raisons) à exécuter les sentences arbitrales internationales en dépit des obligations internationales incombant aux États en vertu de la Convention de New York et d'autres traités multilatéraux et bilatéraux. Il a également été noté qu'il conviendrait d'examiner de manière plus détaillée les questions d'immunités et d'actes souverains, dans la mesure où la défense et les exemptions de l'immunité souveraine ont été invoquées dans certains cas d'abus.

33. Les propositions spontanées ont été identifiées comme un autre domaine où des directives plus précises de la CNUDCI sont nécessaires. Conformément aux instruments de la CNUDCI sur les PIFP, elles peuvent faire l'objet d'un examen prudent, sous réserve de certaines garanties en matière de transparence, mais dans la pratique, ce domaine a été jugé déficient et les abus ont semblé monnaie commune, en particulier dans les pays n'offrant pas de garanties institutionnelles ou de transparence. Il a été suggéré que les dispositions sur ce sujet pourraient être considérablement renforcées, en utilisant l'expérience positive accumulée depuis 2003 à travers le monde en matière de réglementation des propositions spontanées. L'approche principale consistait à préserver la concurrence tout en protégeant les droits de propriété intellectuelle et en encourageant la créativité et l'innovation. On a toutefois mis en garde contre une réglementation détaillée de ce sujet controversé. Tout texte réglementaire en la matière serait nécessairement accompagné de notes explicatives détaillées. Il a également été noté que la notion de propositions non sollicitées dépend de la définition des PPP: lorsque la définition met l'accent sur la prestation de services publics, ces propositions sont peu probables et ne se justifient pas réellement puisque le secteur privé ne saurait définir les besoins publics mieux que le secteur public. Il a été ajouté que le concept de propositions spontanées ne

<sup>7</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739. Également disponible à l'adresse [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html) (consulté en mai 2013).

devrait toutefois pas être confondu avec d'autres notions connexes, telles que celle de propositions du secteur privé.

34. Certains orateurs ont estimé que diverses autres dispositions des instruments de la CNUDCI sur les PIFP, en particulier relatives à la répartition des risques, aux garanties gouvernementales et aux mesures de soutien de l'État, devraient être précisées car, dans la pratique, elles font l'objet d'une grande confusion. Il a été estimé que certaines autres dispositions de ces instruments véhiculaient des messages erronés ou donnaient de fausses impressions, et devaient donc être reformulées.

35. D'autres facteurs, dont certains intervenants ont noté qu'ils pourraient influencer sur une décision de la CNUDCI quant au lancement de travaux dans ce domaine, incluent les évolutions sur la scène internationale, telles que l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)<sup>8</sup>. Ce texte contient des dispositions qui concernent les PPP. L'évolution de la CNUDCI elle-même, en particulier les nouvelles normes législatives dans les domaines des marchés publics, du droit de l'insolvabilité et des sûretés, pourraient nécessiter la révision de certaines dispositions des instruments de la CNUDCI sur les PIFP.

## **B. Portée des éventuels travaux de la CNUDCI dans le domaine des PPP**

36. Ainsi que le précisent les sections ci-dessous, les intervenants sont tous convenus que, compte tenu des points dont il est fait état ci-dessus, il était urgent que la CNUDCI fournisse des orientations sur les questions liées aux PPP. Les opinions ont différé quant à la forme que devraient prendre ces orientations – loi type ou guide législatif revu et complété, recommandations législatives et dispositions types. Si la loi type a recueilli un soutien important, certains orateurs n'étaient pas convaincus qu'il soit souhaitable ou faisable d'élaborer un tel texte. Diverses considérations, y compris le temps que la CNUDCI affecterait à ses travaux dans le domaine des PPP, le cas échéant, auraient une influence sur la décision finale de la Commission quant à la portée et la forme des travaux envisagés dans ce domaine.

### **1. Sur quels types de PPP la CNUDCI devrait-elle se pencher?**

37. Il y a eu consensus sur la nécessité de parvenir à une compréhension commune des PPP, afin de définir avec précision la portée des travaux. Il n'y a eu aucun désaccord sur le fait que le concept de PPP doit demeurer souple, afin de couvrir toutes les formes possibles de participation du secteur privé à la prestation de services publics. Cette approche conduira à la mise en place d'un concept générique, qui pourra lui-même se diviser en sous-catégories, plutôt qu'à un terme à la définition stricte.

38. À cette fin, la CNUDCI devrait recenser et réglementer les caractéristiques communes des PPP, qui distinguent ces derniers de formes connexes d'engagements

<sup>8</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349. Également disponible à l'adresse [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027\\_F.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf).

entre le secteur public et le secteur privé (non concernées par cette tâche). Il a été dit que la présence d'infrastructures physiques ne devrait pas être considérée comme un critère obligatoire des PPP à réglementer par la CNUDCI. Les avis ont divergé pour ce qui est de savoir si les éventuels travaux futurs de la CNUDCI en la matière devraient englober les alliances pour les partenariats entre les secteurs public et privé, les PPP institutionnels, les contrats de gestion, de crédit-bail et de location à long terme, et les concessions portant sur des ressources naturelles.

