



**Conseil économique
et social**

Distr.
GÉNÉRALE

ECE/CECI/2008/5
24 septembre 2008

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'EUROPE

**COMITÉ DE LA COOPÉRATION ET
DE L'INTÉGRATION ÉCONOMIQUES**

Troisième session
Genève, 3-5 décembre 2008
Point 2 e) de l'ordre du jour provisoire

ÉTAT D'AVANCEMENT DE L'EXÉCUTION DU PROGRAMME

**PROMOUVOIR LES MEILLEURES PRATIQUES POUR ASSURER
DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ EFFICACES**

**RECOMMANDATIONS PRATIQUES POUR L'AMÉLIORATION
DU CADRE JURIDIQUE EN VUE D'ASSURER
L'EFFICACITÉ DES PPP**

Note du secrétariat

Introduction

1. À sa deuxième session (5-7 décembre 2007), le Comité de la coopération et de l'intégration économiques a prévu, dans le cadre de son programme de travail pour 2008, la réalisation d'un examen comparatif du cadre juridique des partenariats public-privé en vue de déterminer s'il était nécessaire d'adopter de nouveaux textes législatifs pour les rendre plus efficaces (ECE/CECI/2007/2, annexe II, domaine d'intervention: Promouvoir les meilleures pratiques pour assurer des partenariats public-privé efficaces). Il a en outre demandé qu'un document de synthèse présentant des recommandations pratiques de nature à améliorer le cadre juridique des partenariats public-privé et à accroître ainsi leur efficacité soit élaboré et examiné à sa session annuelle.

2. À sa première session (28 et 29 février 2008), l'Équipe de spécialistes des partenariats public-privé a inclus l'examen et la synthèse des recommandations pratiques dans son plan de mise en œuvre pour 2008 et 2009. Il a été convenu que ces travaux seraient menés en étroite coopération avec la Communauté européenne et d'autres organisations concernées (ECE/CECI/PPP/2008/2, annexe I, par. 9). De nombreux experts ont déclaré souhaiter participer à la mise au point finale du document, soit en communiquant de la documentation et des informations au secrétariat, soit en examinant le texte définitif. L'Équipe de spécialistes a approuvé des modalités et un calendrier d'activités pour l'établissement de ces documents (ECE/CECI/PPP/2008/2, annexe II, points A2 et A3).

3. Conformément à ce mandat, le secrétariat a dressé une ébauche de la structure de l'examen, défini les sujets à traiter et invité les experts qui avaient manifesté leur intérêt pour ces travaux à formuler des observations. Pour recueillir les informations nécessaires à la préparation de l'examen, le secrétariat a diffusé un questionnaire portant à la fois sur les législations nationales relatives aux PPP et sur les résultats de leur application. Le but du questionnaire était de recenser les bonnes pratiques dans ce domaine pour pouvoir formuler des recommandations.

4. Des experts de 15 pays¹ ont répondu au questionnaire ou envoyé des textes de loi pertinents. Certaines réponses donnaient un aperçu des textes législatifs qui s'appliquent expressément aux PPP, mais ne contenaient pas d'informations sur leur application. C'est pourquoi on n'a pu tirer que des conclusions préliminaires sur la portée de ces textes et la manière dont ils sont appliqués aux projets de PPP, ou sur les effets concrets d'autres lois et règlements pertinents dans ces pays.

5. Le présent document a pour objet, à partir des informations fournies par les experts nationaux, de dégager des conclusions initiales sur ce qu'on peut qualifier de bonnes pratiques dans un cadre juridique propice aux PPP et de formuler des recommandations sur de possibles améliorations. Les recommandations portent essentiellement sur des aspects déterminés des législations applicables aux partenariats public-privé dans la région de la CEE et visent à faire apparaître les lacunes éventuelles et à offrir des suggestions sur la manière de les combler.

6. Ces recommandations s'articulent autour de grands thèmes liés au cadre juridique des PPP, à savoir:

a) **L'efficacité juridique** (conclusion plus rapide des PPP, contrats normalisés, suivi des résultats, règlements des différends, etc.);

b) **Le traitement équitable des investisseurs**, par exemple la garantie qu'ils ne feront pas l'objet d'une mesure d'expropriation sans une juste indemnisation; et

c) **La défense de l'intérêt général**, notamment en faisant en sorte que les PPP contribuent au développement durable.

