



Assemblée générale

Distr. limitée
22 avril 2013
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
**Colloque international sur
les partenariats public-privé**
Vienne, 2-3 mai 2013

Document de travail

I. Introduction

1. Le Colloque a pour but de fournir à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) une recommandation sur les travaux futurs possibles dans le domaine des partenariats public-privé. Le présent document est fourni aux participants pour les aider dans leurs délibérations. Il suit la structure du programme provisoire du Colloque.

A. Historique

2. Comme la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE) l'a écrit en 2008, "Au cours des quinze dernières années, les États ont eu des difficultés à développer leur économie et leur compétitivité en améliorant leur infrastructure de base. De plus en plus, ils se tournent vers le secteur privé pour financer, concevoir, construire et exploiter des projets d'infrastructure. Autrefois rares et limités, les partenariats public-privé sont devenus un important outil d'amélioration de la compétitivité économique et des services d'infrastructure. Ils sont de plus en plus considérés comme un mécanisme permettant de combler un 'déficit' d'infrastructure dans de nombreux pays de la CEE¹."

3. Il semble que cette tendance se maintient, touchant d'autres pays que ceux de la CEE, suivant un modèle bien établi dans les pays développés (tels que l'Australie, le Canada, les États-Unis d'Amérique, la France et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord). Selon des informations récentes fournies au Secrétariat, on estime que la valeur des partenariats public-privé dépassera

¹ CEE, *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, avant-propos, disponible (en anglais) à l'adresse <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ppp.pdf>



1 000 milliards de dollars au cours des cinq prochaines années en Inde seulement; ces partenariats sont de plus en plus utilisés en Chine et dans d'autres pays d'Asie et du Pacifique, en Amérique centrale et en Amérique du Sud².

4. Compte tenu de cette utilisation accrue des partenariats public-privé comme méthode de développement des infrastructures, la Commission, lors d'une discussion à ce sujet à sa quarante-cinquième session, en 2012, a décidé de tenir le présent Colloque pour envisager les travaux futurs possibles de la CNUDCI sur la question³. À cette session, la Commission a noté "qu'il pourrait être souhaitable d'élaborer une loi type sur ces partenariats au niveau international, compte tenu de l'importance du sujet pour les pays en développement; que des travaux dans ce domaine pourraient se justifier compte tenu en particulier des conclusions formulées par les États à la Conférence des Nations Unies sur le développement durable, tenue à Rio de Janeiro (Brésil) du 20 au 22 juin 2012, encourageant le recours aux partenariats public-privé comme outil de développement économique⁴; et que la CNUDCI pourrait bénéficier des travaux entrepris dans ce domaine au niveau régional, tels que la proposition de la Commission européenne en vue d'une directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession⁵." La CNUDCI a généralement inscrit la passation de marchés et le développement des infrastructures à son programme de travail ces 22 dernières années et ses textes sont reconnus comme des outils essentiels pour une réglementation efficace du développement des infrastructures et des sujets connexes⁶.

5. Si le Colloque conclut que la CNUDCI devrait entamer des travaux sur les partenariats public-privé, il devrait examiner les termes d'une recommandation à adresser à la Commission sur la nécessité et la portée des travaux à entreprendre. La

² Voir par exemple <http://www.eria.org/projects/PPP.html>, <http://www.adb.org/publications/public-private-partnership-infrastructure-projects-case-studies-republic-korea>; http://ppp.gov.ph/?page_id=107; <http://www.adb.org/offices/pacific/strategy>; <http://www.iadb.org/en/projects/project-description-title,1303.html?id=co-tl139>; et <http://www.iadb.org/biz/ppt/0604grahamb.ppt#444>.

³ Une note du Secrétariat, intitulée "Passation de marchés et développement des infrastructures: travaux futurs possibles" (A/CN.9/755, sections 2 et 3), a été présentée à la Commission. Elle est disponible à l'adresse <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/sessions/45th.html>.

⁴ Voir le document final de la Conférence, intitulé "L'avenir que nous voulons" (résolution 66/288 de l'Assemblée générale, annexe) par. 46, 71, 217 et 280 d).

⁵ A/67/17, Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, quarante-cinquième session, par. 115, disponible à l'adresse <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/sessions/45th.html>.

⁶ À la suite des travaux menés par son Groupe de travail I de 2000 à 2012, la CNUDCI a adopté le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (2012), la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (2011) et les Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2003). Elle a adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2000, rédigé par le Secrétariat et examiné directement par la Commission). À la suite des travaux menés par son Groupe de travail V de 1981 à 1994, la CNUDCI a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994), la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux (1993) et le Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles (1987).

manière de présenter et d'examiner de telles recommandations est présentée à la section II du présent document.

B. Sources

6. Le présent document s'inspire des informations sur les partenariats public-privé, concessions et types de projets similaires disponibles sur le site "PPP in Infrastructure Resource Center for Contracts, Laws and Regulation" (Centre de ressources contrats, législation et réglementation pour les partenariats public-privé en infrastructure), Banque Mondiale, Mécanisme consultatif pour le renforcement des infrastructures par des partenariats public-privé, Société financière internationale et Agence norvégienne pour la coopération au développement (www.worldbank.org/ppp) ("Banque mondiale"); les pages Web de la Banque européenne de reconstruction et de développement sur les concessions (<http://www.ebrd.com/pages/sector/legal/concessions.shtml>) ("BERD"); le site Web du Centre européen d'expertise en matière de PPP (CEEP, initiative conjointe de la Banque européenne d'investissement ("BEI"), de la Commission européenne, des États membres et des pays candidats de l'Union européenne (<http://www.eib.org/epc/g2g/index.htm>) ("CEEP"); les pages Web de l'Organisation de coopération et de développement économiques ("OCDE") sur les concessions (http://www.oecd-ilibrary.org/fr/governance/concessions_clp-10-5kmhbhp8v9mw); les pages Web de l'Union européenne sur les concessions (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/partnerships/concessions/index_fr.htm); les pages de la CEE sur les partenariats public-privé (notamment le *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships* (guide sur la promotion de la bonne gouvernance dans les partenariats public-privé), disponible (en anglais et en russe) à l'adresse <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ppp.pdf>, et d'autres sources concernant des points précis et mentionnées plus loin. Les renvois aux commentaires de ces organisations concernent les informations disponibles sur les sources énumérées dans ce paragraphe.

7. Le présent document s'inspire aussi des ouvrages suivants, disponibles auprès du Secrétariat en anglais seulement (et qui seront mis à disposition sur le site Web de la CNUDCI en temps utile): *Legal Analysis on Public-Private Partnerships regarding Model PPP Rules*, juin 2012, par Seungwoo Son (chercheur invité à la CNUDCI du 26 juillet 2011 au 25 juillet 2012, l'"étude Son"); *Report regarding Model PPP Laws to the Third Session of the Team of Specialists on Public-Private Partnerships of the UNECE*, 18 et 19 avril 2011, Simmons & Simmons LLP, Londres (le "rapport Simmons et Simmons"); et *Executive Summary of the PPP Handbook in progress and of its related evaluation Index*, 20 février 2012, dir. publ. Vincent Piron (questions économiques et financières) et Marc Frilet (questions institutionnelles et juridiques) (le "résumé Frilet").

8. Enfin, il se fonde sur des informations fournies par des experts au Secrétariat lors de consultations tenues depuis l'été 2012.

C. Terminologie

9. Sauf citation d'une publication ou d'une autre source, tous les projets de développement à financement privé sont désignés dans le présent document par le terme "partenariat public-privé" (la question des définitions est traitée ci-après dans la section II A.3).

II. Sujets de discussion

A. Thèmes pertinents dans le cadre de travaux futurs possibles sur les partenariats public-privé

10. Les participants au Colloque voudront peut-être examiner les thèmes suivants:

S'il existe une nécessité technique d'un texte de la CNUDCI sur les partenariats public-privé; et

La portée de travaux futurs en vue de conclure un tel texte.

