



Assemblée générale

Distr. générale
24 janvier 2014
Français
Original: anglais

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

Travaux futurs possibles dans le domaine des partenariats public-privé

Document de travail – Deuxième partie

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
III. Principales questions à examiner pour poursuivre les travaux sur les PPP (<i>suite</i>)	1-75	3
B. Principales questions à traiter dans un texte législatif sur les partenariats public-privé (<i>suite</i>)	1-62	3
2. Planification du projet, y compris la répartition des risques et l'appui des pouvoirs publics	1-14	3
i) Planification et préparation du projet	1-7	3
ii) Répartition des risques	8-14	4
3. Sélection du partenaire de projet	15-34	6
i) Procédures de sélection	15-20	6
ii) Préférences nationales	21-23	7
iii) Mécanismes de recours et de contestation	24-27	8
iv) Propositions spontanées	28-34	9
4. L'accord de projet et l'exécution	35-51	11
i) Dispositions législatives ou contractuelles	35-40	11
ii) Litiges naissant après l'attribution du marché	41-51	13



5.	Autres questions	52-59	15
	i) Transparence	52-58	15
	ii) Autres questions	59	17
6.	Conclusions sur les éléments à traiter dans un nouveau texte législatif sur les partenariats public-privé	60-62	18
C.	Nature recommandée d'un éventuel texte législatif	63-70	18
D.	Importance des travaux futurs possibles pour les partenariats public-privé ..	71-75	20

III. Principales questions à examiner pour poursuivre les travaux sur les PPP (*suite*)

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

2. Planification du projet, y compris la répartition des risques et l'appui des pouvoirs publics

i) *Planification et préparation du projet*

Recommandations concernant la législation et dispositions législatives types pertinentes: aucune

Guide législatif: Section D.1, "Coordination des mesures préparatoires", du Chapitre I, "Cadre législatif et institutionnel général"

1. Les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé donnent des indications générales sur la planification et la préparation du projet, présentant d'importants éléments de bonne pratique et soulignant, en particulier, l'importance de mener des études de faisabilité. Il est souligné que celles-ci devraient inclure des "aspects économiques et financiers tels que les avantages économiques attendus, le coût estimé et les recettes potentielles de l'exploitation de l'infrastructure, ainsi que de l'impact du projet sur l'environnement"¹.

2. Les spécialistes estiment, toutefois, que ces dispositions sont insuffisantes compte tenu des taux inacceptables d'échec de PPP qu'il est constaté dans les pays en développement (estimés dépasser 50 % après seulement deux années de fonctionnement du projet). Ils notent que les coûts de planification et de préparation ne sont pas suffisamment pris en compte dans les budgets publics et que de nombreux pays ne les évaluent pas avant de lancer un projet. Ils ajoutent qu'il faut, pour préparer tous les PPP de la Banque mondiale en Afrique, environ 1 milliard de dollars par an; l'essentiel devrait être consacré aux études de faisabilité, mais dans la pratique, il n'y est consacré que moins de 50 millions. En outre, cette dépense s'effectue de manière inégale, sans coordination entre les nombreux secteurs concernés. Il semble que la situation soit aggravée par la mauvaise gouvernance et les intérêts particuliers. Selon les praticiens, l'absence de cadre approprié de planification et de préparation du projet est l'une des principales faiblesses des cadres institutionnels des PPP (traités dans la première partie du présent document) et de la législation relative aux PPP en général. Les spécialistes estiment donc qu'il faudrait, dans tout futur texte législatif relatif aux PPP, adopter une approche plus détaillée et prescriptive.

3. Les spécialistes estiment également que les économies réalisées en évitant l'échec du projet dépasseraient de loin les coûts d'une bonne planification et préparation, et que l'expérience qu'ont les institutions financières internationales et les praticiens de la planification et de l'élaboration de politiques aux niveaux national et international pourrait, dans une large mesure, être harmonisée et agrégée. Les enseignements tirés de cette expérience et de celle de groupes de travail

¹ Guide législatif, par. 25, Section D.1, "Coordination des mesures préparatoires", du Chapitre I, "Cadre législatif et institutionnel général".

similaires² pourraient aider à formaliser de bonnes pratiques applicables à toutes les formes de PPP et à leurs parties, ainsi que des normes et des directives qui pourraient s'appliquer largement.

4. Les mesures de planification et de préparation qui pourraient être envisagées sont notamment les suivantes: 1) élaboration d'un plan directeur (à moyen terme) pour la mise en place de l'infrastructure, y compris la fourniture de services publics; 2) hiérarchisation correspondante des projets en fonction des objectifs et des considérations socioéconomiques, des incidences financières, des effets sur le développement durable, etc.; 3) plans définissant, pour chaque projet, le type de projet en fonction des moyens financiers et autres de l'État ou de l'autorité contractante (passation classique, conception-construction, IFP/PPP, PPP de type concession); 4) études de marché prévues pour chaque projet; et 5) évaluation, par divers acteurs, de chaque projet conformément aux normes établies, y compris celles de transparence, en fonction du type de projet.

5. Il a également été estimé qu'il faudrait publier les plans afin que l'on puisse évaluer de manière transparente si les résultats socioéconomiques escomptés sont atteints et si les évaluations financières qui sous-tendent le choix du type de projet sont exactes. Ces questions sont également abordées ci-dessous dans les sections consacrées à la transparence et à d'autres questions.

6. Les spécialistes notent également que tandis que les lois relatives aux PPP les plus récentes contiennent des dispositions relatives à la sélection, à la hiérarchisation et à l'élaboration de projets, il semble que ces dispositions soient parfois considérées comme un obstacle à l'élaboration de projets (il arrive donc que les autorités contractantes cherchent à les contourner et à engager des procédures de sélection non concurrentielles). En outre, l'élaboration d'un plan d'infrastructure, dont l'importance est notée ci-dessus, peut aider à résoudre certains aspects des propositions spontanées, question examinée plus en détail dans la section consacrée à ce sujet, ci-dessous.

7. Les spécialistes estiment que les recommandations du Guide législatif relatives à la nécessité de veiller à ce que les organes compétents disposent de ressources et de capacités suffisantes pour coordonner, au besoin, leurs activités de vérification diligente et de préparation financière devraient également servir de base aux dispositions de tout futur texte législatif relatif aux PPP. Le champ d'activité et les fonctions des institutions concernées, examinés dans la première partie du présent document, seront, dans ce contexte, des considérations précieuses.

ii) *Répartition des risques*

Recommandation pertinente concernant la législation: 12

Dispositions législatives types: aucune

Guide législatif: Section B, "Risques de projet et répartition des risques", du Chapitre II, "Risques de projet et appui des pouvoirs publics"

8. Au Colloque 2013, on a estimé qu'il faudrait, dans tout texte futur relatif aux PPP, traiter plus en détail la question de la répartition des risques, que de

² Tels que la Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), www.ppiaf.org/.

nombreuses lois relatives aux PPP³ manquaient de souplesse sur la question en ce qui concernait le secteur privé, et que le Guide législatif donnait, sur certains aspects de la question, des indications insuffisantes.

9. Le Guide législatif décrit les différentes catégories de risque de projet auquel sont exposées les parties et recommande, comme principe général, que la partie la plus apte à prévenir un risque, à en supporter les coûts ou les conséquences et/ou à en atténuer les effets le supporte et le gère. Ce principe est largement suivi dans d'autres textes internationaux relatifs aux PPP (et dans les Principes de l'OCDE pour la gouvernance publique des PPP, mentionnés ci-dessus).