¹ Ces pays sont les suivants: Belgique, Bulgarie, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Grèce, Hongrie, Israël, Pays-Bas, Pologne, République de Moldova, République tchèque, Royaume-Uni et Slovaquie.

7. Dans son évaluation des lois sur les concessions, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement a dégagé certains éléments communs représentant les meilleures pratiques dans ce domaine². Les résultats de ces travaux ainsi que les Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé ont été mis à profit pour déterminer les problèmes clefs à analyser dans le présent document.

8. On entend souvent dire que les principaux facteurs qui font obstacle au financement privé des infrastructures sont à chercher dans les insuffisances de la législation et des structures institutionnelles:

a) Mesures législatives et administratives inadaptées, qui entraînent des coûts élevés de passation des marchés et d'appel d'offres et de piètres perspectives de financement des projets par les banques;

b) Absence de cadre institutionnel solide adapté à la promotion des PPP;

c) Inefficacité et mauvaise exécution des contrats;

d) Appareil judiciaire peu développé assorti de mécanismes d'application inadéquats;

e) Manque de concurrence et de transparence dans les procédures de sélection; et

f) Caractère imprévisible et nébuleux des services gouvernementaux susceptibles de négocier et d'approuver des projets.

9. L'approche juridique de ces questions diffère considérablement selon les États membres de la CEE. Certains pays n'ont pas de loi spécifique sur les PPP mais disposent de lois, comme celles sur les marchés publics ou les accords de concession, qui s'appliquent aux PPP *mutatis mutandis* (c'est le cas du Royaume-Uni). D'autres se sont dotés de lois très complètes sur les PPP (par exemple, la Grèce). Dans quelques pays des lois sur les concessions fixent des dispositions générales, tandis que des prescriptions légales plus précises figurent uniquement dans des lois sectorielles spécifiques (par exemple, en Croatie). Dans les pays de caractère fédéral, peu d'obligations juridiques sont en général imposées au niveau fédéral et ce sont les différents échelons du système fédéral (État ou province) qui souvent adoptent leur propre législation, plus ou moins détaillée selon l'usage qu'ils font des PPP (c'est le cas de la Belgique). Il y a des pays qui réglementent les PPP par des lois ou dispositions distinctes et dans lesquels le partenaire public est une entité infranationale (administration régionale ou locale) (par exemple, les États-Unis d'Amérique).

10. Vu le caractère relativement nouveau des PPP, les pays peuvent, pour les réglementer, soit appliquer des lois initialement conçues pour des activités bien différentes des PPP, soit adopter une loi visant précisément à éliminer les ambiguïtés de la législation existante. Dans ce dernier cas, on ne peut encore dresser de bilan. Les PPP s'inscrivant dans une perspective de longue durée, il est difficile de tirer des conclusions quant à l'efficacité globale de la législation si

² Voir l'évaluation des lois sur les concessions de la BERD à l'adresse suivante:
<http://www.ebrd.com/country/sector/law/concess/assess/index.htm>.

celle-ci n'a jusqu'ici été appliquée qu'au stade de l'adjudication et de la passation des marchés, mais non pendant tout le cycle de vie des projets.

11. Il est évident que la décision d'adopter des lois sur les PPP dépend, dans une grande mesure, de la capacité de réaction et de l'intérêt du pouvoir exécutif d'un pays. Une forte volonté politique est souvent à l'origine de la promotion des PPP et, dans de nombreux pays, cette démarche s'insère dans le cadre plus large d'une réforme administrative. Le PPP est un mécanisme d'intervention apprécié qui permet aux États de financer le développement d'infrastructures sans devoir accroître la pression fiscale. Cependant, avant de mettre en place des PPP dans un pays en transition, il est indispensable d'évaluer les besoins du pays en question et de s'assurer que le choix d'un PPP est motivé par la recherche d'une efficacité accrue plutôt que par le désir de soustraire les dépenses du budget et la dette du bilan.

12. À l'inverse, un manque de volonté politique peut aussi s'expliquer par la piètre image des PPP dans l'opinion publique, ceux-ci étant parfois considérés comme une forme de privatisation qui, dans les pays en transition, a souvent été opérée sans tenir dûment compte des pratiques de bonne gouvernance dans ce domaine. C'est une des raisons pour lesquelles plusieurs pays ont adopté des lois qui privilégient la défense de l'intérêt général au lieu d'encourager la conclusion de PPP. Dans certains pays, il n'existe aucune loi spécifique pour la simple et bonne raison qu'il n'y a pas de projet de PPP.