B. Existe-t-il une nécessité technique d'un texte de la CNUDCI sur les partenariats public-privé?

1. Permettre une participation privée dans le développement des infrastructures et la fourniture de services publics

11. Traditionnellement, l'objectif le plus communément cité en ce qui concerne la mise en œuvre de partenariats public-privé est de permettre la participation privée dans le développement des infrastructures et souvent la fourniture de services publics qui s'y rapporte. Il s'agit notamment de tenir compte du fait que la demande de tels investissements dépasse les ressources financières dont le secteur public dispose à cette fin, considération qui est apparue au grand jour depuis que ce que l'on appelle généralement la "crise financière mondiale" est survenue en automne 2007.

12. Selon le document de la BERD, permettre la participation du secteur privé à ce développement pose diverses questions: "La vente pure et simple de biens publics à des tiers n'est pas une option, compte tenu du manque de concurrence que cela supposerait. La solution préférée [des gouvernements] pourrait être d'octroyer des concessions ou des droits contractuels ou de licence à des entités du secteur privé tout en conservant d'autres droits publics et la propriété de certains biens. La difficulté qui se pose [aux gouvernements] est d'élaborer un régime juridique encourageant l'investissement privé dans ces secteurs. En élaborant un tel régime juridique, [les gouvernements] doivent créer un environnement propice à une prise de participation des entreprises internationales ayant une expérience du secteur. [Les gouvernements] doivent aussi répondre adroitement aux préoccupations des institutions financières qui financent la dette."

2. Préoccupations au niveau national et au sein de la communauté des donateurs que des partenariats public-privé non réglementés peuvent être inefficaces et produire des résultats décevants; priorité relative des partenariats public-privé et d'autres questions d'importance pour la communauté des donateurs et les États bénéficiaires

13. Certains pays disposent de lois générales ou sectorielles sur les partenariats public-privé ou de dispositions législatives les permettant dans d'autres lois. L'analyse Son note que des lois portant spécifiquement sur les partenariats public-privé ont été promulguées en Belgique, en Italie, en Pologne, au Portugal, en République de Corée, au Brésil et en Espagne⁷. Le Secrétariat sait que d'autres États sont en train d'élaborer des textes législatifs sur les partenariats public-privé (notamment la Chine). Cependant, il est clair que de nombreux États ne disposent pas de législation pertinente de portée générale (notamment l'Australie, le Royaume-Uni et les États-Unis au niveau fédéral, tous recourant régulièrement aux partenariats public-privé)⁸. Les chiffres varient pour ce qui est de la proportion de partenariats entrepris en dehors d'une législation en la matière, mais certains avancent le taux élevé de 90 %.

14. Des préoccupations ont été exprimées quant au fait que les partenariats public-privé constituent un domaine nouveau pour les institutions financières, juridiques et gouvernementales et ne sont donc pas traités comme il se doit; qu'il y a un manque de compréhension entre les parties prenantes; que de nombreux projets sont minés par des litiges, et des préoccupations sont exprimées par des représentants de la société civile (notamment en Asie du Sud et du Sud-Est, en Amérique Centrale et en Amérique du Sud)⁹. Les résultats des opérations de partenariat public-privé sont mitigés, selon des indications provenant notamment d'Inde, du Canada, de France et du Royaume-Uni¹⁰. Ces problèmes, auxquels

⁷ L'analyse Son note que le Portugal, par le décret législatif 96/2003 charge Parpublica, unité centrale du Ministère des finances chargée des partenariats public-privé, de "la conception de modèles de partenariats public-privé, l'évaluation, la définition, les appels d'offres, la répartition du risque et le contrôle de l'exécution. En outre, un nouveau décret législatif, DL141/2006, vise notamment à renforcer la gestion des partenariats public-privé mais il manque de moyens pour créer une unité centrale efficace (*PPP in Portugal*, MOPTC, 7 mai 2008, p. 10). La République de Corée a adopté en 1994 la loi sur les investissements privés dans les infrastructures publiques afin de promouvoir les investissements privés dans la construction et la gestion des infrastructures publiques. Plusieurs modifications législatives ont été effectuées pour fournir des moyens juridiques souples de renforcer le système de contrôle parlementaire et la participation citoyenne et protéger la concurrence dans l'ensemble du processus. Le Brésil a adopté en décembre 2004 une loi sur les partenariats public-privé destinée à encourager les investissements dans des projets d'infrastructure (C.V. Filho et J.B. Lee, *Brazil's New Public-Private Partnership Law: One Step Forward, Two Step Back*, 22(5) *Journal of International Arbitration* 419426 (2005)).

⁸ Son, citant David W. Gaffey, *Outsourcing Infrastructure: Expanding the Use of Public-Private Partnerships in the United States*, 39 *Pub. Cont. L. J.* 351, 352-53 (Winter, 2010), Rapport Simmons et Simmons, p. 2; et Henrik Andersen *et al.*, *Public-Private Partnerships 13*, Asia Link (2010). Son explique que l'Australie a adopté des lois visant spécifiquement les projets et que les États-Unis disposent de certaines dispositions ad hoc couvrant certains aspects limités des partenariats public-privé.

⁹ Voir notamment les exemples cités dans Nicholas, C: *Devising Transparent and Efficient Concession Award Procedures*, *Uniform Law review/revue de Droit Uniforme*, NS- Vol XVII, 2012.

¹⁰ Citations **.

s'ajoutent des préoccupations quant à la qualité des avis donnés en rapport aux projets de partenariat public-privé, font que le public doute de la rentabilité des projets menés en partenariat public-privé et plus généralement de leur succès (question traitée ci-après aux sections C.2 et C.4).

15. Des préoccupations ont aussi été exprimées concernant l'incidence de l'absence de règles uniformes sur l'utilisation des partenariats public-privé comme outil de développement des infrastructures et de fourniture de services publics. Le manque de sécurité juridique peut accroître le coût des opérations, des conditions standard pouvant devoir être négociées au cas par cas, ce qui, a-t-on indiqué, pouvait décourager d'autant le recours aux partenariats public-privé et déboucher sur des conditions de projets très disparates, avec des incidences néfastes sur les résultats et la capacité. Dans plusieurs pays, a-t-on noté, les partenariats public-privé sont conçus "sur le moment", sans indication de la part des autorités, et s'inspirant parfois de toute disposition faisant l'affaire tirée de la loi sur les marchés publics. Dans d'autres pays, le sujet est écarté grâce à l'absence d'un cadre juridique adéquat. Selon les experts, l'efficacité publique serait renforcée par une normalisation des procédures administratives laissant suffisamment de souplesse pour adapter les accords de projet aux nécessités spécifiques de chaque projet.

16. Il a été signalé au Secrétariat qu'un texte traitant du cadre juridique des partenariats public-privé serait un outil important tant pour les pays en développement que pour les pays développés, où la manière de réglementer les partenariats public-privé continue d'alimenter de nombreux débats malgré l'existence de nombreux projets de ce type. De plus, certains pays n'ont de ces partenariats qu'une expérience très limitée, et le besoin d'informations et d'éclaircissements est jugé élevé¹¹. À ce propos, le rapport Simmons et Simmons indique que les investisseurs risquent d'éviter les États ne disposant pas d'un cadre juridique adéquat pour les partenariats public-privé¹².

3. Description ou définition des partenariats public-privé: concept générique ou type de projet clairement défini?

17. Comme l'a noté la CNUCED, "L'expression 'partenariats public-privé' (PPP) est de plus en plus souvent invoquée au sein de la communauté des donateurs. Or elle recouvre des mécanismes extrêmement divers donnant des résultats tout aussi divers, à en juger par l'expérience des pays avancés¹³".

18. On considère généralement que le terme partenariat public-privé désigne la construction d'infrastructures accompagnées d'investissement privé dans la fourniture de service, mais il apparaît de plus en plus comme une manière de développer des infrastructures non tangibles et de fournir des services publics sans développement d'infrastructure. Le marché du financement de projets a changé considérablement au cours des 10 dernières années, particulièrement depuis le début de la crise financière mondiale, donnant lieu à de nouvelles manières d'organiser la

¹¹ Son, citant Henrik Andersen *et al.*, *supra*.

¹² Simmons et Simmons, Section 5.