10. Les spécialistes estiment qu'il est difficile d'identifier, de définir et de mesurer certains risques, tels ceux liés à la demande et à la capacité financière du public, notant que les parties à un PPP caractérisent parfois certains risques différemment. Le Guide législatif note également que certains risques ne sont inhérents qu'à une partie à un PPP et que d'autres échappent au contrôle de toutes et ne peuvent donc, exogènes à toutes les parties, être gérés par aucune. Il faut donc que l'accord de projet prévoie, pour les traiter, des dispositions spéciales. Un exemple de ces risques exogènes, noté par l'OCDE, est un risque non assurable de force majeure, tel que le risque de conflit.

11. La négociation de l'accord de projet et des documents connexes sera donc essentielle pour assurer une répartition appropriée des risques, en particulier lorsque ces derniers sont difficiles à définir, etc., et lorsqu'il existe des désaccords sur leur caractérisation. Il est compliqué d'évaluer les risques et dans ces cas, il sera particulièrement difficile de convenir du prix à payer pour le transfert de risque (cela pourra déterminer si un PPP est finalement rentable). Les spécialistes estiment qu'en formulant des exigences plus rigoureuses en matière d'études de faisabilité et de planification de projet, on pourra aider à identifier, définir et mesurer les risques et faciliter la négociation, raison pour laquelle cela devrait être requis dans tout futur texte législatif relatif aux PPP. En outre, ils recommandent d'articuler davantage les études de faisabilité et l'évaluation des risques.

12. Les spécialistes recommandent également d'examiner spécifiquement la Recommandation 12 (répartition des risques) lorsqu'on étudiera l'équilibre des clauses dans la législation et les contrats (point examiné dans la section consacrée à ce sujet, ci-dessous), et d'y inclure les méthodes de répartition des risques qui se matérialisent. D'un point de vue de politique publique, il est suggéré de préciser les conséquences négatives que pourra avoir, pour l'intérêt général, le fait de transférer en théorie les risques vers le secteur privé, malgré l'hypothèse sous-jacente qu'ils pourront finalement être assumés par l'autorité contractante. Cette situation pourra se produire si certains risques, comme l'interruption de service, ne peuvent être autorisés à se concrétiser dans la pratique.

13. Il a également été noté que le secteur public pouvait, dans certains cas, s'auto-assurer contre le risque en regroupant les risques qui peuvent survenir dans ses opérations à grande échelle. Dans ces cas, le fait d'identifier et de payer explicitement certains risques pourra être considéré comme contraire à l'intérêt

³ Voir, également, la section 3.5.1 du rapport Simmons and Simmons, note 8 de la première partie du présent document de travail, A/CN.9/819.

général⁴. Les spécialistes estiment qu'il faudrait, dans tout texte futur, développer encore les problèmes mentionnés dans le présent paragraphe et dans le précédent en s'appuyant sur les différentes sources identifiées.

14. Les garanties publiques et autres formes de soutien destinées à atténuer les risques (indemnisation des sinistrés, clauses de stabilisation, etc.) sont examinées dans le Guide législatif, avec certaines considérations de politique générale. Ici également, les spécialistes estiment qu'il faudrait, dans tout futur texte relatif aux PPP, approfondir la question compte tenu, par exemple, du fait de savoir si le soutien devrait couvrir les risques qui affectent le projet précis et s'il ne faudrait pas l'autoriser à couvrir ceux qui affectent l'économie dans son ensemble. Là encore, ils recommandent de lier expressément les dispositions et les indications à la planification du projet.

3. Sélection du partenaire de projet

i) Procédures de sélection

Recommandations pertinentes concernant la législation: 18 à 39

Dispositions législatives types: 5 à 27

Guide législatif: Chapitre III, "Sélection du concessionnaire"

15. Au Colloque 2013, il a été dit que les principales étapes de la sélection de l'opérateur du projet étaient la présélection, la participation de consortiums, les méthodes et techniques (une phase ou deux, source unique, négociations), la comparaison et l'évaluation des propositions, la notification d'attribution et la tenue de registres. Ces étapes s'effectuent avec, comme principes directeurs, l'équité, la transparence et la concurrence, et sont passibles de recours et de contestation (cet aspect est abordé dans la section suivante). Ces étapes et principes reflètent les exigences de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

16. Il a été reconnu que les procédures d'appel d'offres traditionnelles ne convenaient généralement pas aux PPP. Au Colloque 2013, il a également été dit que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics incluait ce qui était essentiellement une forme actualisée et complète de la procédure de sélection suivie dans les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé. La méthode en question est appelée demande de propositions avec dialogue, et est disponible pour l'achat de biens et de services complexes (projets d'infrastructure, par exemple).

17. Chaque instrument relatif à un projet d'infrastructure à financement privé contient, sur la procédure de sélection, des dispositions détaillées dont le Colloque pourra considérer qu'il faudrait, pour aider le lecteur, les regrouper en plus de les actualiser pour refléter les dispositions relatives à la demande de propositions avec dialogue de la Loi type sur la passation des marchés publics.

18. Cette méthode prévoit un processus en deux étapes, conçu pour que l'on puisse apporter des solutions innovantes aux problèmes techniques, encourager des pratiques d'achat responsables et tenir compte des besoins d'infrastructure. Elle permet de proposer des solutions techniques différentes et, aux parties, d'interagir

⁴ Voir "PPP – A Decision-maker's Guide", Michael Burnett, IEAP, 2001, page 57.

sur les questions techniques, juridiques et financières. Cependant, elle n'aborde pas, en ce qui concerne l'achat, toutes les questions qui peuvent intéresser les projets de PPP. Les questions non traitées tournent autour de la nécessité de définir, d'obtenir et d'évaluer la prestation de services et de passer des marchés pour la construction, d'évaluer la rentabilité du projet en mesurant les résultats sur sa durée de vie, de prendre en compte l'intérêt des parties dans la prestation de services et de mener des négociations plus complexes que celles qui ont lieu dans les marchés publics, avec un groupe élargi de parties, y compris les prêteurs.

19. À un niveau plus détaillé, certaines obligations relativement souples pour les marchés publics pourraient devoir être développées dans un futur texte législatif relatif aux PPP. Il s'agit notamment de la portée de la divulgation du contrat d'achat proposé à l'étape de l'invitation et de la nécessité de finaliser l'accord de projet après la sélection de l'opérateur (les négociations portant sur le contrat d'achat sont interdites dans la Loi type, mais envisagées dans le Guide législatif et dans la disposition législative type 17). Les spécialistes estiment qu'il faudra traiter ces questions lorsqu'on examinera la teneur de l'accord de projet (à ce sujet, voir la section relative aux dispositions de la loi ou du contrat, ci-dessous) et la mesure dans laquelle des modifications aux contrats et des arrangements de substitution pourraient impliquer une remise en concurrence ou toucher d'autres aspects de la procédure de passation. Les solutions conçues pour assurer la transparence tout au long du projet, examinées ci-dessus dans les sections consacrées à la planification et à la préparation de la passation et ci-dessous dans celles consacrées à la transparence, comme la déclaration publique des buts et objectifs du projet (y compris les avantages pour les parties prenantes), pourraient également être envisagées pour assurer la transparence de la prestation de services et de la construction physique.