13. L'existence de lois spécifiques sur les PPP dépend largement de la nature du système juridique et de la tradition juridique d'un pays. La plupart des pays de la CEE sont des pays de droit civil (ou droit romain), et donc adoptent des lois sur les modalités propres aux PPP pour conférer à ceux-ci le degré de souplesse nécessaire. En revanche, les pays ayant un système de *common law* considèrent souvent les PPP comme une forme de marché public qui ne justifie pas l'adoption de dispositions légales distinctes. Ils entreprennent généralement des projets de PPP en se fondant sur les lois générales relatives aux marchés publics ou sur des dispositions non contraignantes (règlements, lignes directrices) et des précédents judiciaires³.

14. Il convient aussi de noter que les États membres de l'Union européenne sont tenus d'harmoniser leur législation avec les directives pertinentes de la Communauté européenne et que les États candidats et ceux qui aspirent à le devenir choisissent généralement, dans une certaine mesure, d'en faire autant. Cela signifie que le droit communautaire s'applique à de nombreux pays de la région de la CEE, soit qu'ils fassent partie de l'Union européenne et que le droit communautaire s'applique chez eux en sus du droit interne, soit qu'ils n'en fassent pas partie, mais qu'ils aient décidé de reprendre des éléments du droit communautaire dans leurs lois nationales. Même si tous les États membres de l'Union européenne ne disposent pas de lois

³ La principale différence entre le droit civil et le droit de la *common law* est que ce dernier dégage des règles abstraites à partir d'affaires particulières tandis qu'en droit civil les règles abstraites (par exemple les lois) sont primordiales, et sont appliquées par les tribunaux dans des affaires particulières. Historiquement, cette différence vient de ce que la *common law* s'est formée à travers la coutume, depuis une époque où il n'existait pas encore de lois écrites et qu'elle a continué à être appliquée par les tribunaux même après l'apparition de lois écrites. Le droit civil puise ses origines dans le droit romain du *Corpus Juris Civilis* (recueil de droit civil) de Justinien.

spécifiques sur les PPP, ils doivent tous se conformer à certaines dispositions du droit européen. Toutefois, celles-ci sont de caractère général et ont trait principalement à la non-discrimination et au recours au «dialogue compétitif»⁴ dans les appels d'offres.

I. PRINCIPALES RÈGLES JURIDIQUES RÉGISSANT LES PPP

15. La durée et la complexité de la préparation d'un contrat et ses modalités de révision après la signature sont des éléments importants de l'efficacité juridique. Dans certains pays, les contrats sont relativement simples et doivent obligatoirement être revus à intervalles réguliers. Dans d'autres, ils sont plus complexes, mais ne sont soumis à aucune obligation de révision, et peuvent donc être revus à tout moment. Ces comparaisons sont utiles pour mettre au jour les bonnes pratiques et évaluer les avantages et les inconvénients de chaque approche dans différentes juridictions. Il est également intéressant de déterminer et comparer le temps qu'il faut prévoir entre la mise en route d'un projet et l'exécution du contrat. L'objectif est de concilier transparence et efficacité, ce qui devrait améliorer la qualité de la prise de décisions sur le projet en faisant davantage intervenir le secteur privé.

16. Il ressort des observations faites que les bonnes pratiques permettant de promouvoir un environnement propice aux PPP à l'échelon international reposent sur les éléments suivants:

- a) Clarté et efficacité de la législation sur les PPP
 - i) Nécessité de mettre en place un cadre juridique clair, soit en adoptant une loi expressément consacrée aux PPP, soit en modifiant les lois existant en matière de concession et de marchés publics;
 - ii) Définir clairement ce qu'est un PPP sur le plan législatif;
 - iii) Le cas échéant, prévoir une règle interprétative spécifique concernant les PPP;
 - iv) Garder à l'esprit l'importance de la complémentarité des différentes lois concernant les PPP, en particulier dans le cadre d'une réforme législative;
 - v) Veiller à ce que la loi prévoit la mise en place d'un mécanisme explicite de recours;
 - vi) Promouvoir, dans la mesure du possible, la mise en place et l'application de règles de procédure uniformes pour tous les PPP;

⁴ Défini dans la Directive 2004/18/CE du Conseil européen comme «une procédure [de passation de marché] flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché». Elle vise des marchés «particulièrement complexes» en termes de solutions techniques, financières ou juridiques. L'aboutissement du dialogue est l'«offre finale», qui est remise après la conclusion du dialogue avec les candidats, et qui doit comprendre tous les éléments nécessaires à la réalisation du projet.