¹³ Voir la note de bas de page 56 du Rapport du Secrétaire général de la CNUCED à la treizième session de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement – Mondialisation et développement: Vers des trajectoires de développement durable et équitable, disponible à l'adresse http://unctad.org/fr/ITSS_MigratedDocsNotPublic/tdxiii_report_fr.pdf.

participation du secteur privé¹⁴. On ne sait pas clairement quels types de projets relèvent de la définition du partenariat public-privé, point qui fait l'objet de la section qui suit.

4. Faut-il moderniser et harmoniser les textes et orientations existants sur les partenariats public-privé au niveau international?

19. Les principaux textes juridiques internationaux et régionaux sur les partenariats public-privé renseignés au Secrétariat sont, par ordre chronologique:

20. L'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI), "Le développement des infrastructures selon la formule construction-exploitation-transfert (CET)" (1996)¹⁵: ces lignes directrices traitant des questions financières et juridiques du développement de projets CET comportent une orientation de base pour concevoir des stratégies efficaces, et des informations pratiques essentielles sur la structure et les procédures d'accords CET, destinées à réduire les délais et coûts de l'élaboration et de la passation de contrats CET.

21. Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (et Ensemble des recommandations concernant la législation, 2000) et Dispositions Législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2003) (les "instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé")¹⁶. Le Guide législatif contient 71 recommandations concernant la législation, destinées à faciliter la mise en place d'un cadre législatif. Elles sont suivies d'indications et de notes traitant de manière analytique des questions financières, réglementaires, juridiques, de politique générale et autres posées en la matière. Les Dispositions types, publiées ultérieurement, expriment en langage législatif les recommandations du Guide législatif (51 dispositions).

22. La publication intitulée *Basic Elements of a Law on Concession Agreements* (Éléments essentiels d'une loi sur les accords de concession) (2000) de l'OCDE vise à faciliter l'investissement du secteur privé dans les infrastructures et les ressources naturelles des pays en transition. Elle a été produite par un groupe d'experts réunis par l'OCDE et la Bourse d'Istanbul pour élaborer un ensemble de 18 dispositions clef sur les accords de concession afin que le financement de projets devienne une

¹⁴ Rapport Simmons et Simmons, résumé.

¹⁵ Disponible à l'adresse <http://www.unido.org/resources/publications/imported-publications/guidelines-for-infrastructure-development-through-build-operate-transfer-bot-projects.html>. Cette publication contient des chapitres sur les sujets suivants: pour comprendre la formule CET; les phases d'un projet CET; le contexte économique des projets CET; contribution de l'État au succès des projets CET; transfert de technologie et création de compétences dans le cadre des projets CET; passation des marchés et sélection des promoteurs; évaluation financière et économique des projets CET; calcul et gestion des risques; le montage financier des projets CET; les contrats; l'accord de projet; le marché de travaux de construction; le contrat d'exploitation et de maintenance; le transfert de propriété; quelques facteurs de succès des projets CET.

¹⁶ Accessible à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

option plus viable pour le financement d'infrastructures dans la région de la mer Noire et du Sud-Est de l'Europe¹⁷.

23. Les "Principes fondamentaux d'une loi moderne sur les concessions" de la Banque européenne de reconstruction et de développement (BERD) (2006) ont été publiés "pour définir et promouvoir des principes modernes sains pour des lois sur les concessions dans les pays et opérations de la BERD" et protéger les investisseurs et le secteur public. Le Guide et les Dispositions types de la CNUDCI ont servi de source principale pour la rédaction des Principes fondamentaux. Neuf des dix Principes fondamentaux renvoient expressément à une ou plusieurs recommandations du Guide de la CNUDCI. Les Éléments essentiels de l'OCDE ont également été utilisés¹⁸." (Les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, les Éléments essentiels de l'OCDE et les Principes fondamentaux de la BERD sont appelés collectivement dans le reste du présent document les "textes juridiques").

24. L'Union européenne n'a pas encore promulgué de règles spécifiques sur les partenariats public-privé mais a publié une série de textes sur les concessions. Plusieurs États membres ont cependant exprimé l'avis qu'il fallait un ensemble de règles communes de l'Union sur les partenariats public-privé, et une nouvelle directive sur les concessions a été proposée¹⁹.

25. Outre ces textes juridiques, il existe de nombreux documents d'orientation et d'interprétation sur les partenariats public-privé, appelés collectivement dans le reste du présent document "publications d'orientation". Il s'agit notamment de la "Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés" de la Commission européenne²⁰, qui vise à répondre à l'insécurité juridique entourant la participation de partenaires privés à de tels projets, qui, comme le souligne la Commission, peut nuire à leur succès. Le "Manuel de bonnes pratiques" (voir plus haut, section I.B "Sources") vise à recenser les meilleures indications que l'on peut actuellement tirer des lignes directrices sur les partenariats public-privé dans le monde entier pour aider les fonctionnaires à mettre en œuvre des projets en la matière et les aider à comprendre les principales questions et procédures intervenant dans la passation de marchés liée à des accords de partenariat public-privé. Il ne vise pas essentiellement les cadres juridiques sur les partenariats public-privé mais contient une brève annexe sur la question²¹. Le

¹⁷ Voir en outre le Rapport Simmons et Simmons, qui note que le Guide et les Dispositions types de la CNUDCI ont constitué le fondement (ou "point de départ") des Éléments de base. Ces derniers sont disponibles à l'adresse http://www.oecd.org/LongAbstract/0,3425,en_33816563_33816964_33959803_1_1_1_1,00.html.

¹⁸ Rapport Simmons et Simmons. Les Principes fondamentaux de la BERD sont disponibles à l'adresse http://www.ebrd.com/pages/sector/legal/concessions/core_principles.shtml.

¹⁹ Voir les documents disponibles à l'adresse http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/partnerships/public-private/index_fr.htm, notamment le texte de la proposition, le Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM (2004) 327 final, 30 avril 2004; et la Résolution du Parlement européen sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions (2006/2043(INI)), 26 octobre 2006.

²⁰ Disponible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:091:0004:0009:FR:PDF>.

²¹ Son, *supra*.

centre de ressources de la Banque mondiale pour les contrats, la législation et la réglementation en matière de partenariats public-privé pour les infrastructures²² a été conçu pour aider les fonctionnaires, gestionnaires de projets et juristes intervenant dans des projets d'infrastructure en partenariat public-privé à traiter les questions contractuelles et juridiques touchant la réforme juridique des infrastructures et les projets de partenariat public-privé, avec des références tirées d'initiatives de réforme du monde entier. L'Outil d'évaluation de l'état de préparation national au PPP²³ a été élaboré pour permettre aux services stratégiques et de politique générale des administrations publiques d'évaluer leur état de préparation au développement de capacités et de marchés en la matière. Il fait partie du cadre de l'UNECE en la matière. Ces deux dernières sources sont régulièrement actualisées. Le Manuel de bonnes pratiques CEEP a été publié pour la dernière fois en 2011, et ces trois publications sont les seules datant d'après la crise financière (aucun des textes juridiques n'a été actualisé après parution).

26. Une première question à examiner est donc de savoir s'il existe un ensemble suffisamment cohérent et actualisé d'avis sur les aspects juridiques des partenariats public-privé, destiné aux gouvernements et autres parties prenantes. Il existe clairement une grande quantité d'avis. Cependant, comme le note le rapport Simmons et Simmons, "Lors de nos recherches préparatoires en vue du présent rapport, nombre des personnes interrogées se sont dites préoccupées par la multiplicité des manières d'envisager les partenariats public-privé et des pratiques en la matière, développées et publiées par divers organismes des Nations Unies et autres organismes multilatéraux tels que le CEEP et [les banques multilatérales de développement]"²⁴.