39. Les participants au colloque ont mené un examen préalable des caractéristiques distinctives des PPP, que la CNUDCI devrait réglementer, en particulier par comparaison avec la passation des marchés publics et les concessions portant sur des ressources naturelles.

40. Il a été noté que, dans le cadre d'un projet de passation d'un marché public, le gouvernement est censé financer le projet dès le démarrage. Que le fournisseur ou l'entrepreneur soit réglé au début ou à la fin du projet ou bien par tranches, le budget public est affecté: il y a une augmentation visible de la dette publique. Dans le contexte des PPP, c'est habituellement le secteur privé, et non le gouvernement, qui est censé financer le projet dès le démarrage, même s'il peut y avoir diversification des sources de financement à des étapes ultérieures de la mise en œuvre du projet. Il a été constaté que les répercussions des PPP sur les processus budgétaires de l'État étaient moins claires; les experts ont indiqué qu'il s'agit là d'un domaine où la CNUDCI devrait fournir des orientations, en tenant compte du fait que les cycles budgétaires à court terme de nombreux pays sont inconciliables avec la nature à long terme des PPP. La répartition des risques est apparue comme une autre caractéristique qui distingue les PPP des marchés publics. En effet, dans ces derniers, les risques inhérents à l'exécution sont supportés essentiellement par le secteur public, contrairement aux PPP, où ils sont répartis entre les secteurs privé et public. On s'est toutefois demandé si les risques se répartissaient véritablement aussi rigoureusement dans tous les cas de marchés publics et de PPP.

41. Il a été expliqué que la plupart des concessions portant sur des ressources naturelles visent plutôt l'exploitation de ressources ou de biens publics que la prestation de services publics, ce qui explique que les concessions aient un retentissement direct moindre que les PPP sur l'opinion publique. On a fait valoir que cette caractéristique des concessions ne devrait pas les dispenser des principes sains en matière de concurrence, de transparence et de responsabilité qui s'appliquent à la passation des marchés publics, d'autant plus que les richesses publiques devraient être exploitées pour le bénéfice de l'ensemble de la population et que certaines concessions (notamment l'exploitation des ressources hydroélectriques) sont associées à la prestation de services publics ou l'influencent. Il a été signalé que ces concessions, tout au moins celles du secteur minier, se distinguent également en ce qu'elles ne présupposent pas l'engagement continu des autorités publiques dans la mise en œuvre des projets. Habituellement, les autorités publiques participent aux bénéfices ou ont conclu d'autres types d'arrangements.

42. Certains intervenants ont recensé les principales caractéristiques distinctes des PPP suivantes: a) la participation à long terme du secteur privé dans la prestation de services publics; b) le fait que l'accord de PPP est susceptible d'être modifié ou ajusté au fil du temps; c) l'importance fondamentale de ces considérations touchant au cycle de vie du projet que sont la viabilité et la bonne exécution de celui-ci sur le long terme (particulièrement en raison de la nécessité de fournir des services

ininterrompus à la population); d) la primauté de l'autorité gouvernementale, qui demeure responsable envers le public de la prestation des services pendant le cycle de vie du projet et par la suite; e) le PPP constitue une occasion pour le secteur privé d'innover et de faire preuve de créativité; et f) l'existence de différents modes de règlement des financements du projet au secteur privé pour les services apportés.

43. Selon certains orateurs, la participation à long terme du secteur privé dans la prestation de services publics et la responsabilité continue du gouvernement envers le public pour la prestation de tels services sont les caractéristiques distinctes clefs des PPP. Il a été dit que ces caractéristiques ont des répercussions à la fois à court et à long terme sur la structure, la formation et les clauses des contrats, et la mise en œuvre des projets. Dans la mesure où les bénéficiaires finaux des PPP sont des particuliers et où l'intérêt public joue un rôle plus important dans ces partenariats que dans d'autres transactions entre les secteurs public et privé, la loi régissant les PPP devrait limiter la liberté qu'ont les parties d'en convenir les conditions. Par exemple, les contrats devraient prévoir les garanties nécessaires en cas de résiliation, afin d'assurer la continuité des services publics. La loi devrait également aborder des questions aussi sensibles que la non-discrimination dans la prestation de services publics et le partage équitable des bénéfices. D'autres intervenants ont souligné que certains contrats de marchés publics ont également trait à la prestation par le secteur privé de services publics sur le long terme; l'introduction des PPP ne devrait donc pas réduire la passation de marchés publics à de simples achats à des fournisseurs.