- vii) Prévoir dans la loi un mécanisme clair de communication et de coordination au sein du secteur public pour toutes les questions relatives à la politique générale en matière de PPP et aux projets de PPP dans différents secteurs et à différents échelons de l'administration;
 - viii) Établir des dispositions juridiques claires sur les secteurs ou aspects des PPP qui ne sont pas soumis aux règles ordinaires relatives aux marchés publics (par exemple, s'ils relèvent d'autres lois que la loi sur les PPP ou les concessions ou les dispositions d'origine législative); et
 - ix) Intégrer le programme relatif aux PPP dans le dispositif budgétaire.
- b) Procédures de lancement des PPP
- i) Fixer les éléments formels de l'évaluation à réaliser avant le lancement d'une procédure de PPP, par exemple en réalisant un dossier d'analyse économique faisant apparaître le type de projet qui serait le plus rentable;
 - ii) N'accepter, par principe, que les offres sollicitées;
 - iii) Faire en sorte que tous les avis d'appel d'offres visant à présélectionner les soumissionnaires contiennent l'ensemble des informations dont l'entité publique a besoin pour évaluer correctement la capacité technique, professionnelle et financière du soumissionnaire d'exécuter le projet;
 - iv) Appliquer le régime de la libre concurrence en encourageant la participation du plus grand nombre possible de soumissionnaires susceptibles de répondre aux conditions fixées par l'appel d'offres, en utilisant des critères de sélection objectifs, et en offrant la possibilité de contester ces critères avant l'appel d'offres par un recours auprès d'un tribunal indépendant;
 - v) Mettre en place des garanties légales pour opérer une sélection transparente des soumissionnaires en prenant dûment en compte les facteurs tant techniques qu'économiques et appliquer le principe de la transparence en rendant publique l'intention de conclure un contrat de travaux ou de services avec une entité publique;
 - vi) Appliquer le principe de l'égalité de traitement en s'abstenant de toute discrimination fondée sur la nationalité ou un autre critère objectivement non justifiable;
 - vii) Appliquer le principe de la proportionnalité dans la procédure d'attribution des marchés en évitant d'exiger des capacités techniques, professionnelles ou financières disproportionnées ou excessives par rapport au contrat en jeu;
 - viii) Appliquer le principe de la reconnaissance mutuelle en acceptant les spécifications techniques, contrôles, qualifications ou certifications d'un soumissionnaire étranger dans la mesure où ils sont équivalents à ceux du pays dont le gouvernement fait l'appel d'offres;

- ix) Veiller à protéger l'intérêt général en tenant compte de la nécessité de réduire le plus possible la charge financière pesant sur l'administration contractante et d'offrir de meilleures prestations aux usagers;
 - x) Veiller à protéger les droits des individus en justifiant toutes les décisions prises par l'administration contractante et en assurant une protection judiciaire aux entités privées présentant une soumission;
 - xi) Veiller à protéger l'environnement et à promouvoir le développement durable en tenant compte de la nécessité de sauvegarder l'équilibre écologique et de préserver les ressources naturelles lors de la détermination des critères de sélection des soumissionnaires.
- c) Mécanisme de coordination des PPP
- i) Fixer des règles juridiques claires quant au rôle et au mandat d'un mécanisme de coordination des PPP qui serait chargé de déterminer si les projets répondent aux critères pertinents, de participer à leur mise en œuvre et d'en assurer le suivi;
 - ii) Dans les pays qui ne disposent pas d'un processus de décision centralisé en matière de PPP, encourager le partage des bonnes pratiques en incitant les entités infranationales à créer des unités jouant le rôle de centres d'échange sur les PPP, c'est-à-dire de dépositaires des informations sur les projets.
- d) Questions relatives au contrat
- i) Si possible, concevoir un contrat de PPP type, ou alors établir une liste des dispositions devant obligatoirement figurer dans tout contrat de PPP;
 - ii) Pendant la procédure de passation du contrat, indiquer clairement les raisons financières, techniques, socioéconomiques et juridiques qui motivent la décision de réaliser un projet par un PPP, énumérer les critères de sélection du partenaire privé, les mesures que pourrait prendre l'administration contractante pour préparer la procédure d'attribution du contrat (par exemple, recrutement de conseillers, réalisation d'études préliminaires et élaboration de projets de contrat), déterminer la forme et le calendrier indicatif de la procédure d'attribution du contrat ainsi que le budget indicatif à prévoir pour les travaux et services devant être fournis aux termes du contrat;
 - iii) Dans le contrat, mettre l'accent sur les résultats attendus et les normes que le partenaire privé devra respecter plutôt que sur les moyens d'y parvenir.
- e) Procédures de mise en œuvre et de suivi de l'exécution
- i) Spécifier dans le contrat de PPP les critères et mécanismes de suivi de l'exécution, en particulier les modalités du contrôle public par le biais d'indicateurs de résultats, et la fréquence des audits;