27. À cet égard, il convient de noter que la portée des textes juridiques et des publications d'orientation varie. Premièrement, les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé ne portent que sur les projets d'infrastructure et non sur les projets ou concessions d'exploitation de ressources naturelles, alors que les Éléments essentiels de l'OCDE englobent les deux. Plusieurs préoccupations se posent concernant les concessions d'exploitation des ressources naturelles, notamment l'utilisation de terres agricoles à des fins d'exploitation minière, et les questions de sécurité alimentaire qui en découlent²⁵. Deuxièmement, les textes juridiques ne traitent généralement que des concessions ou opérations portant sur la construction d'infrastructures et non sur la seule fourniture de services, signalée au Secrétariat comme une forme croissante de partenariat public-privé.

28. Troisièmement, dans certains systèmes, on ne voit pas clairement où se situe la limite entre passation de marchés publics et partenariats public-privé. Dans un projet CET (objet du Guide de l'ONUDI et principal modèle d'initiative de financement privé au Royaume-Uni), et selon la Banque mondiale, l'entreprise qui

²² Voir également <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/>.

²³ Voir http://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/documents/2011/ppp/eArticles4/20.2_UNECE_National_PPP_readiness_self-assessment_english.pdf.

²⁴ Rapport Simmons et Simmons, sect. 3.5.3.

²⁵ Voir à ce sujet *Fairer Mining Concessions in Africa: How Can this be Achieved?*, disponible à l'adresse http://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Publications/AEB%20VOL%203%20Issue%203%20avril%202012%20BIS_AEB%20VOL%203%20Issue%203%20avril%202012%20BIS.pdf, et Nicholas, op. cit., et sources qui y sont citées.

mène le projet obtient généralement ses revenus en demandant un droit à l'entreprise de distribution ou au gouvernement et non en faisant payer le consommateur. Cette particularité fait qu'un projet CET peut être considéré comme une passation de marché public dans certains systèmes (mais non tous) et comme une forme de partenariat public-privé dans d'autres. En revanche, une caractéristique des concessions (souvent considérées comme le principal type de partenariat public-privé²⁶) est que la plus grande part ou la totalité des revenus provient du prix demandé au consommateur. (D'une manière générale, ces concessions sont exclues de la Directive 2004/18/CE de l'Union européenne sur la passation des marchés publics²⁷). La définition du terme "acquisition" à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés exclut les concessions mais non les projets CET, pourrait-on dire. Les projets CET, mentionnés comme un type majeur de projets menant au Guide législatif de la CNUDCI (comme il est noté dans sa préface), ne sont pas traités expressément dans la Loi type sur la passation des marchés publics ni dans le Guide pour l'incorporation qui s'y rapporte. Bien que l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce ne contienne pas de disposition expresse sur les partenariats public-privé et que les commentateurs divergent sur la question de savoir si ce texte couvre certains modèles de partenariats public-privé, certains États y incluent certains types de projets CET²⁸.

29. Quatrièmement, les textes ne traitent pas de la vente ou cession pure et simple de biens au secteur privé contre fourniture de services (comme cela s'est passé par exemple dans les marchés de télécommunication et de communication mobile), et ne traitent pas non plus en détail de la vente de biens publics.

30. Une première question pour le Colloque est donc de déterminer si une harmonisation des principaux éléments des textes juridiques et publications d'orientation en un seul texte clair et exhaustif sur ces aspects juridiques aiderait les gouvernements.

31. Dans ce contexte, les participants au Colloque voudront peut-être envisager de définir les opérations de partenariat public-privé que tous travaux menés ultérieurement à cette fin pourraient traiter. Cependant, il a été dit au Secrétariat que tenter de définir les partenariats public-privé pourrait s'avérer contre-productif, d'une part en raison de la difficulté qu'il y aurait à trouver un consensus sur ce point, et d'autre part en raison du risque d'apparition de nouveaux modèles sortant du champ de la définition qui serait formulée.

32. D'un point de vue de politique générale, on a également souligné la nécessité d'une approche cohérente de l'ensemble des méthodes de développement des infrastructures et de fourniture de services publics, qu'il s'agisse de passation de marchés publics, de partenariats public-privé ou même de cession d'actifs. L'objectif général qui sous-tend cette suggestion est que toutes ces opérations font

²⁶ Voir à ce sujet le Résumé Frilet, sect. 5.

²⁷ Disponible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0018:FR:NOT>.

²⁸ Notamment le Japon, la Corée et les États-Unis. Voir aussi "The new text of the Agreement on Government Procurement, an analysis and assessment", A. Reich, *Journal of International Economic Law* 12(4), 989–1022, disponible à l'adresse <http://www.unpcdc.org/media/132243/ox.pdf>.

intervenir un transfert d'actifs nationaux (immobilisés ou sous forme de recettes) au secteur privé dans le cadre des projets concernés. Toutes ces opérations devraient donc être soumises aux mêmes obligations de gouvernance et de politique générale et aux mêmes règles de concurrence, de transparence et d'objectivité dans la prise de décision, et ainsi de suite. À cet égard, la Convention des Nations Unies contre la corruption, dans ses articles 9 ("Passation des marchés publics et gestion des finances publiques") et 12 ("Secteur privé") impose à tout État partie de prendre des mesures pour promouvoir la transparence et la responsabilité dans la gestion des finances publiques et prévenir la corruption impliquant le secteur privé, et de prévoir des sanctions civiles, administratives ou pénales en cas de non-respect de ces mesures²⁹. Les participants au Colloque voudront donc peut-être déterminer s'il convient de formuler des recommandations cohérentes pour toutes les opérations où intervient la gestion des finances publiques et des actifs nationaux. Un texte juridique d'une telle portée devrait aussi traiter du choix entre diverses méthodes de financement pour un projet d'infrastructure donné, le cas échéant (par exemple en renvoyant au comparateur secteur public), question que les participants voudront peut-être étudier étant donné la grande divergence des méthodes signalées au Secrétariat.

5. Portée des législations nationales existantes sur les partenariats public-privé – y a-t-il une norme de facto?

33. Il ressort de la portée des législations nationales mentionnées au Secrétariat (voir plus haut, sect. 1) qu'aucune forme dominante de législation nationale émergente ne joue le rôle de norme de facto. Cependant, des éléments de textes existants pourraient être utilisés avec les textes juridiques et les publications d'orientation pour promouvoir une approche harmonisée. Les participants au Colloque voudront peut-être chercher à obtenir d'autres informations sur les développements en cours aux niveaux national et international.

6. Le manque de législation spécifique et la disparité des dispositions juridiques constituent-ils un obstacle à l'efficacité des partenariats public-privé? Un texte sur le cadre législatif des partenariats public-privé contribuerait-il à éliminer ces obstacles?

34. Les participants au Colloque voudront peut-être déterminer si l'absence de cadre législatif adéquat pour les partenariats public-privé constitue un obstacle à leur efficacité, en se reportant à des informations concernant les pratiques et résultats actuels. Il est souvent dit, en particulier, que des obstacles sont dus non seulement à l'absence de législation spécifique mais aussi à l'absence d'institutions et de capacités adéquates pour mener les opérations elles-mêmes³⁰.

²⁹ Voir également https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup4/2012-August-27-29/Presentations/UNODC_Article_12_WG_Prevention_August_2012_FINAL.pdf.

³⁰ Rapport Simmons et Simmons, sect. 3.5.2 et 3.5.3.

7. Harmonisation du cadre juridique de la passation de marchés et des partenariats public-privé, par exemple en ce qui concerne les procédures d'adjudication des marchés de projets d'infrastructure et d'autres phases du cycle de projet

35. Compte tenu de la difficulté qu'il peut y avoir à déterminer si un projet relève ou non de la définition d'une passation de marchés publics dans un État donné (voir plus haut, sect. 4), des experts ont indiqué à la CNUDCI que cela vaudrait peut-être la peine d'envisager de permettre aux États de moderniser simultanément l'ensemble des modèles de fourniture d'infrastructure et de services publics.