20. Le Colloque 2013 est convenu que tout futur texte relatif aux PPP devrait se fonder sur la méthode de passation ci-dessus, de manière à assurer la cohérence des procédures et des garanties des projets, qu'ils soient à financement public ou privé. Il pourra souhaiter inclure, dans son rapport à la Commission, son point de vue sur ce sujet.

ii) *Préférences nationales*

Recommandations concernant la législation et dispositions législatives types pertinentes: aucune

Guide législatif: Section B.4, "Présélection et préférences nationales", du Chapitre III, "Sélection du concessionnaire"

21. Le Guide législatif donne des indications sur les préférences nationales, notant que bien que de nombreux États cherchent à y recourir, ces préférences soulèvent de nombreuses questions de politique. Le Guide, en outre, note que ce recours peut être limité par les engagements internationaux de l'État adoptant, renvoyant aux dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de 1994 et au commentaire qui l'accompagne sur les marges de préférence. Les spécialistes notent que lorsque des gouvernements cherchent à imposer des préférences nationales, c'est principalement pour atteindre des objectifs de politique socioéconomique et, plus généralement, des objectifs de développement (le lien entre ces objectifs et les PPP est examiné ci-dessous, dans la section consacrée à

l'importance de futurs travaux possibles sur les PPP). En outre, les préférences nationales peuvent être un outil important pour soutenir des PPP menés avec de petits opérateurs privés, comme on l'a vu dans la première partie du présent document.

22. La Loi type sur la passation des marchés publics actuelle (2011) et le Guide pour l'incorporation contiennent des dispositions et de nombreux commentaires sur les préférences et autres outils que les États peuvent utiliser pour atteindre ces objectifs de politique socioéconomique. La possibilité est donnée d'utiliser ces outils dans la mesure où les obligations internationales, telles celles qui découlent de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics, le permettent et lorsque la passation s'effectue à l'aide de prêts de bailleurs internationaux. Ces mesures comprennent de solides mécanismes de transparence conçus pour s'assurer que les participants comprendront comment les objectifs seront mis en œuvre, ce qui pourra se faire à l'un quelconque de quatre stades: au moment de décider de limiter un marché aux fournisseurs nationaux, lors de l'examen de la qualification et de la conformité des offres, et lors de leur évaluation. Ces dispositions sont également conçues pour permettre aux États d'adopter des pratiques d'achat responsables en utilisant les outils élaborés par d'autres bailleurs de fonds (Programme des Nations Unies pour l'environnement, OCDE, etc.) et pour tenir compte de toute prescription obligatoire imposée dans un État particulier (en ce qui concerne les critères environnementaux, par exemple).

23. Le Colloque pourra considérer que tout futur texte législatif relatif aux PPP devrait suivre cette approche, tout en notant que son application dans le contexte des PPP est bien plus complexe que dans celui des marchés publics. Il est extrêmement difficile, par exemple, d'appliquer une préférence nationale à des critères d'évaluation et à des services non fondés, pour l'essentiel, sur des prix. En outre, les spécialistes estiment qu'il faudra, dans le contexte des PPP, donner de plus amples indications compte tenu des obligations de service public et de leur incidence sur toutes les phases du cycle de projet, ainsi que des exemples clairs de la façon, notamment, d'utiliser les clauses sociales et autres mesures destinées à promouvoir la responsabilité sociale et des projets favorables aux pauvres.

iii) Mécanismes de recours et de contestation

Recommandation pertinente concernant la législation: 39

Dispositions législatives types: 27

Guide législatif: Section I, "Procédures de recours", du Chapitre III, "Sélection du concessionnaire"

24. Les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé contiennent des recommandations générales sur les mécanismes de recours et de contestation utilisables lors de litiges découlant du processus de sélection dans des PPP (qui se distinguent des litiges postérieurs à l'attribution, qui sont traités dans la section consacrée à ce sujet ci-dessous). Ces mécanismes ont été notés, au Colloque 2013, comme exemples d'aspects de la réglementation des PPP que l'on pourrait harmoniser avec les lois relatives aux marchés publics, s'appliquant de la même manière à la passation de ces marchés et au contexte des PPP.

25. La Loi type sur la passation des marchés publics contient un chapitre où figurent des dispositions détaillées sur les recours et la contestation, appliquant les principes fondamentaux énoncés dans les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé. Il est prévu trois types de contestation: auprès de l'autorité contractante et/ou d'un organisme indépendant et/ou des autorités judiciaires. Ce chapitre présente également les voies de recours qui s'offrent aux fournisseurs lésés.

26. Ces dispositions sont rédigées de manière souple et doivent donc être adaptées au système juridique de l'État adoptant, comme l'explique le Guide pour l'incorporation. Elles sont suffisamment larges pour permettre aux investisseurs et autres parties à un PPP d'utiliser les mécanismes concernés. Le chapitre a été conçu pour respecter les exigences de la Convention des Nations Unies contre la corruption relatives aux mécanismes de recours et de contestation, notamment l'obligation de prévoir un recours contre les décisions prises en première instance.

27. Le Colloque pourra donc considérer qu'il faudrait que tout futur texte relatif à un PPP contienne une disposition qui permette aux parties à un PPP de se prévaloir du mécanisme de contestation.

iv) *Propositions spontanées*

Recommandations pertinentes concernant la législation: 30 à 35

Dispositions législatives types: 20 à 23

Guide législatif: Chapitre III, Section E: "Propositions spontanées", par. 97 à 117

28. Les spécialistes estiment que les propositions spontanées prêtent à controverse dans la plupart des pays et qu'il n'y a eu, au cours de la dernière décennie, que peu d'exemples de projets élaborés de manière satisfaisante suite à des propositions spontanées.

29. Ils notent également que dans les PPP d'infrastructure et de service, il faudrait limiter la possibilité d'utiliser ce type de propositions compte tenu des indications qui figurent actuellement dans les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé. En résumé, ces dispositions, que les spécialistes considèrent comme incarnant la meilleure pratique, énoncent qu'on peut utiliser les propositions spontanées qui prétendent utiliser des technologies ou des concepts nouveaux, mais pas celles qui prétendent répondre à un besoin d'infrastructure non identifié. Les raisons justifiant cette dernière exclusion sont notamment que l'autorité contractante serait incapable d'évaluer si ses besoins seraient satisfaits de manière appropriée et, d'autre part, que cela pourrait compromettre l'accessibilité financière d'autres projets inclus dans un plan d'investissement (voir, également, la section ci-dessus relative à la planification et à la préparation du projet).

30. Les spécialistes notent que le simple fait qu'une proposition spontanée puisse être dans l'intérêt général (répondant à un besoin non encore identifié, par exemple) ne suffit pas pour permettre des négociations directes sans mise en concurrence. Ils estiment en outre qu'il faudrait une disposition supplémentaire pour déterminer s'il serait possible que des propositions spontanées soient acceptées sans aucune forme de mise en concurrence.

31. Les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé disposent également que lorsqu'une proposition spontanée est considérée relever de l'intérêt général, mais ne recèle pas de technologies ou de concepts nouveaux, ou n'est pas protégée par des droits de propriété intellectuelle ou analogues, on peut procéder sous réserve que l'autorité contractante engage les procédures de sélection concurrentielle normales. Ici, cependant, l'expérience récente montre qu'en règle générale, il ne faudrait pas considérer une proposition qui ne relève pas d'un plan d'infrastructure public et des dispositions budgétaires correspondantes comme relevant de l'intérêt général: il faudrait que des circonstances particulières existent pour que l'on puisse l'examiner plus avant.