44. En ce qui concerne les concessions minières en particulier, un avis a été fermement exprimé que la CNUDCI ne devrait pas envisager de réglementer un secteur aussi lourdement politique et sensible au niveau international, où l'autoréglementation est largement de mise (les codes miniers s'y appliquent et, dans certains pays, les concessions peuvent être exploitées en vertu de régimes spéciaux approuvés par voie législative). Il a également été fait valoir que, contrairement aux PPP que la CNUDCI devrait réglementer, ces concessions portant sur des ressources naturelles n'ont pas d'impact direct sur les besoins immédiats des particuliers.

45. La CNUDCI a été invitée à se pencher sur les PPP auxquels participent les entreprises d'État et sur les nouvelles formes de PPP associées à des paiements pour disponibilité ou à des projets d'infrastructure fondés sur le capital-investissement. Il a également été souligné que la CNUDCI devrait porter plus d'attention aux PPP transfrontaliers, compte tenu de leur apparition dans certaines sous-régions et de la vraisemblance de leur banalisation, en particulier dans le contexte de l'intégration économique sous-régionale et régionale. Ces PPP peuvent en effet être confrontés à des problèmes particuliers en matière de droit applicable, de conflit de lois, d'institutions supranationales, de l'application extraterritoriale de normes, etc.

## **2. Approches de la réglementation des PPP**

46. Il a été suggéré que la CNUDCI devrait viser à élaborer des principes généraux qui réglementent les éléments communs des PPP. Aucun type particulier de PPP ne devrait faire l'objet d'une réglementation; il faudrait au contraire plutôt aborder un large éventail de tels partenariats. Il a été dit que, pour que les travaux de la CNUDCI sur les PPP soient faisables et utiles, il était essentiel de confiner ainsi le texte de la Commission à un cadre général de haut niveau, à défaut de quoi le projet

serait trop long et complexe pour satisfaire le besoin urgent d'une norme plus générale de la CNUDCI en matière de PPP. Il a été ajouté qu'il serait inutile de réglementer des éléments spécifiques de tous les PPP puisque, en tout état de cause, ceux-ci seraient définis par la culture locale et les besoins propres à chaque projet.

47. Il a été dit que toute réglementation devrait avoir pour but de permettre et de faciliter la mise en place de toute une gamme de PPP pour la prestation de meilleurs services publics et en faveur du développement durable.

48. Il a été convenu que les travaux devaient être circonscrits, en tenant compte du fait que toutes les questions ne sont pas susceptibles d'être traitées au plan juridique. Ainsi, la CNUDCI ne devrait essayer de réglementer ni les questions de politique qui sous-tendent l'utilisation des PPP ni certaines questions qui relèvent du droit constitutionnel (par exemple la primauté de la propriété collective sur la propriété privée). Elle devrait porter son attention sur les catégories de questions qui doivent trouver une solution juridique, comme la répartition des pouvoirs et des risques, et les obstacles juridiques (par exemple, l'autorité et la capacité de conclure des PPP, et les incohérences de la politique et des lois portant sur les PPP avec d'autres branches connexes du droit (insolvabilité, fiscalité)), et sur les normes et les garanties de base que les investisseurs examineront pour s'assurer que le projet est financièrement et économiquement viable (entre autres les droits d'intervention, la transparence et autres principes sains en matière de passation des marchés publics, les garanties contre les expropriations).

49. Dans le cadre de la réglementation des PPP, l'accent devrait être mis sur la facilitation des projets appropriés et la réduction des coûts de transaction, dont certains pourraient être minimisés grâce à un cadre juridique adéquat. Par exemple, l'intégration à la loi ou à la réglementation de principes fondamentaux concernant les tarifs pourrait éliminer la nécessité de longues négociations avec les autorités locales.

50. Il a été instamment demandé de trouver un équilibre entre la rigueur académique et une approche pragmatique. Certains aspects pratiques devraient être traités, entre autres la manière dont le secteur public demeure responsable envers le public et engagé tout au long du projet, de même que certaines tendances comme les nouvelles formes d'urbanisation, la lutte contre la fraude et la gestion des identités. À ce dernier égard, il a été suggéré que la CNUDCI prenne en considération la mise en place d'un registre mondial de la transparence, où seraient consignés les bilans de toutes les entreprises pour ce qui est de l'exécution internationale de PPP et auquel les gouvernements auraient accès. On s'est déclaré préoccupé par le risque réel que représente la fraude commerciale dans les pays en développement; il faut que la communauté internationale fournisse des outils pour lutter contre ce crime économique à l'échelle internationale.

51. La CNUDCI a aussi été encouragée à indiquer clairement les aspects que la législation primaire devrait traiter et ceux qui relèveraient de la réglementation ou de notes d'orientation, de manière à ce que le cadre juridique applicable aux PPP bénéficie d'un niveau suffisant de prévisibilité et de sécurité. Cette approche garantirait aussi que le cadre juridique fondamental en matière de PPP ne dépende ni d'un gouvernement ni d'un ministre; ainsi, la formation et la mise en œuvre des PPP ne seraient pas directement affectées par un changement de gouvernement. Actuellement, ces risques existent dans certains pays car des points essentiels

affectant les PPP y sont délégués à la réglementation ou à des orientations. Cependant, cette approche ne signifie pas que tous les points essentiels devraient être abordés au sein d'un acte législatif unique; la pertinence des lois sur les douanes, la fiscalité, la protection des investissements, les droits fonciers, l'insolvabilité, les sûretés et ainsi de suite a été signalée.