36. Plusieurs aspects de cette question générale ont été évoqués par les experts. Le premier est celui de la procédure d'adjudication des marchés (appelée "procédure de sélection" dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et son Guide pour l'incorporation). De nombreux pays ont maintenant un cadre législatif détaillé pour les marchés publics, et l'évolution récente dans de nombreux organismes s'occupant de réforme de la passation des marchés publics fait qu'il y a concernant ces procédures un plus grand consensus au niveau international, qui se traduit par une similarité accrue dans de nombreux textes législatifs en la matière. Cependant, les procédures de sélection des partenariats public-privé – autres que certains projets CET dans certains cas – ne sont généralement pas couvertes par les lois sur la passation de marchés publics. Cependant, dans de nombreux pays, les partenariats public-privé sont considérés comme un sous-produit de la passation des marchés publics et les gouvernements peuvent chercher à en conclure en vertu de leur législation sur la passation de marchés publics. Cette approche suscite de vives préoccupations étant donné la nature des projets de partenariat public-privé, qui portent sur des contrats à long terme dont les conditions ne peuvent souvent être fixées à l'avance et doivent être négociées ou au moins débattues avec les parties qui exécuteront le contrat.

37. Le rapport Simmons et Simmons, rappelant que selon le Guide législatif de la CNUDCI, il n'y avait aucune méthode de passation de marchés pouvant convenir aux partenariats public-privé, renvoie à la Directive (2004/18/CE) de l'Union européenne, qui porte sur le "dialogue compétitif" et d'autres méthodes de passation de marchés permettant souplesse et interaction entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, texte plus récent, prévoit des méthodes équivalentes. Lorsque la législation d'un État sur la passation de marchés publics n'a pas été actualisée de manière à prévoir des procédures de sélection permettant une interaction en phase de sélection, les pouvoirs publics chercheront peut-être à recourir à des méthodes de passation de marché moins souples, et donc moins adaptées à la complexité des partenariats public-privé. Pour cette raison, il a été dit que les États pourraient être intéressés à élaborer une législation sur les partenariats public-privé parallèlement à leurs activités d'actualisation de leur législation sur la passation des marchés publics, afin d'assurer l'harmonisation entre les méthodes et de prévoir des méthodes de sélection convenant à différents types de projets, quelles que soient leurs modalités de financement.

38. À cet égard, les participants au Colloque voudront peut-être examiner la question de savoir si d'éventuels travaux futurs sur les partenariats public-privé devraient prendre en compte une question cruciale mentionnée au Secrétariat: la nécessité d'assurer une concurrence véritable, même dans un marché restreint ou concentré comme peut l'être celui des partenariats public-privé. Le Guide sur

l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics traite de cette question, notant que dans certaines circonstances, telles que la passation de marchés très complexes, le meilleur moyen d'assurer la concurrence est de limiter le nombre de participants. Cette situation apparemment paradoxale survient lorsque le coût de la participation à la procédure est élevé – les fournisseurs peuvent ne pas vouloir participer du tout sauf s'ils pensent avoir des chances raisonnables de remporter le marché en fin de compte. La Loi type renvoie à deux méthodes de passation de marchés conçues pour permettre la passation de ces marchés très complexes: l'appel d'offres restreint et la demande de propositions avec dialogue³¹. Il a également été noté à cet égard que là où existait déjà une législation effective et à jour sur la passation des marchés publics, une législation sur les partenariats public-privé pourrait renvoyer à ses procédures de sélection (et, le cas échéant, des institutions pourraient se fonder sur les capacités existantes).

39. La portée de la réglementation des procédures de sélection d'une législation sur les partenariats public-privé montre également qu'il convient d'examiner le niveau approprié de réglementation. Par exemple, même si une loi peut recommander de charger une commission d'évaluer les propositions, il convient de se demander si cette loi devrait régir les textes portant fonctionnement et organisation de cette commission, les pouvoirs et obligations de ses membres et d'autres aspects de sa gouvernance, ou s'il convient de laisser ces questions aux orientations afférentes.

40. De nombreuses lois sur la passation de marchés ne traitent pas de la planification des marchés, de l'exécution du marché après sélection ni de la phase administration du cycle de passation des marchés. Des commentateurs, notant les risques élevés que ces phases présentaient du point de vue de la gouvernance et de la transparence, ont recommandé de les traiter dans le cadre législatif ainsi qu'au niveau pratique, en tenant compte également de l'exigence de systèmes efficaces de gestion des risques et de contrôle interne visée à l'article 9-2 de la Convention des Nations Unies contre la corruption³². Cependant, on a également fait état d'une absence de consensus international sur les exigences concernant l'exécution et les clauses contractuelles pertinentes. Néanmoins, les textes juridiques et publications d'orientation sur les partenariats public-privé soulignent tous qu'il faut absolument porter une attention appropriée à ces aspects des partenariats public-privé; traiter ces aspects en même temps pour la passation des marchés publics peut s'avérer efficace pour les États: la convergence des procédures permettrait aussi de respecter les exigences de la Convention des Nations Unies contre la corruption de manière harmonisée pour l'ensemble des aspects pertinents du développement des infrastructures et de la fourniture de services publics afférente.

41. La phase de planification du cycle de projet comprend dans le contexte des partenariats public-privé la répartition du risque et l'appui des pouvoirs publics, la formulation d'objectifs de politique gouvernementale (par exemple, le recours éventuel à des préférences pour soutenir certains secteurs de l'économie) et l'équilibre entre les nécessités des secteurs public et privé – traitement équitable des

³¹ Voir l'exemple au paragraphe 19, p. 46.

³² D'après Transparency International et d'autres sources, ces phases sont de plus en plus exposées à la corruption (Transparency International Handbook, "Curbing Corruption in Public Procurement", 2007, disponible à l'adresse http://www.transparency.org/global_priorities/public_contracting/tools_public_contracting/curbing_corruption_in_pp_handbook).

utilisateurs, tarification, divulgation, conditions contractuelles, possibilité d'adaptation à une modification des conditions, société responsable du projet et droits sur celui-ci, droits de substitution, changement de propriété et de contrôle du projet. La plupart de ces éléments ne sont pas prévus dans les procédures de passation des marchés publics.

42. Les partenariats public-privé supposent non seulement des projets à long terme, tout comme les marchés publics, mais aussi le financement d'investissements considérables. On considère que cet aspect financier est à l'origine des différences les plus grandes entre les partenariats public-privé et les marchés publics. Il a fait l'objet d'intenses discussions lors des délibérations de la CNUDCI sur le Guide législatif. Les exigences minimales à recommander pour une législation sur les partenariats public-privé pourraient donc nécessiter un examen plus approfondi.

43. Des dispositions sur les partenariats public-privé devraient donc traiter une plus grande gamme de questions que le cadre législatif de la passation des marchés publics. Pour cette raison et compte tenu des difficultés à organiser différentes équipes réunissant les pouvoirs publics et des parties prenantes pouvant avoir des intérêts difficiles à concilier, des experts ont recommandé de faire preuve de prudence pour ce qui est de moderniser ensemble tous les aspects de la passation des marchés publics et des partenariats public-privé.

C. Portée d'éventuels travaux recommandés sur les partenariats public-privé

44. Si le Colloque est disposé à recommander à la Commission l'élaboration d'un texte juridique harmonisé sur les partenariats public-privé, il vaudra peut-être envisager d'inclure les principaux éléments suivants, que des experts ont mentionnés au Secrétariat.

45. Ces questions principales sont généralement couvertes à divers degrés de détail dans les Principes fondamentaux de la BERD, les Éléments essentiels de l'OCDE et les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. De ces trois sources, les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, pris ensemble, sont les plus détaillés. Ils peuvent être pris comme référence pour déterminer si un système juridique convient aux partenariats public-privé. Les participants au Colloque voudront peut-être recommander de procéder à une évaluation des domaines de politique générale et des domaines législatifs de l'ensemble des textes juridiques et publications d'orientation susmentionnés ainsi que des équivalents nationaux, pour relever les éléments de base nécessaires à l'exécution de projets en partenariat public-privé et déterminer si tous ces éléments figurent dans les instruments de la CNUDCI. C'est l'approche du Manuel de bonnes pratiques CEEP et, comme il est souligné dans le rapport Simmons et Simmons, du cadre de l'UNECE sur les partenariats public-privé. Il contient un outil d'évaluation de l'état de préparation national fondé sur une 'liste de contrôle' similaire concernant les domaines de politique générale et législatifs [note de bas de page omise]. L'outil d'évaluation est un instrument évolutif, progressivement comparé à d'autres publications similaires afin d'obtenir une certaine harmonisation entre les textes des banques internationales de développement, du CEEP et des Nations Unies. Tout examen

futur du Guide de la CNUDCI peut être l'occasion d'aligner ces domaines politiques et législatifs 'propices' sur l'outil d'évaluation et de les comparer dans le cadre de cette vaste initiative d'harmonisation"³³.