- ii) Effectuer régulièrement des examens de l'exécution pour assurer le meilleur rapport coût-efficacité pendant tout le cycle de vie d'un projet de PPP et évaluer les conditions d'application du type de marché conclu;
- iii) Garder des traces écrites des examens de l'exécution des projets de PPP de manière à constituer un ensemble de bonnes pratiques pouvant servir de base à l'établissement de lignes directrices et de normes pour la sélection, le suivi et l'évaluation des futurs projets de PPP;
- iv) Concevoir un mécanisme de paiement qui soit subordonné au respect par le partenaire privé des critères d'exécution fixés; et
- v) Prévoir, dans l'accord de PPP, des dispositions objectives permettant de déterminer comment procéder à d'éventuels ajustements, ainsi que les voies de recours et procédures de règlement en cas de litige.

II. PROTECTION DES INVESTISSEURS

17. Pour inciter à la conclusion de PPP, l'application d'une loi générale régissant tous les aspects inhérents à la réglementation des PPP donne semble-t-il de bons résultats dans certains pays. Dans d'autres, chaque contrat de PPP est considéré *sui generis* et il serait donc difficile d'appliquer des règles normalisées à l'ensemble des projets de PPP. Quelle que soit l'approche retenue, il faut éviter de créer un cadre juridique excessivement complexe tant pour les investisseurs que pour les pouvoirs publics qui devront veiller à appliquer les mêmes règles à tous les types de PPP. En sus de leur législation nationale, les pays ont des obligations à assumer en vertu de différents instruments internationaux, tels que les accords de l'Organisation mondiale du commerce, les traités d'investissement bilatéraux, les accords de libre-échange, les règles non subsidiaires de l'Union européenne, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements et la Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international.

18. Les bonnes pratiques susceptibles de faciliter les projets de PPP pour les investisseurs sont énumérées ci-après:

- a) Traitement équitable des soumissionnaires
 - i) Garantir la transparence du processus de sélection en définissant clairement les critères sur lesquels il est fondé et en évitant de conférer un poids excessif aux facteurs techniques dans ce processus;
 - ii) Fournir aux soumissionnaires potentiels des informations sur les exigences techniques et les résultats attendus, les projections financières et leur base de calcul, les exigences de procédure, les critères de sélection des partenaires ainsi que les modalités de réglementation et de partage des risques;
 - iii) Reconnaître aux soumissionnaires non retenus le droit d'être dûment informés des raisons pour lesquelles leur offre a été rejetée et la possibilité de contester la décision de l'autorité publique devant un tribunal; et

- iv) Veiller à ce que tous les soumissionnaires aient un accès égal à l'information relative aux conditions et critères de sélection pendant qu'ils préparent leur offre.
- b) Dispositions contractuelles relatives à la répartition et à l'atténuation des risques
- i) Prescrire une couverture d'assurance minimale dans les domaines qui touchent à l'intérêt général (préjudice matériel, action de la part d'un tiers et responsabilité de l'employeur, par exemple) et laisser les autres aspects (cessation d'activité, vices cachés, etc.) à la discrétion du partenaire privé;
 - ii) Faire prévaloir les principes de responsabilité et de collégialité de sorte que les décideurs et les responsables du programme relatif aux PPP entretiennent avec les partenaires du secteur privé une relation franche et empreinte de respect; et
 - iii) Réduire autant que possible les niveaux de gestion et le personnel d'appui centralisé au sein de l'autorité publique tout en laissant un maximum d'autonomie aux partenaires tant privés que publics chargés de l'exécution.
- c) Intervention unilatérale de l'État et règlement des différends
- i) Accorder une indemnisation au partenaire privé si un contrat de PPP est unilatéralement révisé, modifié ou résilié par l'administration contractante pour des motifs d'intérêt général;
 - ii) Prévoir des modalités de règlement des différends qui placent les partenaires publics et privés sur un pied d'égalité et permettent aux premiers de contester les décisions de ces derniers;
 - iii) Prévoir une indemnisation intégrale des actifs transférés à verser d'emblée en cas d'inexécution, mais en permettant au secteur public de déduire les pertes réelles subies (coûts liés aux mesures de rectification, par exemple) qui sont imputables à la défaillance du partenaire privé;
 - iv) Reconnaître au prêteur des droits de substitution en cas de défaillance du partenaire privé, y compris le droit de lui substituer un nouveau contractant;
 - v) Déterminer la valeur des actifs repris en mains par le secteur public sur une autre base que lorsque l'État est en tort (comptabilisation d'une part du coût historique par opposition à la valeur de remplacement après amortissement, par exemple); et
 - vi) Écarter les mesures d'expropriation sauf lorsque l'intérêt général est en jeu et sous réserve que l'investisseur soit totalement indemnisé et que la décision de l'organisme de tutelle et le montant de l'indemnisation puissent être contestés devant un tribunal.