52. Un cadre juridique sur les PPP devrait donc être susceptible d'interagir avec les autres lois applicables aux projets. En particulier, il a été noté qu'il conviendrait de parvenir à un certain niveau d'harmonisation entre les lois sur la passation des marchés publics et celles sur les PPP, par des renvois si nécessaires, car certaines dispositions pourraient être également applicables aux marchés publics et aux PPP. Les contestations auprès d'une instance indépendante et les recours que peuvent avoir les investisseurs lésés figurent parmi les exemples cités. Un texte de la CNUDCI sur les PPP aurait une valeur ajoutée dans la mesure où il réglementerait des caractéristiques spécifiques de ces partenariats nécessitant plus de souplesse que ne le permet habituellement la législation relative à la passation de marchés publics, et de manière à éviter la formation d'effets dissuasifs et d'obstacles entravant les PPP.

53. Il a été souligné que la CNUDCI, pour faire face à la pratique, ne pourrait pas faire abstraction de certaines questions portant sur les réformes institutionnelles: les institutions destinées à appuyer les PPP devraient être compatibles et cohérentes; la tendance à créer de la bureaucratie supplémentaire devrait être évitée, car elle ajoute une couche de complexité inutile. À cet égard, il a été noté qu'il serait souhaitable de mettre en place des structures plus souples (par exemple un conseil consultatif sur les questions de politique, dont la composition reflétait très précisément le secteur dans lequel un PPP est formé).

54. Il a été ajouté que la CNUDCI devrait préconiser une approche graduelle de l'introduction des PPP dans les pays qui n'en ont pas l'expérience (des PPP les plus simples aux plus compliqués) et devrait fournir des options selon le niveau des capacités des États. Il a été noté que, même en présence d'un cadre juridique solide, les PPP ne seraient pas utilisés si les pouvoirs publics et la société n'y étaient pas prêts.

55. Il a été ajouté que les questions de terminologie devraient aussi être abordées, et que tout futur texte devrait être rédigé dans un langage simple afin d'aider le lecteur.

### **3. Quelle(s) forme(s) les travaux de la CNUDI devraient-ils prendre?**

56. S'agissant de la forme que devrait revêtir un texte de la CNUDCI sur les PPP, de nombreux intervenants se sont prononcés en faveur d'une loi type, particulièrement en vue de tous les éléments énoncés ci-dessus. Toutefois, il a été reconnu que la nature du contrat social diffère largement d'un État à l'autre et qu'ainsi, les besoins en matière de réglementation des PPP sont également très hétérogènes. Par conséquent, certains pays ne devraient pas promulguer de loi sur les PPP et d'autres ne le voudraient pas. Une loi type de la CNUDCI fournirait à ceux en ayant besoin ou le souhaitant pour promulguer une loi nationale sur les PPP un modèle internationalement reconnu, aisément disponible et facile à utiliser. En l'absence d'un tel modèle, il a été estimé que le risque que les États adoptent une législation mal ficelée était élevé. S'ils disposaient d'un tel modèle, les États

seraient en mesure de porter leur attention sur les particularités locales nécessitant des ajustements au modèle. Ainsi, disposant d'une loi type de la CNUDCI, les décideurs et les législateurs penseraient à juste titre que leur loi, promulguée en se fondant sur ce modèle, refléterait les meilleures pratiques internationales. Ceci enverrait un signal positif au secteur privé en ce qui concerne l'adéquation et la stabilité du cadre juridique local applicable aux PPP.

57. Les caractéristiques suivantes d'une loi type ont été suggérées: elle ne devrait pas être trop compliquée; elle devrait être souple; elle devrait inclure les meilleures pratiques ayant fait l'objet d'un consensus international; ses provisions ne devraient comporter aucun point contesté ou sujet à controverse; elle devrait couvrir toutes les dispositions essentielles applicables à tous les types de PPP qu'elle réglemente et elle devrait, si nécessaire, renvoyer à d'autres branches du droit; elle devrait définir les principaux termes liés aux PPP qui figurent dans son texte; elle devrait aborder les obligations des parties au PPP, les obligations et les mesures en matière d'appui gouvernemental, les mécanismes de suivi, y compris la participation de la société civile, les indemnités en cas de résiliation, l'arbitrage international et les droits d'intervention. La loi devrait également imposer que le contrat de PPP aborde ces points si elle-même n'y prescrit pas de solution spécifique. Elle devrait indiquer clairement les dispositions obligatoires qui doivent être élaborées pour chaque projet distinct et recenser les éventuelles exigences minimales y applicables. Une telle loi type devrait se fonder sur les Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, qui abordent un grand nombre des points ci-dessus énumérés.