1. Dispositions minimales ou éléments fondamentaux d'un texte juridique sur les partenariats public-privé

46. Le premier domaine clef qui ressort des textes juridiques existants est un environnement juridique et réglementaire stable et prévisible. Selon la plupart de ces textes, cet environnement devrait comporter les caractéristiques suivantes:

- a) Cadre constitutionnel, législatif et institutionnel (général et sectoriel, si nécessaire);
- b) Règles claires pour la participation du secteur privé;
- c) Règles et procédures sur l'équité, la transparence et l'accessibilité des concessions;
- d) Traitement de la comptabilité, la transparence des livres et fichiers et l'accès à ceux-ci;
- e) Compatibilité avec le système juridique de l'État;
- f) Interaction avec d'autres lois;
- g) Portée du pouvoir d'octroyer des concessions et de conclure des contrats;
- h) Coordination administrative entre autorités publiques (p. ex. pour l'octroi de licences et de permis);
- i) Pouvoir de réglementer les services d'infrastructure;
- j) Transparence de l'ensemble du projet; et
- k) Conséquences des pratiques de corruption.

Nombre de ces questions sont déjà traitées dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé et d'autres textes juridiques, bien que tous ne traitent pas de l'ensemble des questions, notamment des conséquences des pratiques de corruption.

47. Le second domaine clef, également recommandé par l'ensemble des experts et traité dans les textes juridiques et les publications d'orientation, est de veiller à une planification effective des projets, et notamment à la répartition des risques et à l'appui des gouvernements et des donateurs. La Banque mondiale note qu'il convient de tenir compte d'un vaste ensemble de risques potentiels en ce qui concerne les partenariats public-privé. Au niveau systémique, il s'agit notamment des risques inhérents à l'absence de cadre juridique et réglementaire adéquat et au caractère continu de la responsabilité des pouvoirs publics pour ce qui est de la fourniture de services, et du fait que les coûts d'élaboration, de passation et d'exécution des projets de partenariat public-privé risquent d'être plus élevés que ceux des passations de marchés publics traditionnelles (éléments pouvant être saisis dans le comparateur secteur public ou évalués selon d'autres modalités pour choisir des méthodes de développement des infrastructures, comme on l'a vu plus haut). Au

³³ Rapport Simmons et Simmons, sect. 3.5.3.

niveau du projet, la Banque mondiale renvoie aux questions de financement intervenant dans un projet de partenariat public-privé et à la nécessité d'identifier les aléas à traiter dans le contrat. Étant donné qu'il est impossible d'identifier et de prévoir ces aléas et que des imprévus surviendront inévitablement dans de tels contrats à long terme, il convient de planifier des renégociations, des modifications ou même des cessations de projets. Certains éléments peuvent être traités dans l'accord de projet de partenariat public-privé, ce qui pose la question de la répartition du risque. Cette question est traitée dans les textes juridiques et les publications d'orientation, de même que la question de l'appui des pouvoirs publics au cas où la charge réglementaire ou les circonstances économiques changent. Selon la recommandation 12 de la CNUDCI concernant la législation, aucune restriction légale ou réglementaire injustifiée ne devrait limiter la faculté de l'autorité contractante de convenir d'une répartition des risques adaptée aux besoins d'un projet de partenariat public-privé, mais il a été indiqué au Secrétariat a) que cette disposition avait permis trop peu de souplesse dans les lois sur les concessions jusqu'à présent en ce qui concerne le secteur privé³⁴; mais aussi, au contraire, b) qu'elle fournissait des indications inadéquates. Les participants au Colloque voudront peut-être recommander qu'il soit procédé à un examen approfondi des pratiques dans ce domaine dans le cadre de tous travaux futurs sur les partenariats public-privé.

48. Le troisième domaine clef, évoqué dans la section précédente, concerne les procédures de sélection. Pour l'essentiel, les principes et procédures de base reflètent ceux largement reconnus dans le contexte de la passation de marchés publics, à savoir:

- a) Équité, transparence et concurrence comme principes directeurs;
- b) Procédures préalablement prescrites pour: la présélection, la participation de consortiums, les méthodes et techniques (une phase ou deux, source unique, négociations); la comparaison et l'évaluation des propositions;
- c) Exigences de transparence (conditions d'annonce, critères d'évaluation, éclaircissements et modifications);
- d) Confidentialité;
- e) Avis d'attribution de marché;
- f) Conservation des documents; et
- g) Recours et contestations (dispositions également exigées par la Convention des Nations Unies contre la corruption).

49. Le quatrième domaine clef est l'accord de projet. S'agissant du champ des questions touchant l'accord de projet et le fonctionnement du projet, les experts ont recommandé que les dispositions traitent des éléments suivants:

- a) Conditions de l'accord de concession;
- b) Loi applicable et juridiction;
- c) Force contraignante et validité du contrat de concession;

³⁴ Rapport Simmons et Simmons, sect. 3.5.1.

- d) Autonomie des parties;
- e) Organisation du concessionnaire, propriété des actifs, acquisition de droits sur le site du projet, servitudes, arrangements financiers, sûretés réelles mobilières, cessions et transferts du contrat ou d'intérêts majoritaires dans la société concessionnaire;
- f) Fonctionnement de l'infrastructure, compensation pour modifications de la législation et clauses de stabilisation (pour les partenariats public-privé internationaux);
- g) Durée, prorogation et cessation du contrat de projet;
- h) Modification du contrat de projet, notamment remplacement du concessionnaire; et
- i) Droits des tiers tels que droits de substitution, droits des banques, investisseurs, sous-traitants et utilisateurs

50. Nombre de ces questions sont également traitées dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé et d'autres textes juridiques, mais l'approche est plutôt légère. La Recommandation législative 40 indique que la loi pourrait indiquer les principales clauses devant figurer dans l'accord de projet, mais n'énonce pas ce qu'elles devraient être. Des commentateurs ont noté que les textes juridiques insistaient en général sur le contenu principal des dispositions législatives permettant l'utilisation des partenariats public-privé et non sur la structure des projets et les conditions des accords de projet. Ce n'est pas le cas de certaines législations nationales et il a été dit au Secrétariat qu'il serait peut-être bon de réexaminer le niveau des dispositions d'un texte futur éventuel (notamment pour promouvoir la sécurité juridique et l'efficacité administrative, et répondre ainsi aux préoccupations concernant l'absence de réglementation, exprimées plus haut à la section B.2). Certains experts, notamment dans le rapport Simmons et Simmons, préconisent un degré de souplesse suffisant pour négocier des conditions contractuelles convenant au projet visé et éviter trop de rigidité dans la législation³⁵. D'autres indiquent que les États et autres acteurs peu habitués à négocier des partenariats public-privé demanderont probablement des orientations et peut-être des clauses types, en particulier là où existe une forte demande de clauses de stabilisation, compte tenu du fait que les incitations et normes de performance doivent être clairement énoncées dans l'accord de projet (Banque mondiale). L'accent devrait être mis sur des normes de performance axées sur le produit et relativement faciles à contrôler. Il apparaît donc clairement que d'éventuels travaux futurs sur cet aspect des partenariats public-privé devront concilier des avis divergents sur la question, ainsi que le contenu d'éventuelles clauses recommandées ou obligatoires; comme il est souligné dans le rapport Simmons et Simmons, cela aura des incidences sur le choix de la loi pour le partenariat en question³⁶. Les participants voudront peut-être examiner cette question en détail, puisqu'elle peut avoir une incidence considérable sur la probabilité de dégager un consensus sur un aspect important d'un éventuel texte juridique.

³⁵ Ibid., section 3.5.1.

³⁶ Ibid.