III. PROTECTION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

19. Ainsi qu'il ressort des bonnes pratiques observées dans les textes législatifs, les principes généraux de l'action des pouvoirs publics susceptibles de créer un meilleur environnement réglementaire pour les PPP tout en garantissant les conditions nécessaires à la protection de l'intérêt général sont les suivants:

- a) Information, consultation et accès du public à la justice
 - i) Au cours de la phase de planification, informer et faire participer le public le plus largement possible dans le cadre du processus décisionnel en fonction de l'objet, de la nature, du domaine d'application et de la portée du projet de PPP;
 - ii) Établir et mettre régulièrement à jour un registre des contrats de PPP en y consignnant tous les renseignements pertinents, tout en respectant le caractère confidentiel de l'information commerciale et industrielle à protéger conformément à la loi lorsqu'un intérêt économique légitime est en jeu;
 - iii) Interpréter la confidentialité des informations d'une manière restrictive, et apprécier l'opportunité de leur divulgation au regard de l'intérêt général;
 - iv) Imposer à l'administration contractante l'obligation, au stade de l'élaboration du projet, de consulter les futurs utilisateurs des services à fournir dans le cadre d'un PPP et de les informer de leurs droits à cet égard et des procédures à suivre pour les faire valoir;
 - v) Assurer la protection des consommateurs en fixant des exigences de qualité et des limites de prix tout en permettant un retour sur investissement équitable;
 - vi) Faire en sorte que les utilisateurs des services fournis par le partenaire privé dans le cadre d'un projet de PPP puissent demander des dommages-intérêts pour les préjudices subis.
- b) Garantir l'optimisation des ressources
 - i) Choisir un élément de comparaison dans le secteur public qui permette à l'autorité publique de procéder à une estimation juste des avantages potentiels avant de prendre une décision sur un projet de PPP;
 - ii) Inclure dans un projet de PPP des clauses de répartition des risques visant à offrir aux contribuables une protection à long terme contre des charges futures et à obtenir un meilleur rapport coût-bénéfice⁵;

⁵ Il est important ici de souligner les éléments liés à la faisabilité financière, à la limitation des dotations et aux plafonds budgétaires imposés par la loi dans les règles sur les PPP. À cet égard, il convient de signaler un ouvrage de l'OCDE, selon lequel, «Beaucoup de pays [...] limitent l'endettement des échelons publics décentralisés et leur interdisent même souvent d'emprunter. Il y en a aussi où existent des règles budgétaires qui restreignent les dépenses, les déficits ou la

- iii) Recourir au dialogue compétitif lorsque l'administration contractante n'est pas en mesure d'élaborer les spécifications techniques ou les critères juridiques et financiers applicables à un projet ou de définir ces critères au niveau ou avec la précision nécessaire pour adopter une procédure ouverte ou restreinte;
 - iv) Permettre aux organismes de tutelle d'accéder aux comptes des projets de PPP pour qu'ils puissent déterminer les redevances d'utilisation et s'assurer du respect des procédures; et
 - v) Procéder à des examens périodiques sous la forme d'audits indépendants et publier les résultats des audits.
- c) Règles de protection de l'environnement
- i) Prévoir des dispositions juridiques en vertu desquelles un contrat de PPP doit tenir compte d'objectifs de réalisation en matière de développement durable pour pouvoir être attribué; et
 - ii) Instaurer le principe du pollueur-payeur pour ce qui est de la prévention et de la réparation des atteintes à l'environnement causées par le partenaire privé d'un PPP.