32. En outre, les spécialistes sont d'accord avec les recommandations du Guide législatif sur le fait qu'il pourra falloir modifier les procédures normales de sélection lorsque les propositions contiendront des technologies ou des concepts nouveaux. Par exemple, l'autorité contractante pourra publier une description des produits essentiels recherchés, sollicitant des propositions concurrentes. Les spécialistes ajoutent que cette procédure pourrait comprendre un dialogue (au sens de la méthode décrite dans la section consacrée aux procédures de sélection ci-dessus), y compris une disposition prévoyant une prime à payer à l'auteur de la proposition initiale s'il est retenu. Les spécialistes notent que cette approche n'est pas simple, même avec les indications dont on dispose sur son fonctionnement⁵, et qu'il faudrait renforcer les dispositions actuelles.

33. Si une proposition spontanée implique des droits exclusifs de propriété intellectuelle, les dispositions actuelles permettent à l'autorité contractante de négocier directement avec son auteur, même s'il est recommandé, de manière générale, de chercher à introduire une concurrence, dans la mesure du possible. Les spécialistes notent que si la proposition concerne une IFP ou un PPP, les lois relatives à la passation des marchés pourront s'appliquer, bien qu'elles autorisent généralement les négociations directes (les chevauchements potentiels entre les lois relatives à la passation de marchés et celles relatives aux PPP sont décrits dans la première partie du présent document). Ils ajoutent qu'on aura, en ce qui concerne ce type de proposition spontanée, besoin de précisions supplémentaires.

34. Les spécialistes concluent, après une décennie d'expérience, que sur ce point, les dispositions des instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé se sont globalement révélées pertinentes et efficaces. Ils ne recommandent pas de modifier fondamentalement, mais de consolider et de renforcer légèrement les dispositions des trois instruments, et de les actualiser au besoin pour tenir compte de l'évolution de la pratique. Il s'agit notamment, outre les points mentionnés ci-dessus, des nouvelles procédures utilisées pour déterminer si une proposition relève de l'intérêt général et est "unique" dans le sens qu'elle implique des technologies ou des concepts nouveaux, y compris des freins et contreponds institutionnels. En ce qui concerne les procédures de traitement des propositions spontanées, on pourra également aborder, dans un texte futur, des questions telles que le "défi suisse", fait d'offrir à l'auteur de la proposition initiale une prime ou le

⁵ Voir, par exemple, la "Charte du dialogue compétitif", IGD janvier 2007, disponible à l'adresse www.fondation-igd.org/files/pdf/La%20Charte%20du%20dialogue%20competitif%203.pdf, et le Chapitre V du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

remboursement des coûts d'élaboration de cette proposition (ou le fait de financer l'auteur de la proposition initiale pour mener une procédure de sélection).

4. L'accord de projet et l'exécution

i) Dispositions législatives ou contractuelles

Principales Recommandations concernant la législation: 12 et 40

Dispositions législatives types: 28

Guide législatif: Section A, "Dispositions générales de l'accord de projet", chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet"

35. La sécurité juridique est reconnue comme une condition préalable à l'investissement dans les partenariats public-privé. Les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé indiquent ce qui peut figurer dans un accord et notent que les prescriptions législatives afférentes au contenu d'un accord varient d'un État à l'autre. Les arguments qui plaident pour l'élaboration de dispositions législatives sont notamment la cohérence et la réduction de l'étendue et de la longueur des négociations, et ceux avancés pour l'élaboration de dispositions contractuelles sont, entre autres, une plus grande souplesse dans les négociations.

36. L'avis des spécialistes diverge sur la question de savoir où se situe le juste équilibre entre ces approches. En revanche, ils conviennent que dans les systèmes juridiques, la liberté contractuelle est jugée essentielle pour les opérations commerciales, mais que des limites doivent être imposées pour protéger la partie plus faible à ces opérations et l'intérêt général. De telles limites existent depuis de nombreuses décennies, comme les clauses de limitation de responsabilité de la partie en défaut, la protection des consommateurs (domaine de droit qui gagne en importance en Europe, notamment, et qui peut prévoir la protection de l'utilisateur final d'un service public) et les limites imposées à la privatisation et aux droits de pleine propriété au moyen de mécanismes d'achat obligatoire. On trouve de telles dispositions dans des systèmes aussi bien de *common law* que de droit romano-germanique, indépendamment de la question de savoir si le droit des contrats est codifié et s'il existe un ensemble de règles distinctes régissant les accords contractuels conclus entre les secteurs privé et public.

37. Il est généralement admis que des principes juridiques généraux contraignants, établis à l'avance et communiqués à toutes les parties prenantes, et des principes fondamentaux relatifs à l'interprétation des contrats sont indispensables pour assurer le succès de la plupart des partenariats public-privé⁶. En raison de la longue

⁶ Voir, par exemple, "A new approach to public private partnerships", HM Treasury (Royaume-Uni), décembre 2012, disponible à l'adresse https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/205112/pf2_infrastructure_new_approach_to_public_private_partnerships_051212.pdf; et "Infrastructure productivity: How to save \$1 trillion a year", McKinsey Global Institute, janvier 2013, disponible à l'adresse http://www.mckinsey.com/insights/engineering_construction/infrastructure_productivity, qui souligne le rôle important que les fonds de pension pourraient jouer dans le financement de projets d'infrastructure publique et les partenariats public-privé si un cadre juridique approprié et de bonnes pratiques étaient en place.

durée de ces partenariats, il est nécessaire d'avoir des dispositions contractuelles qui régissent des questions comme le droit de l'autorité contractante de modifier les conditions du contrat ou de résilier le contrat, les dommages et intérêts en cas de situation économique inédite et les procédures exceptionnelles obligatoires en cas d'interruption des services publics. Les principales caractéristiques d'un service public et sa portée jouent parfois un rôle central (notamment en ce qui concerne la tarification, la non-discrimination, la continuité et l'adaptation de ces services).

38. Par ailleurs, le risque d'imposer une restriction contractuelle inutile est reconnu, même s'il est atténué par le fait que les parties aux partenariats public-privé doivent toujours être en mesure de prouver que leur accord répond à l'intérêt de la collectivité et, au-delà, à l'intérêt général. Cette notion correspond parfois à un "permis social d'exploitation" (notamment dans le secteur minier)⁷.

39. Par conséquent, les solutions proposées varient en fonction, notamment, des différentes considérations à prendre en compte dans les partenariats public-privé par concession et les projets d'infrastructure à financement privé/partenariats public-privé par concession. Dans ces types de partenariat, la mauvaise expérience, en particulier des pays en développement, donne à penser que les négociations ne sont ni faciles, ni simples: de nombreuses clauses, essentielles au succès à long terme de cette collaboration, sont également contraires au droit des contrats et à la culture juridique de l'autorité contractante. Dans les projets d'infrastructure à financement privé/partenariats public-privé, en revanche, les aspects financiers font que de nombreuses dispositions contraignantes ou interprétatives du droit des contrats publics ne sont pas absolument indispensables au succès à long terme de ces projets sous réserve, toutefois, que le climat d'investissement et les règles de protection des investissements répondent à certaines normes.