2. Harmonisation et consolidation des textes juridiques et publications d'orientation

51. Pour définir la portée d'éventuels travaux futurs sur un texte juridique, il conviendra de traiter de l'harmonisation et de la consolidation des divers éléments des instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé et des autres textes juridiques et publications d'orientation, mentionnés plus haut à la section B.4. Sur ce plan plus technique, on trouve dans le rapport Simmons et Simmons une série de points non traités dans les Dispositions types de la CNUDCI mais bien dans les Recommandations concernant la législation, notamment des questions d'application générale telles que l'autorisation de concessions pour des infrastructures nouvelles et existantes; la juridiction des autorités contractantes et la portée des concessions octroyées; la coordination des approbations du secteur public; la séparation des rôles des organes de contrôle et des fournisseurs de services; l'indépendance des organes de contrôle; l'exigence de mesures de transparence et d'un examen indépendant des processus de contrôles et des décisions; et des mécanismes appropriés de règlement des litiges. Pour ce qui est des arrangements de projets de partenariat public-privé, Simmons et Simmons notent que mécanismes de contrôle et d'approbation des infrastructures et des principaux sous-traitants; liberté de choix de la loi régissant les relations contractuelles, les cas de force majeure et les recours en cas d'inexécution sont parmi les questions qu'il convient d'envisager d'inclure dans un éventuel texte juridique. Le rapport Simmons et Simmons note en outre que les préférences nationales et la compensation du coût des offres, dont il est question dans les orientations, n'apparaissent ni dans les Recommandations concernant la législation ni dans les Dispositions législatives types, mais sont mentionnées comme questions pertinentes dans le Guide législatif; que les dispositions sur le recours ne traitent pas de la réparation, et qu'il convient de traiter de la question de l'immunité souveraine, cruciale pour l'exécution des obligations et la sécurité juridique (ces points ont également été soulignés lors de consultations avec des experts). Le rapport Simmons et Simmons indique également que des dispositions renforcées dans un éventuel texte sur les partenariats public-privé pourraient être bénéfiques sur des points tels que la juridiction, la répartition du risque, le choix de la loi, le contenu du contrat, la cessation, le changement de contrôle, les sûretés réelles mobilières, la protection de l'environnement et les mesures de lutte contre la corruption.

52. Les textes juridiques renvoient tous à d'autres domaines juridiques à prendre en compte (notamment la passation de marchés, les opérations garanties, la protection de l'environnement, la lutte contre la corruption et les sanctions, l'arbitrage et l'insolvabilité). Les participants voudront peut-être recommander que le commentaire sur ce point dans les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé soit révisé de sorte qu'il soit suffisamment à jour.

53. Des experts ont également recommandé d'envisager d'inclure trois autres sujets dans d'éventuels travaux futurs: équilibre du partenariat aux fins de son succès et de sa durabilité; équité du droit des contrats; modalités d'évaluation des propositions de partenariat lorsqu'aucun prix n'est payé par le gouvernement. Cette dernière question est pertinente pour ce qui est de déterminer si un partenariat est rentable ou l'a été pour le gouvernement concerné, et donc s'il peut être considéré comme fructueux (voir également la section ci-après).

3. Règlement des litiges et propositions non sollicitées

54. Deux autres domaines importants ont été mentionnés au Secrétariat lors des consultations: les recours et le règlement des litiges, tant avant le contrat que durant l'exécution du projet, et le traitement des propositions non sollicitées. Ces sujets sont traités dans les instruments sur les projets d'infrastructure à financement privé mais on a souligné la nécessité de dispositions plus précises tenant également compte de l'expérience acquise depuis la publication de ces instruments.

55. La question du règlement des litiges a été relevée par la Commission en 2012³⁷. Il a été noté en particulier que les litiges concernant les partenariats public-privé étaient parfois portés devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) mais que la CNUDCI devrait élaborer un mécanisme national de prévention et de règlement des différends en se fondant sur les dispositions pertinentes du Chapitre VI du Guide législatif et en prenant en compte la question du for approprié. La Commission a noté qu'"en ce qui concerne le contrôle et le règlement interne des litiges, il a été souligné que ces thèmes devraient être considérés ensemble, conformément à l'approche adoptée au Congrès 2007 de la CNUDCI sur le thème "Un droit moderne pour le commerce mondial", qu'il fallait envisager de développer les capacités locales de règlement des litiges naissant de partenariats public-privé; que l'élaboration d'une loi type sur ces thèmes pourrait contribuer grandement au développement de ces capacités et qu'il fallait inclure dans ces thèmes des mécanismes de prévention des litiges et, à cet égard, chercher à élaborer une réglementation répondant aux besoins du secteur privé en donnant aux investisseurs la possibilité de formuler des observations sur l'élaboration des règles et règlements s'appliquant à eux.³⁸"

56. Pour ce qui est des propositions non sollicitées, la recommandation 30 concernant la législation dispose que (à titre d'exception aux procédures de sélection obligatoires) "l'autorité contractante peut être autorisée à examiner des propositions spontanées conformément à une procédure spécifique prévue par la loi à cette fin, à condition que ces propositions ne se rapportent pas à un projet pour lequel elle a entamé ou annoncé une procédure de sélection". Viennent ensuite des procédures de détermination de l'admissibilité de ces propositions (telles que des

³⁷ Voir "Passation de marchés et développement des infrastructures: travaux futurs possibles", note du Secrétariat, A/CN.9/755, par. 27 et 28 (disponible à l'adresse <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/sessions/45th.html>). Ce document précise que "le contenu d'un texte éventuel sur ce thème pourrait inclure une clause dans les accords et règlements prévoyant l'échange régulier d'informations entre l'organisme de réglementation et l'exploitant; un système d'alerte précoce à mesure que des problèmes se posent; des mécanismes permanents le cas échéant (analogues aux conseils d'examen des marchés, ou un autre mécanisme permanent permettant de recourir à des services d'experts indépendants) pour s'attaquer aux problèmes dès qu'ils se manifestent, en veillant à ce que l'organe de réglementation applique les règles conformément à la loi et à ce que l'exploitant se conforme aux prescriptions pertinentes de bonne foi." Outre ces dispositions, il a été recommandé que le mécanisme de règlement des différends (y compris en ce qui concerne la sélection des membres de l'organe concerné et l'exigence de compétence) et le dispositif administratif connexe soient indépendants de toute considération d'ordre politique et de la politique publique à court terme, et soient perçus comme tels.

³⁸ A/67/17, Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, quarante-cinquième session, par. 118, disponible à l'adresse <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/sessions/45th.html>

procédures spéciales sans mise en concurrence pour les propositions faisant intervenir de nouveaux concepts ou de nouvelles technologies). Les orientations s'étendent sur les questions pertinentes de politique générale; il a été dit au Secrétariat que l'approche générale et le texte de la recommandation devraient être réexaminés à la lumière de la pratique constatée depuis la publication des instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.

57. La Commission a noté, parmi d'autres questions non traitées dans ces instruments mais valant la peine d'être envisagées aux fins de travaux futurs sur les partenariats public-privé, l'interdiction à un entrepreneur de vendre l'objet d'une concession à une autre entité sans le consentement du gouvernement³⁹.

4. Quels types de partenariats public-privé devraient être traités?

58. Après avoir examiné la portée diverse des textes juridiques et des publications d'orientation, les participants au Colloque voudront peut-être formuler des recommandations sur les types de partenariats public-privé qui pourraient faire l'objet de travaux futurs éventuels. Premièrement, des questions se posant dans des secteurs spécifiques pourraient mériter un traitement particulier⁴⁰. Deuxièmement, il peut y avoir des catégories de partenariats suscitant des difficultés telles que leur prise en compte retarderait la production d'un texte recueillant le consensus, et qui devraient donc faire l'objet d'un projet distinct s'ils doivent vraiment être traités par la CNUDCI. Un exemple sur lequel les participants voudront peut-être se pencher est l'utilisation de concessions pour le développement pétrolier et gazier.