IV. CONCLUSIONS

A. Efficacité et sécurité juridiques

20. On constate que les mesures législatives intéressant les PPP peuvent revêtir différentes formes (loi sur les PPP, loi sur les concessions, législation sur les marchés publics, législation sectorielle, ou une combinaison de plusieurs de ces formules), et que leur application est également influencée par d'autres lois générales qui ont des incidences sur le climat des affaires (par exemple, lois portant sur la concurrence, les contrats privés, le droit des sociétés, le droit fiscal, le droit du travail, l'emploi, la protection des consommateurs, l'insolvabilité, le secteur des infrastructures, le droit de propriété, les investissements étrangers, la propriété intellectuelle, l'environnement, l'acquisition ou l'appropriation, la fiscalité ainsi que le règlement des différends et l'arbitrage).

21. Afin d'encourager la participation du secteur privé au développement des infrastructures publiques, le cadre normatif et réglementaire doit offrir des conditions juridiques transparentes, flexibles et stables prévoyant un traitement équitable des investisseurs. En outre, le fait d'y associer le secteur privé aura un effet positif sur les organes de coordination au sein de l'administration publique et permettra de clarifier les objectifs à atteindre.

dette de l'État. En leur absence, une entité publique, telle qu'une collectivité locale, serait en mesure d'emprunter pour financer un projet exécuté de façon traditionnelle et d'assurer le service de sa dette avec les flux de recettes anticipés. Le projet et l'emprunt qu'il implique pourraient être financièrement faisables, même si les règles budgétaires imposées par la loi interdisent d'emprunter.» (*Les partenariats public-privé: partager les risques et optimiser les ressources*, OCDE, 2008, p. 44 et suiv.).

22. Selon ce qu'on a pu constater dans les pays considérés, il existe un besoin général de sécurité juridique dans la réglementation des PPP. Pour que ceux-ci soient le plus efficaces possible et que leur conception et leur exécution obéissent aux principes de bonne gouvernance, le cadre législatif national doit à la fois revêtir un caractère prévisible et sûr pour les investisseurs, protéger l'intérêt général et garantir aux bénéficiaires des projets et au grand public le droit à l'information, la participation au processus décisionnel et l'accès à la justice.

23. De l'avis général, la situation doit être équilibrée, d'où la nécessité de veiller à ce que la législation régissant les PPP ne soit pas excessivement normative mais fixe plutôt, dans la mesure du possible, des paramètres généraux suivant lesquels les partenaires publics et privés puissent concevoir et mettre en œuvre des projets de manière optimale, sans nuire à l'intérêt général.

24. Il faut trouver un juste équilibre entre des lois générales et des textes spécifiques de manière à pouvoir créer des PPP là où ils offrent un bon rapport coût-efficacité tout en garantissant que l'intérêt général prévaudra à tous les stades de l'exécution du projet. À cet égard, le principal défi consiste à établir des normes régissant de manière transparente le plus large éventail possible de PPP sans les soumettre à une réglementation excessive.

B. Prise en compte de l'environnement juridique propre aux pays

25. En déterminant la démarche à adopter, les pays mettent apparemment à profit l'expérience de ceux qui leur sont proches au plan politique, économique, juridique et administratif. Il y a de nombreux exemples de contrats attribués dans des pays en transition où le régime réglementaire est embryonnaire, voire inexistant. En pareil cas, les accords de PPP peuvent eux-mêmes constituer des outils réglementaires.

26. L'étendue des clauses relatives à l'équilibre financier qui figurent dans les contrats de PPP est aussi radicalement différente selon qu'il s'agit de projets à entreprendre dans des pays en transition, où les risques peuvent être nettement plus difficiles à prévoir, à quantifier et à gérer, ou dans des pays développés, où le climat des affaires est plus stable. Dans les premiers, le concessionnaire insistera généralement pour bénéficier de la plus large protection possible contre les risques imprévus. Il obtiendra parfois même le droit de demander un ajustement du contrat en cas d'événement matériel indésirable indépendant de sa volonté (même si une clause libellée en des termes aussi généraux serait actuellement considérée comme trop vague).

27. Dans les pays développés de la région de la CEE, le partenaire privé ne bénéficie guère d'une telle protection (les seuls changements juridiques admis portent sur des points précis ou sur un élément discriminatoire, par exemple). Au bout du compte, le facteur clef aux yeux de l'organisme de tutelle sera le risque à envisager dans l'environnement propre au projet de PPP mis en œuvre.