40. Les spécialistes estiment que les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé contiennent de nombreux éléments qui pourraient constituer la base de dispositions législatives relatives aux clauses contractuelles, notamment les Recommandations concernant la législation et les Dispositions législatives types relatives aux obligations du concessionnaire, la durée et la prorogation du contrat, l'indemnisation en cas de changements dans la législation, la révision du contrat, la résiliation par l'autorité contractante, la perception des redevances et leur ajustement, le traitement et le transfert de biens, le transfert d'un intérêt majoritaire, etc. Malgré la nécessité de dispositions supplémentaires, les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé fournissent, englobant une partie importante des droits et obligations de tout accord viable de partenariat public-privé, suffisamment d'éléments et de données d'expérience pour permettre de définir des principes plus ou moins universels propres à assurer le succès de tels partenariats.

⁷ Voir, par exemple, "Conflict and Coexistence in the Extractive Industries", Chatham House, novembre 2013, disponible à l'adresse <http://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/195670>.

ii) *Litiges naissant après l'attribution du marché*⁸

Recommandations concernant la législation 69 à 71

Dispositions législatives types: 49, 50 et 51

Guide législatif: Point E.6, "Recours contre les décisions de l'organisme de réglementation", chapitre I "Cadre législatif et institutionnel général"; et chapitre VI "Règlement des différends"

41. La question du règlement des litiges a été relevée par la Commission en 2012, et il a également été dit 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 que les travaux futurs sur le règlement des litiges devraient tenir compte des suggestions faites lors du Congrès 2007 de la CNUDCI, qui portait sur le thème "Un droit moderne pour le commerce mondial" (Vienne, 9-12 juillet 2007)⁹.

42. Les principales recommandations formulées lors de ce Congrès portaient notamment sur le renforcement des capacités locales de règlement des litiges relatifs aux partenariats public-privé, et sur l'élaboration d'une loi type qui prévoit des mécanismes de prévention et de règlement des litiges. Un autre moyen de prévenir les litiges serait de donner aux investisseurs la possibilité de formuler des observations sur l'élaboration des règles et règlements qui s'appliquent à eux.

43. Les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé recommandent de régler les litiges qui opposent l'autorité contractante et le concessionnaire dans l'accord de projet, de mettre en place un mécanisme qui permette de traiter les réclamations des clients et des utilisateurs, et de donner au concessionnaire et aux autres parties à un projet la possibilité de choisir librement leur mécanisme de règlement des litiges.

44. Lors du Congrès, il a été noté que les recommandations ci-dessus et les orientations formulées dans le Guide législatif étaient insuffisantes pour faire face aux différents types de litige susceptibles de naître de partenariats public-privé. En raison de la structure de ces partenariats, présentée dans la section de la première partie du présent document relative aux conflits d'intérêts, il est conclu une grande diversité d'accords juridiques, souvent liés entre eux: accords de projet, accords de parrainage/participation, accords d'emprunt, accords sur la conception, la construction et l'exploitation d'une structure, accords de consortium et de sous-traitance, etc.

45. Le rapport du Colloque 2013 a également noté que les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé ne traitaient pas suffisamment les différents groupes d'accords conclus dans les partenariats public-privé. Il a été souligné que la complexité juridique qui en résultait créait un important risque de litige, qui pouvait se déplacer d'un accord à un autre. Il a été noté que les litiges qui n'étaient pas traités de manière appropriée dans les instruments relatifs aux projets

⁸ Pour les litiges naissant avant l'attribution du marché, voir la section consacrée aux mécanismes de contestation et de recours.

⁹ Voir les Actes du Congrès, Chapitre V; disponible (en anglais seulement) à l'adresse www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf.

d'infrastructure à financement privé étaient, par exemple, ceux qui naissent entre des organismes de réglementation et des opérateurs, et entre l'entité ad hoc, ses contractants et ses sous-contractants (notamment sur la conception et des éléments de construction). Ces litiges peuvent naître après l'attribution d'un marché lors de la conclusion de l'accord de projet et d'accords connexes, pendant la phase de construction, pendant la phase d'exploitation et à la fin d'un projet.

46. Il a été estimé que les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé ne tenaient pas suffisamment compte de la complexité des mécanismes de règlement des litiges dans les partenariats public-privé: ils ne soulignent pas assez le rôle primordial que jouent la loi applicable (et le choix de cette loi lors de l'élaboration du projet), les règlements d'arbitrage et l'instance de règlement des litiges, ainsi que leur interaction.

47. Le Colloque 2013, notant les résultats mitigés obtenus en matière d'arbitrage international, a également exhorté à trouver un meilleur équilibre dans le traitement de l'arbitrage international et du règlement des litiges à l'échelle nationale. Les principaux problèmes désignés ont été la diversité des traités d'investissements et la multitude des instances, affaires et règlements d'arbitrage international, ainsi que l'exécution insuffisante des sentences arbitrales internationales. Le renforcement des capacités locales de règlement des litiges devrait être au cœur des instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé. Au Congrès et ultérieurement, les spécialistes ont recommandé au secrétariat de tenir compte, dans tout texte législatif sur les partenariats public-privé, du développement de certaines formes d'arbitrage impliquant les gouvernements, notant toutefois qu'on s'est inquiété que dans certains États, l'arbitrage impliquant un État en tant qu'entité souveraine était interdit, et qu'il faudrait tenir compte des liens qui s'établiraient entre un mécanisme de partenariat public-privé et la réglementation des investissements.

48. Au Congrès, il a été dit qu'il fallait mettre en place un "régime national efficace de prévention et de règlement des différends entre l'organisme de réglementation et l'exploitant". Si ce régime s'appuyait, pour l'essentiel, sur les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé, il a été estimé que le Guide législatif ne mettait pas concrètement l'accent sur les mécanismes de règlement des litiges, et que le rôle de la réglementation dans la prévention et le règlement des litiges était sous-estimé.

49. Par conséquent, et compte tenu des points susmentionnés, il a été suggéré de rendre obligatoire un tel régime qui régirait tous les éléments des partenariats public-privé. Les questions soulevées à cet égard lors du Colloque 2013 ont notamment été les suivantes: a) assurer l'expérience, les compétences et l'expertise nécessaires à l'appareil judiciaire pour régler les questions complexes que posent les partenariats public-privé; b) remédier aux inefficacités des systèmes judiciaires; c) remédier au manque d'indépendance; d) assurer l'accessibilité (les procédures pourraient être discriminatoires, privilégiant les entités nationales au détriment d'investisseurs étrangers); et e) veiller à l'exécution nationale des décisions internationales. La nécessité de mettre en place un mécanisme de règlement des litiges a été mentionnée lors du Congrès et examinée lors des consultations d'experts menées avant le présent Colloque. Ce dernier voudra peut-être se demander si les enseignements tirés par les États qui ont créé des instances spéciales

chargées de connaître des litiges devraient être pris en considération (les données d'expérience fournies au secrétariat sont, au mieux, mitigées).

50. Un tel régime permettrait également d'éviter des décisions contradictoires et d'autres problèmes liés à des litiges parallèles et concurrents; pour cela, il faudrait que les décisions rendues par l'instance envisagée lient toutes les parties concernées, et que toutes les parties intéressées soient en mesure de participer. Il faudrait, compte tenu de la diversité des parties, traiter les conflits d'intérêts qui naissent pendant une procédure, tout comme la nécessité d'assurer l'indépendance dans la nomination des membres de l'instance et de son fonctionnement et d'adopter des normes de conduite appropriées.