5. Poursuite de politiques socioéconomiques au moyen des partenariats public-privé

59. Une autre question soumise au Secrétariat est celle de la transparence des objectifs de politique de développement auxquels sont affectés des investissements privés dans des projets d'infrastructure et de fourniture de services publics, par laquelle un partenariat peut être considéré comme "réussi" ou non. Cette question comporte divers aspects: comment de tels objectifs devraient et pourraient être formulés, comment gérer les conflits d'objectifs et comment trouver le juste équilibre entre ces objectifs et les exigences commerciales du concessionnaire privé et de ses investisseurs et bailleurs de fonds. Certaines des préoccupations exprimées en ce qui concerne les concessions de ressources naturelles pour ce qui est de l'impact sur l'environnement et sur les populations locales et indigènes soulignent le caractère sensible de ces questions. Dans la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, les politiques socioéconomiques sont soumises à des mécanismes stricts de transparence et à l'obligation d'être énoncées sous forme de loi ou de réglementation⁴¹. Les participants au Colloque voudront peut-être recommander la prise en compte de cette question dans d'éventuels travaux futurs.

60. Plus généralement, les États voudront peut-être encourager et faciliter l'investissement du secteur privé (dont une grande partie viendra de l'étranger) pour renforcer le potentiel de développement économique et social et la durabilité. Il est dit dans le rapport Simmons et Simmons que les États disposant manifestement d'un

³⁹ Voir A/67/17, *ibid.*, par. 119.

⁴⁰ Voir, par exemple, les documents de la Banque mondiale concernant divers secteurs.

⁴¹ Voir les articles 8 à 11 de la Loi type et le commentaire du Guide sur l'incorporation concernant les politiques socioéconomiques.

cadre juridique efficace à l'appui des partenariats public-privé "seront mieux placés pour attirer ce capital que ceux dont ce n'est pas le cas"⁴². Les participants voudront peut-être déterminer dans quelle mesure il convient de traiter du climat d'investissement propice aux partenariats public-privé en rapport avec l'élaboration d'un éventuel texte juridique.

6. Options pour un texte éventuel sur les partenariats public-privé

61. Le mandat de la CNUDCI repose sur l'idée de supprimer les obstacles au commerce international en harmonisant les lois régissant les activités commerciales dans le contexte international. Ce mandat est mis en œuvre de manière souple et fonctionnelle. La Commission publie divers types de textes législatifs tels que conventions, lois types, guides législatifs et dispositions types. Une convention établit des obligations juridiques contraignantes; une loi type recommande un texte juridique pour adoption par les États (récemment, ces textes étaient accompagnés d'un guide pour l'incorporation dans le droit interne destiné à en faciliter l'application et l'utilisation); les guides législatifs contiennent des principes ou des recommandations sur la législation dans des circonstances où il peut ne pas y avoir de consensus, d'approche unitaire ou de règle type unique; et les dispositions types contiennent des éléments qui pourront être incorporés ultérieurement à des conventions ou d'autres textes juridiques⁴³.

62. Il a été signalé au Secrétariat que les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé étaient sous-utilisés et peu reconnus, et que leurs conseils de bonne politique restaient mal compris. Une raison avancée pour expliquer cet état de choses est que les gouvernements recherchent un ensemble complet de dispositions législatives types et non des orientations politiques et explications. En outre, on indique souvent à la CNUDCI que le renforcement des capacités est plus efficace s'il se fonde sur un cadre législatif clair provenant du moins de sources possible. D'après ces considérations, il serait souhaitable d'élaborer une loi type sur les partenariats public-privé.

63. Le texte de la CNUDCI sur la passation des marchés publics – la Loi type sur la passation des marchés publics – est complété par l'un des plus longs textes de la CNUDCI sur l'incorporation dans le droit interne, examiné par la Commission et adopté en 2012⁴⁴. Elle fournit donc des dispositions législatives types et une explication détaillée des choix politiques; dans les rares cas où le texte comporte des

⁴² Simmons et Simmons, Section 5.

⁴³ On trouvera un examen détaillé des textes juridiques et méthodes de travail de la CNUDCI dans "Guide de la CNUDCI: L'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international", disponible à l'adresse <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/general/12-57492-Guide-to-UNCITRAL-f.pdf>.

⁴⁴ Le Guide pour l'incorporation explique les objectifs de la Loi type (tels qu'ils sont énoncés dans le Préambule) et la manière dont les dispositions de cette dernière ont été conçues pour les atteindre. Le Guide vise donc à accroître l'efficacité de la Loi type comme outil de modernisation et de réforme des systèmes de passation des marchés, en particulier lorsque les personnes concernées sont peu familières des types de procédures de passation qu'elle prévoit. Il note également que, la Loi type étant une loi "cadre" ne prévoyant que des principes et procédures essentiels, il examine la nécessité d'une réglementation et d'orientations complémentaires à l'appui d'une législation fondée sur la Loi type, recense les principales questions à traiter dans cette réglementation et examine l'infrastructure juridique et autre qui sera nécessaire pour une application efficace du texte.

options, une explication est fournie pour choisir l'une d'elles. Les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé comprennent un Guide législatif et des dispositions législatives types; ils sont donc conçus pour fournir un ensemble de solutions législatives possibles à certaines questions, avec quelques variantes selon les considérations politiques, mais pas toujours un seul ensemble de solutions types à ces questions. Ces textes traitent des avantages et inconvénients des divers choix politiques, aident le lecteur à évaluer différentes approches dans un contexte national donné et fournissent donc une norme par rapport à laquelle les gouvernements et les organes législatifs peuvent examiner la pertinence de leur cadre législatif existant, mais n'énoncent pas un ensemble unique de dispositions législatives types traitant de l'ensemble des aspects des projets de partenariat public-privé comme le ferait une loi type (même si l'ensemble des éléments étaient consolidés, de nombreuses options politiques subsisteraient).

64. D'un autre côté, une difficulté considérable de la rédaction d'une loi type est qu'il y aura d'importantes différences entre les systèmes juridiques des États qui pourraient envisager de fonder leurs lois sur un modèle international et qu'il pourrait ne pas y avoir de consensus sur certaines des questions de politique. Dans le contexte des partenariats public-privé, tout modèle devra tenir compte des autres domaines pertinents du droit (comme on l'a vu plus haut, ceux-ci sont notamment la passation de marchés publics, les opérations garanties, la protection de l'environnement, la lutte contre la corruption et les sanctions, le règlement des litiges par voie légale ou autre et l'insolvabilité). Nombre de ces questions sont traitées dans d'autres textes de la CNUDCI mais délibérer sur une loi type et en approuver le texte prendra plus de temps que, par exemple, actualiser et consolider les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, en particulier si cette loi type doit être accompagnée d'un guide pour l'incorporation détaillé et à jour.

7. Coordination et coopération avec d'autres organismes s'occupant de réforme des partenariats public-privé et d'appui à ceux-ci

65. Pour assurer la coordination et la coopération voulues et un appui mutuel et pour éviter tout double emploi, les participants au Colloque voudront peut-être être informés des activités en cours des organismes s'occupant de réforme des partenariats public-privé et d'appui à ceux-ci, notamment les banques multilatérales de développement et la CEE (qui a ouvert aux Philippines un centre d'excellence international pour les partenariats public-privé). De même, ils voudront peut-être être informés de l'expérience des États pour ce qui est de la législation et du renforcement des capacités en la matière.

8. Autres informations sur les procédures de la CNUDCI (informations du Secrétariat)

66. Lors du Colloque, le Secrétariat de la CNUDCI fournira sur demande des informations sur les points suivants afin d'aider les participants à formuler leurs recommandations:

a) Méthodes de travail et calendrier probable d'éventuels travaux recommandés sur les partenariats public-privé;

- b) Élaboration d'un rapport pour la Commission, contenant des recommandations en vue d'éventuels travaux futurs sur les partenariats public-privé;
 - c) Priorités entre activités de la CNUDCI;
 - d) Si un mandat est donné en vue de tels travaux, préparation d'un groupe de travail sur la base de consultations avec les experts;
 - e) Assurer une large représentation de l'ensemble des régions et des parties à des opérations de partenariat public-privé; et
 - f) Temps nécessaire aux travaux préparatoires.
-