58. Parmi les autres possibilités de travaux que la Commission pourrait effectuer dans ce domaine, il a été envisagé de mettre à jour, de réviser et d'élargir la portée des instruments de la CNUDCI sur les PIFP. Il a été rappelé que, quand ces instruments ont été élaborés, les gouvernements faisaient preuve de prudence dès lors qu'il s'agissait de travailler dans des domaines ne relevant pas du noyau des compétences de la CNUDCI (questions liées aux relations bilatérales, domaines politiquement sensibles, institutions nationales). On s'est demandé s'ils le feraient à présent avec moins de réticence. Une loi type exigeant d'atteindre un niveau élevé de spécificité, d'exhaustivité et d'harmonisation dans ces domaines ne serait donc pas envisageable.

59. En outre, il a été suggéré que la complexité du sujet et le besoin de conserver un maximum de souplesse afin de ne pas ralentir l'innovation dans le domaine des PPP plaident en faveur d'une orientation analytique plus générale, du type apporté par le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. Il a été noté que ce dernier recense les obstacles juridiques aux PIFP, explique les conséquences de leur absence de résolution par les États et signale les obstacles non juridiques qui doivent également être traités. En fournissant ces informations analytiques, le Guide propose aux décideurs et aux législateurs des choix en matière de réformes législatives et institutionnelles.

60. En réponse, les intervenants en faveur d'une loi type ont estimé que mettre à jour, réviser et élargir la portée des instruments de la CNUDCI sur les PIFP ne permettrait pas d'atteindre le résultat escompté, à savoir l'élaboration d'un modèle simple et facile à utiliser pour les législateurs. Il a été considéré essentiel que la CNUDCI élabore un tel modèle international, qui s'accompagnerait de documents complémentaires, notamment des commentaires des dispositions de la loi type, des

orientations sur les points spécifiques qui soulèvent le plus de difficultés lors de la mise en œuvre pratique des PPP et des principes directeurs.

61. Certains intervenants étaient convaincus que la loi type ne serait pas en mesure de fournir une solution à tous les problèmes des PPP devant y être abordés. Il a donc été souligné que s'il était souhaitable de disposer du texte de cette loi, les orientations qui l'accompagneraient (semblables à celles que propose le Guide pour l'incorporation de la Loi type sur la passation des marchés publics)<sup>9</sup> seraient absolument indispensables, non seulement pour doter ceux qui appliqueront la loi des capacités nécessaires, mais aussi leur fournir des explications pour les éventuels écarts par rapport au modèle ou en ce qui concerne les options qui y sont contenues. On examinerait également dans ces orientations explicatives, le cas échéant, les questions controversées sur lesquelles aucun consensus n'aurait émergé.

62. Il a été suggéré que la mise à jour du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé pourrait être menée en parallèle avec l'élaboration d'une loi type, et que le texte ainsi actualisé pourrait fonder la rédaction d'un guide pour l'incorporation qui expliquerait les dispositions de la loi type et fournirait des orientations techniques plus détaillées aux ministères et autres services gouvernementaux utilisant des PPP. Il a été vivement préconisé que l'approche adoptée pour l'élaboration d'un tel guide tienne soigneusement compte de la perspective des utilisateurs finaux auxquels il s'adresserait, afin d'éviter certaines erreurs existant dans le Guide actuel. Tout en étant précis et détaillé, le guide devrait rester simple et facilement compréhensible par les lecteurs visés. Il faudrait éviter les termes complexes, donner des exemples et des explications illustratives, et envisager diverses manières conviviales de présenter les parties les plus longues (le guide pourrait notamment être divisé en sections et comporter des annexes décrivant, par exemple, des caractéristiques propres aux PPP selon les secteurs). Il a également été suggéré de préparer un glossaire de termes associés aux PPP. Un ensemble de clauses contractuelles essentielles (semblables aux règles et procédures de la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC)) pourrait également figurer dans le guide, sous forme par exemple d'annexe. Ces clauses pourraient servir aux parties contractantes, qui pourraient les intégrer par référence dans leurs contrats de PPP, évitant ainsi d'avoir à les négocier. Cet ensemble pourrait également servir de liste de contrôle des dispositions fondamentales à inclure dans le contrat.

63. À l'appui des travaux sur une loi type, son guide pour l'incorporation et des documents complémentaires, il a été fait valoir qu'un passage des dispositions législatives types et du guide législatif existants à une loi type et au guide pour son incorporation ferait une grande différence pour les États adoptants. Il a été reconnu que ces deux options ne fournissent que des orientations non contraignantes car les États ne sont pas tenus d'adopter leur loi sur la base des modèles de la CNUDCI et peuvent adapter ceux-ci aux circonstances locales s'ils le jugent approprié. Bien que la différence concerne peut-être seulement les noms des instruments et les manières de les présenter, et non leur substance ou leur nature, la forme ferait néanmoins

<sup>9</sup> Adopté par la Commission à sa quarante-cinquième session, en 2012. *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17 (A/67/17)*, par. 46. Disponible (en anglais uniquement) à l'adresse [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure/2012Guide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2012Guide.html).

toute la différence en ce qu'un modèle facile à utiliser serait examiné plus sérieusement et largement utilisé par les décideurs, législateurs et prestataires d'assistance locaux.