28. Tant dans les pays en transition que dans les pays développés, les renseignements disponibles montrent que, indépendamment des dispositions juridiques, on doit souvent imaginer des solutions nouvelles, qui tiennent compte des spécificités de chaque projet⁶.

29. Force est de constater que les pays qui ont choisi d'adopter des lois expressément consacrées aux PPP manifestent souvent une nette volonté politique d'entreprendre des projets de PPP. De manière générale, ce type de législation vise à définir les rôles et les responsabilités des différents organismes publics et à accroître la transparence des procédures de passation des marchés ainsi que les droits des investisseurs. L'approche contractuelle, plus répandue dans les pays ayant un système de *common law*, offre en général une plus grande souplesse car elle permet d'introduire des changements dans le contrat à n'importe quel stade du cycle de vie du projet. Elle facilite également la diffusion des bonnes pratiques par la normalisation de clauses contractuelles communes à tous les projets de PPP.

30. Dans la pratique, la distinction n'est pas aussi nette puisque les systèmes de droit civil sont dans une certaine mesure influencés par les règles de la *common law*, le plus souvent à travers une réglementation supranationale (notamment le droit communautaire), ce qui conduit à l'incorporation de certains éléments de *common law* dans les régimes de droit civil.

31. On peut faire valoir en faveur du système de droit civil qu'il existe des dispositions légales applicables à des opérations telles que les grands travaux et les marchés publics, ce qui offre une plus grande sécurité juridique du point de vue des investisseurs. De même, ce système garantit la sécurité du droit en protégeant les investisseurs contre d'éventuelles violations qui pourraient être commises par des gouvernements successifs. Le caractère effectif de la législation dans le système de droit civil se fonde sur un processus démocratique (assemblée représentative délibérante) qui ne peut être invalidé sans que la loi en cause soit abrogée. Le système de droit civil semble, au moins en principe, laisser moins de place à l'exercice du pouvoir discrétionnaire ou à l'abus de pouvoir, et ne souffre donc pas d'un manque de clarté juridique.

32. En dépit des différences apparentes, on peut malgré tout affirmer que les deux approches (le cadre législatif reposant sur le droit civil et l'approche contractuelle fondée sur la *common law*) poursuivent finalement le même objectif: renforcer la sécurité juridique pour les soumissionnaires et les organismes prêteurs tout en accélérant la procédure de passation des marchés.

C. Problèmes de mise en œuvre

33. Il est donc impossible de prescrire une démarche unique applicable à tous les pays. Les mesures législatives que prendront les différents pays sont largement fonction de la nature de leur système juridique, des lois en vigueur, de l'expérience acquise en matière de PPP et de diverses considérations politiques, dont l'idée que l'on se fait de la participation du secteur privé dans la fourniture des services publics, les relations entre la fonction publique et des organes directeurs élus, ou le désir éventuel d'adhérer à l'Union européenne.

⁶ «Public-private partnerships in central and eastern Europe: structuring concession agreements», Christopher Clement-Davies, dans *Law in Transition* (2007), BERD.

34. Ce qui compte plus que tout, c'est la manière dont les lois sont appliquées. Dans certains cas, des règles interprétatives ont été introduites, pour préciser des obligations légales excessivement complexes ou de caractère trop général. À cet égard, la bonne gouvernance se traduit par la place accordée à une politique tournée vers l'action, qui permet aux pouvoirs publics de déceler les problèmes dès qu'ils apparaissent et de s'efforcer de les résoudre efficacement, ainsi que par un attachement explicite aux valeurs du service public dans les décisions à prendre concernant les procédures les plus appropriées en matière de marchés publics.

35. Le rôle de l'appareil judiciaire doit être mis en évidence non seulement parce qu'il est le garant du respect des lois, mais aussi parce qu'il crée une jurisprudence qui, soit précise l'interprétation de la loi, soit, dans les pays dépourvus de textes législatifs régissant les PPP, établit des précédents susceptibles d'avoir des incidences sur les futurs PPP. Même la meilleure loi-cadre sera privée de tout effet utile si les mécanismes d'exécution sont faibles ou inexistants ou si l'ampleur de la corruption pervertit le système judiciaire. Un pouvoir judiciaire indépendant, un niveau de corruption aussi faible que possible et des garanties légales contre le détournement de fonds publics sont autant d'éléments qui favoriseront la mise en place de véritables partenariats entre le secteur privé et le secteur public au profit de tous.