51. Il a été dit au Congrès qu'il faudrait que la CNUDCI étudie des dispositions ou des orientations législatives qui répondent à ces questions; le Colloque voudra peut-être envisager de tenir compte de ces aspects dans un futur texte sur les partenariats public-privé.

5. Autres questions

i) *Transparence*

Recommandation concernant la législation 1

Dispositions législatives types: 1

Guide législatif: Point A, "Introduction", sous "Introduction et informations générales sur les projets d'infrastructure à financement privé"; Point B.1 a), "Transparence", Point D.2, "Mesures visant à faciliter la délivrance de licences et de permis", Point E.5, "Réglementation: mécanisme et procédures", Chapitre I, "Cadre législatif et institutionnel général"; Chapitre III, "Sélection du concessionnaire"; Point B, "Organisation du concessionnaire", Point G, "Transfert d'un intérêt majoritaire dans la société de projet", Point J.1 a), "Choix des sous-traitants", Chapitre IV, "Construction et exploitation de l'infrastructure: cadre législatif et accord de projet"; Point C, "Prorogation de l'accord de projet" et Point D, "Résiliation", in Chapitre V, "Durée, prorogation et résiliation de l'accord de projet"; Point B.9, "Droit fiscal", et Point 14, "Mesures anticorruption", Chapitre VII, "Autres domaines pertinents du droit"

52. Le Colloque 2013 a noté qu'il importait d'assurer la transparence tout au long des projets de partenariat public-privé, et pas seulement pendant le processus de sélection. On a mentionné, par exemple, qu'il fallait assurer la transparence du transfert de ressources du secteur public à l'exploitant du projet pendant la période opérationnelle. Le présent Colloque voudra peut-être noter qu'à cet égard, certains aspects des travaux de la CNUDCI sur la transparence dans les litiges entre investisseurs et États sont pertinents. Le règlement de la CNUDCI sur ce sujet souligne l'importance que revêtent, pour la bonne gouvernance, la transparence, la mise en place d'un cadre réglementaire prévisible et le rôle que jouent ces éléments pour ce qui est d'encourager l'investissement et, partant, le développement durable, le droit d'accès du public aux informations¹⁰ et l'établissement de liens avec les

¹⁰ Droit reconnu par les tribunaux internationaux, notamment dans les affaires *Claude Reyes c. Chili* (2006) (Cour interaméricaine des droits de l'homme); *Társaság c. Hongrie* (2009) (Cour européenne des droits de l'homme).

règles et procédures de passation des marchés publics (comme le prévoit la Convention des Nations Unies contre la corruption).

53. Il a été reconnu que si les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé mettaient l'accent sur l'importance générale de la transparence dans le cadre législatif, dans les décisions et procédures réglementaires et administratives, dans le processus de sélection (notamment en ce qui concerne le traitement des propositions spontanées) et dans l'exploitation de l'infrastructure, les autres références à la transparence étaient, pour l'essentiel, une description des dispositions pertinentes de certains systèmes nationaux, notamment sur la transparence de la comptabilité du projet, des décisions administratives relatives au transfert de fonds, et des règles qui régissent le choix des sous-traitants et la prorogation de la durée de la concession. En effet, la seule référence que font à la transparence les Recommandations concernant la législation et les Dispositions législatives types est la recommandation 1, qui prévoit que le cadre constitutionnel, législatif et institutionnel devrait avoir [notamment] pour objectif d'assurer la transparence.

54. L'importance de la transparence pour ce qui est d'assurer la reddition de comptes et la bonne gouvernance est reconnue et appliquée depuis longtemps dans les textes internationaux relatifs à la passation des marchés publics et aux partenariats public-privé. Comme cela a été noté précédemment, la transparence est un principe fondamental de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Dans le contexte des partenariats public-privé, elle est également fondamentale pour encourager la participation du secteur privé aux projets. Les principes de l'OCDE mentionnés plus haut énoncent qu'il faudrait "veiller à ce que la population ait connaissance des coûts, avantages et risques relatifs des partenariats public-privé, [et] mener une démarche active de concertation et de dialogue avec les parties prenantes et faire participer les utilisateurs finals à la définition du projet, puis au suivi de la qualité du service fourni"¹¹.

55. Il a donc été suggéré que tout texte législatif futur sur les partenariats public-privé prévoie des dispositions plus rigoureuses sur la transparence dans tous les domaines susmentionnés, privilégiant des dispositions types plutôt que des orientations. Les exigences de transparence des procédures de sélection pourront s'inspirer des travaux menés dans le domaine de la passation de marchés publics et des dispositions actuelles des instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé. Pour ce qui est de la phase de planification des partenariats public-privé, il a été estimé que le public devait avoir la possibilité de contrôler les décisions qui sous-tendent les plans d'infrastructure et celles relatives à certains projets. Par exemple, et par rapport à la passation de marchés classique, il a été dit que la non-comptabilisation de certains passifs dans les partenariats public-privé décourageait la prise de décisions responsables en ce qui concerne la viabilité financière et avait des incidences négatives sur les possibilités d'emprunt et d'investissement futurs. Le FMI a recommandé de prévoir des exigences de divulgation d'informations sur les aspects financiers des partenariats public-privé¹²;

¹¹ Principe 1, Principes de l'OCDE applicables à la gouvernance publique des partenariats public-privé, voir *supra*.

¹² Voir "PPPs, Government Guarantees and Fiscal Risk", Fonds monétaire international, 2006, disponible à l'adresse <http://www.imf.org/External/Pubs/NFT/2006/ppp/eng/ppp.pdf>.

il a été dit que cette approche permettait de prendre de meilleures décisions sur les questions financières.

56. En définissant clairement les objectifs d'un partenariat public-privé en matière socioéconomique et de développement, on pourra aider à déterminer si ces objectifs ont été atteints ou pas: par conséquent, du fait que les versements aux opérateurs seront probablement fonction de résultats déterminés, il est indispensable d'assurer la transparence de ces résultats pour évaluer objectivement la performance. Les consultations menées avant le présent Colloque ont également souligné qu'il faudrait que tout texte législatif futur examine la mesure dans laquelle les accords de projets devraient être publiés pour favoriser la reddition de comptes. Il a été dit que dans ce contexte, les questions liées à la gouvernance contractuelle dans un pays étaient sensibles, tout comme celle des exceptions nécessaires à l'obligation d'information. Les discussions menées par la CNUDCI sur les exceptions invoquées pour des motifs commerciaux et autres raisons d'intérêt général dans les accords entre investisseurs et État pourront également donner des indications utiles sur la manière d'évaluer les situations dans lesquelles des informations ne devraient pas être divulguées dans le contexte de partenariats public-privé. Concrètement, également, les commentateurs ont indiqué qu'il fallait éviter, en règle générale, de publier des "données zombies"¹³, ce qui risque, en fait, de nuire à la reddition de comptes.

57. Au Colloque 2013, il a été suggéré que la CNUDCI encourage la bonne gouvernance en créant un registre mondial de la transparence où seraient consignés les bilans de l'exploitant, afin que les gouvernements puissent les consulter pour évaluer leurs partenaires potentiels.