64. En réponse à la question de savoir pourquoi une loi type n'avait pas été élaborée en 2003, il a été expliqué qu'à cette époque, il n'y avait pas de consensus sur la définition du PPP et que la demande d'une loi type était quasi inexistante puisqu'on considérait que le concept de PPP n'avait pas à être réglementé par la loi. Ainsi que l'explique le chapitre II.A ci-dessus, ces facteurs ont changé depuis 2003.

#### **4. Considérations à prendre en compte pour organiser les travaux de la CNUDCI dans le domaine des PPP**

65. S'agissant des travaux sur les PPP, il a été déclaré que, pour apporter des orientations impartiales, il serait essentiel de recenser les meilleures pratiques, ou tout au moins celles qui seraient suffisamment bonnes, en matière de réglementation de ces partenariats. La CNUDCI pourrait éprouver des difficultés à cet égard, compte tenu des intérêts en place et des organes qui les représentent, notamment certains consultants et institutions financières du secteur privé. Par exemple, lorsque ces organes sont conseillers auprès des gouvernements en matière de réformes législatives et prestataires de services d'assistance technique et de renforcement des capacités, et qu'ils sont en même temps agents financiers ou opérateurs de projets de PPP, ils ne sauraient échapper au conflit d'intérêts inhérent. Il serait tout aussi important de recenser les mauvaises pratiques, dont beaucoup ont été reproduites par des consultants et des conseillers internationaux auprès de gouvernements.

66. La CNUDCI a été encouragée à faire usage des informations pertinentes sur les PPP recueillies par diverses institutions, informations qui incluent des bases de données concernant des contrats, les lois sur les PPP et d'autres lois liées aux PPP dans le monde entier, des enquêtes sur les PPP et les résultats d'évaluations du cadre juridique des PPP menées dans un certain nombre de pays, des bases de données concernant des experts, des conseillers, des spécialistes et des coordonnateurs locaux s'occupant de PPP. Des outils qui permettent le traçage des résultats de différents PPP, des volumes d'investissement, des aspects relatifs aux énergies renouvelables et des données sur les PPP regroupées par secteur ont également été mis en exergue.

67. Alors que d'autres instruments internationaux et régionaux régissant divers aspects des PPP devraient être consultés dans le cadre de tous les travaux possibles de la CNUDCI en la matière, la Commission a été encouragée à ne pas chercher à harmoniser tous ces instruments, dont les champs d'application, accents et objets sont hétérogènes. Elle devrait plutôt porter un regard critique sur différents textes du point de vue de leur éventuelle utilité dans le cadre de ses propres travaux (soit que leur utilisation comme base de travail puisse ajouter de la valeur soit simplement à titre de référence). Il a été signalé qu'en vue des travaux de la CNUDCI dans ce domaine, il faudrait peut-être mettre ces autres instruments à jour ou les réviser.

68. Il a été souligné qu'il est important de ne pas perdre de vue la somme de travail qui peut raisonnablement se faire dans un laps de temps restreint, compte tenu de la complexité des questions qui doivent être traitées. Les avis ont différé en ce qui concerne la quantité de travail en question. Certains intervenants ont considéré que l'élaboration d'une loi type ou d'un guide plus complet ne devrait pas

prendre beaucoup de temps, puisque la plupart des questions ont déjà été traitées dans les instruments de la CNUDCI sur les PIFP, tandis que d'autres ont estimé qu'il restait beaucoup de travail à faire pour mettre à jour les textes existants et élaborer une loi type. S'il était possible qu'il ne faille pas beaucoup de temps pour éclaircir les éléments fondamentaux qui ont déjà été traités dans les instruments de la CNUDCI sur les PIFP, l'ajout de nouveaux éléments et les éclaircissements concernant la portée et la terminologie exigeraient beaucoup de travail. Il a également été fait observer qu'il est bien plus difficile d'élaborer un instrument simple et court – ce qui devrait être le but des travaux de la CNUDCI dans ce domaine – qu'un instrument long et complexe. Il a été souligné que, pour que le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé soit utile aux bénéficiaires à qui il s'adresse, il doit être restructuré et réécrit dans une langue simple.

69. Il a été souligné qu'un forum intergouvernemental (la Commission et ses groupes de travail) rédigerait les textes que la CNUDCI devrait élaborer. Les études que le secrétariat devrait mener et les avant-projets qu'il devrait rédiger seraient essentiels pour ce qui est d'accélérer le travail de l'organe intergouvernemental. Pour que les études et les avant-projets soient d'un niveau de qualité adéquat, il faudrait que des experts participent aux travaux préalables du secrétariat et que suffisamment de temps soit alloué à ces travaux.

70. Il a également été noté que les délibérations devraient être aussi ouvertes et complètes que possible, afin de parvenir à une représentation équilibrée des divers points de vues et intérêts et ainsi à un résultat satisfaisant (outre les États membres et ceux dotés du statut d'observateur, les participants devraient inclure des associations professionnelles, des universitaires et des organisations de la société civile). Il faudrait veiller à ce que la coopération soit étroite entre la CNUDCI et les institutions régionales et internationales travaillant dans le domaine des PPP. Le processus d'élaboration des textes permettrait aux spécialistes locaux et aux experts internationaux d'échanger des idées, des savoirs et des expériences afin de parvenir à un consensus sur les meilleures pratiques internationalement convenues pour ce qui est de réglementer les PPP.

71. Il a été convenu que tous autres travaux effectués par la CNUDCI dans ce domaine et tous les résultats en découlant seraient importants pour l'assistance technique et le renforcement des capacités locales par la Commission et d'autres acteurs.

### III. Conclusions

72. Il a été reconnu que l'utilisation des PPP allait croissant dans le monde entier, non seulement pour mobiliser des ressources du secteur privé afin de satisfaire des besoins publics, mais aussi de façon à fournir de meilleurs services au public, en tirant parti de la créativité, du pouvoir d'innovation, du savoir-faire et des avantages concurrentiels du secteur privé. Les PPP ont été considérés comme un mécanisme essentiel pour assurer un développement durable et écologiquement viable et pour contribuer à la réduction de la pauvreté, car ils reposent sur des efforts déployés conjointement par les secteurs public et privé qui, pour être couronnés de succès,

doivent tenir compte de nombreux facteurs, y compris l'impact direct des projets sur les utilisateurs finaux, c'est-à-dire les citoyens.

73. Il a également été considéré que les PPP pourraient être avantageux, étant donné la plus grande efficacité du secteur privé par rapport au secteur public pour ce qui est de la mise au point et de l'exécution de projets.

74. Il a été reconnu que les PPP sont devenus un concept juridique, qu'ils font l'objet de lois dans de nombreux pays et que, dans certains pays, les insuffisances de la réglementation qui les encadre a contribué à leur échec. Un cadre juridique adéquat n'empêcherait pas tous les échecs mais il fournirait un système en vertu duquel les PPP pourraient être entrepris. Toutefois, compte tenu des aspects complexes et délicats à traiter, mettre en place un cadre juridique adéquat n'est pas une tâche simple.

75. Les efforts nationaux pour concevoir un tel cadre bénéficieraient d'un soutien international sous la forme d'un modèle simple à utiliser, qui n'existe pas actuellement. Les instruments de la CNUDCI sur les PIFP ne peuvent pas être considérés comme tel (même si la qualité de leur contenu est reconnue) en raison de leur portée limitée ainsi que de leur longueur et de leur complexité, qui les rendent plus utiles pour les experts et spécialistes internationaux que pour les décideurs, autorités de réglementation et législateurs locaux. En outre, la multiplicité des orientations internationales sur les PPP, ensemble manquant parfois de cohérence, complique la tâche de ceux qui travaillent à la réforme juridique.

76. Il y a eu unanimité sur le fait que, vu l'évolution de la réglementation des PPP et l'expérience acquise pour ce qui est de l'utilisation des instruments de la CNUDCI sur les PIFP décrits au chapitre II.A ci-dessus, la Commission devrait sopeser ces instruments pour voir comment s'assurer qu'ils continuent à refléter les meilleures pratiques dans la réglementation des PPP. Selon l'avis qui a prévalu, le moment est également venu pour la CNUDCI de faire le nécessaire afin de fournir à la communauté internationale une loi type sur les PPP, accompagnée d'un guide suffisamment détaillé pour l'incorporation.

77. Cette tâche concorde avec à la fois le mandat global de la CNUDCI et la mission qu'a la Commission de recenser les meilleures pratiques en ce qui concerne la réglementation d'une opération commerciale particulière puis d'élaborer un texte juridique qui les reflète de manière appropriée.

78. Diverses considérations affecteront la portée d'un tel projet, notamment la durée qu'il conviendra d'y allouer et le fait qu'il sera impossible d'harmoniser tous les aspects des PPP. Si ces travaux peuvent être considérés comme urgents, ce qui signifie que le projet devrait être mis au point relativement vite, l'ampleur des efforts ne devrait pas être sous-estimée s'il faut élargir et éclaircir la portée des instruments de la CNUDCI sur les PIFP.

79. Ces travaux futurs se fonderaient sur les instruments de la CNUDCI sur les PIFP et sur ce qui a déjà été réalisé, en particulier parce que les instruments ont abordé de nombreuses préoccupations concernant la pratique en matière de réglementation et de mise en œuvre des PPP soulevées lors du colloque. Il demeure à analyser si les conseils qu'ils contiennent restent suffisamment précis et complets.