58. Le Colloque voudra donc peut-être énoncer les principaux aspects de la transparence qu'il faudrait traiter dans un futur texte législatif relatif aux partenariats public-privé.

ii) *Autres questions*

59. Parmi les autres questions qui, selon les spécialistes, pourraient exiger un examen moins approfondi dans les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé figurent notamment celles de l'autorité habilitée à conclure des partenariats public-privé, de l'insolvabilité et des sûretés suite à la publication de textes de la CNUDCI sur ces sujets¹⁴, de la reddition de comptes et des aspects financiers liés à la viabilité budgétaire, comme la divulgation d'informations sur les partenariats public-privé et leurs passifs éventuels dans les comptes publics (y compris des règles destinées à aider à évaluer les risques, tâche difficile).

¹³ Terme utilisé dans "Public-Private Partnerships (PPPs) in International Development: Are we asking the right questions?", Fonds catholique pour le développement outre-mer (CAFOD), 2013, disponible à l'adresse <http://www.cafod.org.uk/curation/search?SearchText=ppps>.

¹⁴ Voir les textes publiés après 2003, disponibles à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency.html et http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/security.html

6. Conclusions sur les éléments à traiter dans un nouveau texte législatif sur les partenariats public-privé

60. Le Colloque 2013 et les consultations menées depuis la session de 2013 de la Commission ont montré que les spécialistes étaient largement d'accord sur les principales questions qu'il faudrait réexaminer dans les instruments relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé.

61. Le Colloque voudra donc peut-être évaluer et indiquer l'étendue des travaux requis dans ces domaines et dans d'autres qu'il juge pertinents. Il voudra peut-être, également, donner des indications sur l'ampleur et le calendrier possibles d'un programme de travail à mettre en œuvre pour élaborer un texte législatif sur les questions concernées, compte tenu des événements nouveaux qui pourraient survenir. Dans son rapport, il voudra peut-être, enfin, juger approprié de mentionner les arguments sur lesquels se fondent ces conclusions, ainsi que les aléas correspondants.

62. En outre, et compte tenu de la nature préliminaire des recherches et études menées à ce jour, le Colloque voudra peut-être, dans ses recommandations, envisager de souligner qu'il faudrait que le mandat éventuellement confié soit suffisamment souple pour que l'on puisse élaborer un texte législatif sans avoir à demander à nouveau et de manière répétée à la Commission de modifier ledit mandat à mesure que les questions seront examinées.

C. Nature recommandée d'un éventuel texte législatif

63. Au Colloque 2013, l'avis qui a prévalu est que la solution législative idéale de travaux futurs possibles sur les partenariats public-privé serait une loi type, qui offrirait aux législateurs un cadre relativement facile à utiliser et produirait un niveau élevé de prévisibilité et de sécurité juridique (ce qui réduirait la vulnérabilité aux changements politiques de partenariats régis uniquement par des orientations, par exemple). Notant qu'une solution législative ne pourrait régler toutes les questions, le Colloque a encouragé la CNUDCI à préciser les aspects des partenariats public-privé qui seraient traités dans la Loi type et ceux qui seraient examinés dans les orientations qui l'accompagneraient ou dans une autre forme de réglementation. Il a noté, en outre, qu'une loi type aurait notamment pour avantage de fournir un texte souple et non contraignant, intégrant des pratiques optimales convenues au plan international et contenant les principales dispositions requises pour réglementer les types de partenariat public-privé concernés. Une telle loi énoncerait les exigences minimales auxquelles chaque projet doit satisfaire (c'est-à-dire celles pour lesquelles une solution législative conviendrait) et les dispositions qui seraient requises, mais devraient être rédigées distinctement pour chaque projet. Enfin, le Colloque a souligné qu'un Guide pour l'incorporation serait essentiel pour assurer une application et une utilisation efficaces de la Loi type, mais aussi pour fournir des explications sur les options qui y figurent ou sur les éventuels écarts par rapport au modèle.

64. Un autre avis, selon lequel il serait préférable d'actualiser le Guide législatif plutôt que d'élaborer une loi type, a reçu un certain appui lors du Colloque. Les motifs avancés étaient notamment une résistance politique historique au fait que la CNUDCI engage des travaux dans des domaines qui ne relèvent pas de sa

compétence de base (institutions des États adoptants, notamment), les inquiétudes exprimées quant à la complexité du sujet et la nécessité de préserver une importante souplesse. Il a donc été noté que les orientations analytiques qu'un guide législatif pourrait offrir aideraient à identifier et à éliminer les obstacles à des partenariats public-privé efficaces.

65. La forme d'un texte législatif sur les partenariats public-privé a donc été un élément important des consultations menées avant le Colloque. Tandis que la majorité des spécialistes a continué de privilégier une loi type accompagnée d'un guide pour l'incorporation, il a été exprimé, en ce qui concerne son élaboration, les préoccupations suivantes. Ces préoccupations touchent, d'une part, aux lois types d'une manière générale et, d'autre part, aux partenariats public-privé.

66. Les principales préoccupations exprimées en ce qui concerne les lois types en général ont porté sur la difficulté de les adapter aux conditions locales, sans compromettre leur utilité, mais aussi sur la tentation de copier une loi type dans la législation locale sans l'adapter. Si ces questions semblent diamétralement opposées, elles soulèvent toutes deux la question de la transférabilité: le cadre juridique, social, économique, culturel et politique rend-il l'utilisation d'une loi type inefficace? Pour répondre à cette question, le Colloque voudra peut-être tenir compte de l'expérience que la CNUDCI a acquise en promouvant l'utilisation de lois types dans divers domaines, notamment de celle qu'elle a acquise récemment en publiant des guides plus complets pour l'incorporation de ses lois types.

67. En ce qui concerne les institutions de l'État adoptant, l'expérience récemment acquise par la CNUDCI en matière de droit de l'insolvabilité, de passation des marchés publics et de sûretés¹⁵ ainsi que les consultations menées avant le présent Colloque montrent que les institutions nationales qui étaient auparavant jugées sensibles sur le plan politique et ne relevant pas nécessairement des principaux domaines de compétence de la CNUDCI sont aujourd'hui considérées comme entrant dans son champ d'action.

68. En ce qui concerne les partenariats public-privé, il a été soulevé les questions suivantes:

Le processus de sélection, s'il s'inspirait des procédures de passation de marché classiques, ne serait pas assez souple pour les partenariats public-privé. À cet égard, le Colloque voudra peut-être examiner à la fois les observations formulées à ce sujet lors du Colloque 2013 et les questions soulevées plus haut dans la section consacrée aux procédures de sélection;

Les lois modernes relatives aux partenariats public-privé comprennent, sur la hiérarchisation et l'élaboration de projets et d'autres aspects de la planification, des dispositions qu'il serait difficile d'incorporer dans une loi type sur les partenariats public-privé. Ici également, le Colloque voudra peut-être examiner les questions soulevées plus haut dans la section consacrée à la planification et à l'élaboration du projet;

On s'est généralement inquiété de ce qu'une volonté de "couper et coller" la Loi type, associée à la nécessité de tenir compte de diverses autres lois pertinentes sur les partenariats public-privé, ne crée un cadre législatif

¹⁵ Voir également, le document de travail du Colloque 2013, *supra*, par. 35.

incohérent et inefficace. À cet égard, le Colloque voudra peut-être établir une distinction entre les lois qui seraient pertinentes pour les grands projets d'infrastructure et celles qui le seraient pour les partenariats public-privé. Les premières doivent être prises en compte lors de la passation de marchés publics et ont donc été traitées dans les travaux de la CNUDCI consacrés à ce sujet (notamment dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type sur la passation des marchés publics); elles n'ont pas, précédemment, suscité la même préoccupation. Les secondes englobent le droit constitutionnel, les lois de privatisation, le droit des sociétés, le droit des sûretés, le droit de l'insolvabilité, les modifications apportées à la législation, les questions liées aux contrats à long terme (notamment aux différentes clauses contractuelles) et celles d'ordre financier et relatives aux investissements. Nombre de ces questions sont traitées dans l'actuel guide législatif comme cela est indiqué plus haut dans la section consacrée aux autres lois pertinentes, et le Colloque pourra estimer qu'il faudrait qu'elles continuent de faire l'objet d'orientations et non d'une loi type. Dans ce cas, il conviendra de déterminer si ces questions sont tellement vastes qu'une loi type ne suffirait pas à assurer le succès des partenariats public-privé.