80. Pour permettre cette analyse critique, il faudrait renforcer la sensibilisation au contenu des instruments de la CNUDCI sur les PIFP. L'objectif devrait être de

recenser les lacunes et les besoins d'amélioration (notamment en matière de précision ou d'exhaustivité) propres à ces instruments et les raisons expliquant ces lacunes (choix intentionnel, nouvelles évolutions ou expérience acquise de l'utilisation des instruments). Lorsque de telles lacunes ou besoins seraient cernés, il s'agirait de déterminer comment et dans quels délais améliorer la situation et de voir quelles lacunes demeurerait en tout état de cause et pourquoi.

81. Si l'analyse envisagée au paragraphe précédent indique que le consensus est insuffisant pour fournir aux États adoptants une loi type comportant un nombre limité d'options, il a été convenu que des travaux supplémentaires sur les instruments de la CNUDCI sur les PIFP dans leur forme actuelle bénéficieraient quand même très largement à la communauté internationale.

82. La CNUDCI devrait considérer l'importance non seulement du résultat final de ses travaux dans ce domaine mais également du processus qui l'y amènerait. Il convient de ne pas sous-estimer la valeur du travail ci-dessus suggéré pour mieux faire connaître les instruments de la CNUDCI sur les PIFP, notamment en tant qu'outils d'assistance technique et de renforcement des capacités locales. Ces travaux appuieraient aussi l'exécution d'un autre mandat de la CNUDCI, à savoir coordonner les activités des organisations s'occupant de droit commercial international et encourager la coopération entre elles. S'agissant des PPP, la coordination des efforts et la coopération étroite de divers particuliers et institutions en matière d'action législative, d'assistance technique et de renforcement des capacités sont nécessaires pour mettre fin à la tendance actuelle qui provoque l'élaboration de règles contradictoires, l'apport de conseils incohérents et la duplication de mauvaises pratiques. Même si elle peine ou ne parvient pas à harmoniser tous les textes existants qui fournissent des indications sur les PPP, la CNUDCI, en élaborant une norme dans ce domaine, encouragera la communauté internationale à commencer à parler d'une seule voix sur les questions liées à ces partenariats.

83. Il a été convenu que la complexité du sujet en question exigerait d'importants travaux préparatoires avant qu'un texte en résultant ne puisse être présenté pour examen à un organe intergouvernemental. Afin d'assurer qu'un tel texte serait universellement applicable dans le contexte des nombreuses entités qui sont parties à des PPP, la participation devrait être aussi large que possible, et il faudrait faire des efforts pour assurer l'ouverture.

84. Il a été considéré que tout mandat relatif à des travaux futurs dans le domaine des PPP pourrait utilement inclure les éléments suivants:

- a) Élaborer un texte juridique sur les PPP, se composant d'une loi type (ou bien, si cette forme était impossible, des dispositions législatives types) accompagnée d'orientations en matière de politique et de pratique;
- b) Faire preuve de souplesse, d'innovation et de créativité, facilitant ainsi la réalisation d'objectifs viables en matière de développement, notamment socioéconomique;
- c) Faire ressortir aussi bien des textes que de l'expérience concrète et recenser les meilleures pratiques pour les PPP, en cernant les lacunes dans les instruments de la CNUDCI sur les PIFP, en révisant les éléments qui ne sont plus à

jour et en intégrant les aspects autrefois non susceptibles d'être réglementés mais l'étant devenus en raison de l'évolution du marché;

d) Examiner les dispositions essentielles applicables aux formes les plus fréquentes de PPP et voir si des travaux supplémentaires sont nécessaires sur d'autres formes (par exemple les alliances pour les partenariats entre les secteurs public et privé) ou sur des secteurs commerciaux spécifiques, et si de quelconques formes de PPP devraient être exclues de la portée d'un texte juridique sur les PPP;

e) Aborder l'intégralité du cycle de vie des PPP, y compris la planification et la gestion du projet;

f) Recenser toutes les obligations internationales importantes qui affecteraient la réglementation nationale des PPP (telle que la Convention des Nations Unies contre la corruption);

g) Analyser la mesure dans laquelle les procédures clefs visant à garantir la transparence et la concurrence, comme elles sont exprimées dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics<sup>10</sup>, devraient s'appliquer aux procédures relatives aux PPP, de façon à promouvoir les valeurs fondamentales associées à la garantie d'un bon rapport qualité-prix et à l'évitement des abus; et

h) Mettre en œuvre une approche pragmatique pour équilibrer la rigueur analytique et l'analyse empirique, afin de garantir l'élaboration opportune par la CNUDCI d'un texte sur les PPP qui ait une utilité pratique pour les législateurs dans des pays présentant différents niveaux de capacités et d'expérience en la matière.

---

<sup>10</sup> Ibid., *Soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/67/17)*, annexe I. Disponible aussi à l'adresse [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure/2011Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html).