69. Le rapport du Colloque 2013 a également noté la nature non contraignante des lois types, des guides législatifs et des guides pour l'incorporation, et conclu qu'une mise à jour du guide législatif ne permettrait pas, à elle seule, de fournir le cadre facile à utiliser mentionné précédemment.

70. Le présent Colloque voudra donc peut-être examiner à nouveau la question de l'absence de consensus sur le type de texte législatif recommandé, qui est l'un des problèmes que la Commission a soulevé lorsqu'elle a demandé au secrétariat de mener des travaux préparatoires avant qu'elle ne décide de confier le thème des partenariats public-privé à un groupe de travail.

D. Importance des travaux futurs possibles pour les partenariats public-privé

71. La Commission a souscrit à la conclusion du Colloque 2013 selon laquelle les partenariats public-privé sont devenus un outil important "pour ce qui est d'obtenir des ressources pour des infrastructures et d'autres projets de développement, aux niveaux international et régional, pour les États à tous les stades de développement"¹⁶. L'avis de la Commission fait écho aux déclarations faites par les chefs d'État et de gouvernement et les représentants de haut niveau à la Conférence des Nations Unies sur le développement durable (Sommet Rio+20), qui ont considéré "que le développement durable suppose une participation active du secteur public comme du secteur privé" et reconnu "que la participation active du secteur privé, notamment dans le cadre des partenariats public-privé, qui constituent

¹⁶ Rapport sur les travaux de la quarante-sixième session, document A/68/17, par. 36.

un outil précieux, peut contribuer au développement durable”¹⁷. La Déclaration de Rio+20:

Réaffirme “que le commerce international est un moteur du développement et d’une croissance économique soutenue, et que l’existence d’un système commercial multilatéral universel, réglementé, ouvert, non discriminatoire et équitable, assorti d’une véritable libéralisation des échanges, peut stimuler de façon déterminante la croissance économique et le développement dans le monde entier, au profit de tous les pays, quel que soit leur stade de développement, alors qu’ils progressent vers le développement durable”¹⁸; et

Soutient “la mise en place de cadres nationaux de réglementation et de politiques publiques qui permettent aux entreprises commerciales et industrielles d’adopter des initiatives en matière de développement durable, en tenant compte de leur responsabilité sociale”¹⁹.”

72. À la session de 2013 de la Commission, les délégations ont insisté sur l’importance des questions de la promotion du développement économique et social durable et de l’état de droit dans l’évaluation du rang de priorité à attribuer aux sujets²⁰. Comme cela est noté plus haut, l’importance des partenariats public-privé pour ce qui est de favoriser la responsabilité sociale, les projets destinés aux pauvres et, plus généralement, le développement durable a été mise en avant lors du Colloque 2013.

73. Comme cela a été noté dans la première partie du présent document, la Commission examinera s’il convient ou non de confier un mandat d’élaborer un texte législatif sur les partenariats public-privé en tenant compte non seulement des mérites techniques d’une recommandation faite en ce sens, mais aussi d’autres travaux recommandés. À ses deux dernières sessions, en 2012 et 2013, la Commission a noté, en ce qui concerne la hiérarchisation des sujets, les points suivants:

L’importance d’identifier les utilisateurs potentiels d’un texte élaboré;

La nécessité d’exprimer l’importance de l’élaboration d’un texte et de l’exécution de cette tâche par la CNUDCI dans le contexte de l’ONU;

L’utilité de disposer, face aux événements mondiaux, aux développements technologiques et à l’évolution des pratiques commerciales, d’une approche stratégique (partenariats public-privé, fourniture de services publics par le secteur privé, contrats financiers et insolvabilité des consommateurs, par exemple);

La nécessité de définir le niveau de priorité que les États attachent à ces travaux;

¹⁷ Voir par. 46, “L’avenir que nous voulons”, adopté à Rio de Janeiro en juin 2012, au Sommet Rio+20 (résolution 66/288 de l’Assemblée générale), disponible à l’adresse <http://www.un.org/fr/sustainablefuture/>

¹⁸ Ibid., par. 281.

¹⁹ Ibid., par. 46.

²⁰ Rapport sur les travaux de la quarante-sixième session, voir *supra*, par. 297.

La nécessité de quantifier l'incidence économique ou la nécessité de ces travaux;

La nécessité d'éviter de créer des groupes de travail de facto permanents;

La nécessité d'assurer la souplesse que la CNUDCI doit conserver pour s'adapter à de nouvelles priorités;

La nécessité d'examiner les travaux d'autres organisations pouvant intéresser les travaux futurs de la Commission²¹.

74. À sa session de 2013, la Commission a souligné que “la mesure dans laquelle un texte législatif envisagé appuierait le développement du droit commercial international au sens du mandat confié à la CNUDCI par l'Assemblée générale devrait être le principal critère guidant la Commission dans sa décision de se saisir ou non d'un sujet donné²².” Appliquant ces considérations générales à ses travaux futurs, elle a souligné, lors de l'attribution du mandat au Groupe de travail I, qu'il importait d'éliminer “les obstacles juridiques que rencontrent les micro-, petites et moyennes entreprises tout au long de leur cycle de vie, en particulier dans les économies en développement” (voir également la section consacrée aux partenariats public-privé avec des petits opérateurs privés dans la première partie du présent document et celle consacrée aux préférences nationales, plus haut)²³.

75. Le Colloque voudra peut-être aider la Commission à délibérer en mettant en avant, dans son rapport, des considérations factuelles afférentes à ces questions.

²¹ Voir, pour la quarante-cinquième session de la Commission, en 2012, les documents suivants: “Une orientation stratégique pour la CNUDCI”, A/CN.9/752, par. 19 à 22, disponible à l'adresse <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/sessions/45th.html> et A/CN.9/752/Add.1, par. 24 (accessible à la même adresse), qui note “le rôle et l'utilité des travaux [menés par la CNUDCI] au sein des Nations Unies et dans le domaine du commerce international. Le rôle et l'utilité de la CNUDCI peuvent se mesurer par référence à l'action et aux priorités de l'ONU, des communautés de donateurs et des priorités des gouvernements nationaux. Des faits importants tels que la Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement (2005) et les principales préoccupations internationales – lutte contre la corruption, crise financière mondiale de 2008, situations de conflit ou d'après-conflit – détermineront les priorités de ces organismes”. Voir, également, la Section IV.B (“Hiérarchisation des domaines thématiques”) des “Travaux futurs prévus et travaux futurs possibles”, document établi pour la quarante-sixième session de la Commission, en 2013 (A/CN.9/774), disponible à l'adresse <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/sessions/46th.html>.

²² Rapport sur les travaux de la quarante-sixième session, voir *supra*, par. 297.

²³ *Ibid.*, par. 321.