

CEE-ONU

**Norme relative au cadre juridique des concessions
et des partenariats public-privé axés sur la réalisation
des objectifs de développement durable
et son guide d'accompagnement**



NATIONS UNIES

COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'EUROPE DES NATIONS UNIES

Norme relative au cadre juridique
des concessions et des partenariats
public-privé axés sur la réalisation
des objectifs de développement
durable et son guide
d'accompagnement



NATIONS UNIES

Genève, 2023

NOTE

Les demandes de reproduction ou de photocopie d'extraits de la présente publication doivent être adressées au Copyright Clearance Center depuis le site Web : copyright.com.

Pour tout autre renseignement concernant les droits et licences, y compris les droits dérivés, s'adresser à :

United Nations Publications
405 East 42nd Street
S-09FW001, New York, NY 10017
États-Unis d'Amérique

Courriel : permissions@un.org

Site Web : <https://shop.un.org>

Les observations, interprétations et conclusions exprimées dans la présente publication sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement les vues de l'Organisation des Nations Unies, de ses fonctionnaires ou des États Membres.

Les appellations employées dans la présente publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites. En particulier, les frontières figurant sur les cartes n'impliquent aucune approbation officielle de la part de l'Organisation des Nations Unies.

Le présent document est publié en anglais, français et russe.

ECE/CECI/35

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

eISBN : 978-92-1-358556-6

© 2023 Nations Unies

Tous droits réservés dans le monde entier

Publication des Nations Unies établie
par la Commission économique pour l'Europe

AVANT-PROPOS

À la CEE, nous savons que les fonds privés, en particulier dans les pays à revenu faible et intermédiaire, jouent un rôle central dans les progrès vers la réalisation du Programme 2030 et des cibles connexes des objectifs de développement durable (ODD). Les partenariats public-privé (PPP) durables et résilients sont des vecteurs essentiels de mobilisation des investissements privés pour concrétiser les ambitions du Programme 2030.

L'ODD 9 établit la nécessité de mettre en place des infrastructures résilientes et de promouvoir une industrialisation inclusive et durable, afin que les pays puissent disposer de technologies fonctionnelles, innovantes et durables qui leur permettront de promouvoir et de protéger le bien-être de leur population et de leur économie. Cet objectif ambitieux suppose des investissements massifs et porteurs de transformation, que le secteur public n'est pas en mesure d'assumer à lui seul. Il sera d'une importance stratégique de nouer des partenariats avec le secteur privé pour enclencher une dynamique de changement.

La CEE promeut des partenariats public-privé axés sur la réalisation des ODD, dans lesquels la durabilité occupe une place centrale. Un modèle de PPP attrayant pour le secteur privé et répondant concrètement à l'évolution des besoins de nos communautés permet de garantir l'établissement de partenariats à l'épreuve du temps et conformes aux objectifs nationaux et internationaux d'ensemble en matière d'ODD. Un modèle de PPP moderne et axé sur l'être humain peut préserver l'accès de tous aux services essentiels, tout en s'inscrivant dans la nécessité de mener des actions de plus grande envergure pour la réalisation des ODD.

À l'appui de ces partenariats, la CEE a élaboré une série de principes directeurs destinés à aider les pouvoirs publics à concevoir et à mettre en œuvre des PPP contribuant effectivement à la durabilité. Ces principes directeurs reposent sur l'intégration de cadres juridiques inclusifs, l'objectif étant de démontrer l'impact de ces partenariats sur le développement et leur potentiel.

La Norme relative au cadre juridique des concessions et des partenariats public-privé axés sur la réalisation des objectifs de développement durable et son guide d'accompagnement se veulent des instruments pragmatiques permettant de répondre aux besoins des personnes et des communautés et de fixer des règles de participation pour le secteur privé, afin de contribuer de manière significative à la mise en place d'infrastructures durables.

Je suis convaincue que cette norme sera une aide précieuse pour les États membres engagés dans l'amélioration de leur cadre juridique en matière de PPP à l'appui de projets d'infrastructure verts, circulaires, résilients aux changements climatiques, inclusifs et financièrement viables. Sur demande, le secrétariat de la CEE est prêt à aider les États membres dans la mise en œuvre de cette norme, en menant des actions de renforcement des capacités et en assurant des services consultatifs.



Tatiana Molcean

Secrétaire générale adjointe de l'Organisation des Nations Unies
Secrétaire exécutive de la Commission économique pour l'Europe

PRÉFACE

L'élaboration de la *Norme relative au cadre juridique des concessions et des partenariats public-privé axés sur la réalisation des objectifs de développement durable* et son guide d'accompagnement a été de loin le projet le plus stimulant que le Groupe de travail des partenariats public-privé ait mené à ce jour.

Je suis très fier que, sous ma direction et avec le soutien d'experts internationaux, le Groupe de travail et son très actif Bureau aient mené à bien les travaux sur la Norme. Celle-ci a d'abord été approuvée par le Groupe de travail, puis par son organe de tutelle, le Comité de l'innovation, de la compétitivité et des partenariats public-privé, qui a recommandé sa publication et son utilisation sur une base volontaire dans les États membres.

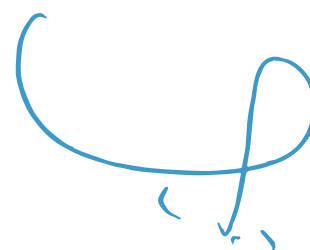
La Norme introduit pour la première fois dans un texte juridique l'approche des « PPP axés sur la réalisation des ODD » de la CEE, en insistant sur la « valeur ajoutée attendue pour la population » : la valeur ajoutée nette globale d'un projet de PPP pour les consommateurs, les pouvoirs publics, le pays d'accueil et le grand public, compte tenu de la quantité et de la qualité à long terme des services fournis, du coût du cycle de vie et des avantages pour l'économie tout au long de la durée de vie de l'infrastructure, notamment les coûts et avantages financiers, environnementaux et sociaux, conformément aux Principes directeurs relatifs aux PPP axés sur la réalisation des ODD.

Deux caractéristiques majeures distinguent, à mon sens, cette Norme d'autres textes juridiques :

- Premièrement, la Norme constitue un document complet, aisément transposable par les États membres dans leur législation nationale. Elle établit le cadre juridique des PPP et des contrats qui leur donnent effet, conformément aux principes directeurs de la CE ;
- Deuxièmement, et c'est une nouveauté, la Norme introduit de manière exhaustive les ODD dans un texte juridique relatif aux PPP, permettant ainsi aux pays de s'assurer que leurs projets de PPP contribuent à la réalisation du Programme 2030.

Je remercie tous les États membres pour leur participation active à l'élaboration de la Norme. Je sais également gré à mes collègues membres du Bureau et aux observateurs pour le travail rigoureux et diligent qu'ils ont accompli durant plusieurs années pour maintenir ce projet sur la bonne voie. Je tiens par ailleurs à exprimer ma reconnaissance aux nombreux spécialistes et organisations internationales énumérés ci-dessous, qui ont consacré leur temps et leur expertise à l'élaboration de la présente Norme et du guide qui l'accompagne. Enfin, je tiens à remercier le secrétariat de la CEE pour son action de facilitation et ses conseils, ainsi que pour les orientations et l'expertise fort utiles qu'il a fournies tout au long du processus.

J'espère que cette Norme et le guide qui l'accompagne inciteront les États membres à réaliser des projets de PPP de grande qualité axés sur la réalisation des ODD.



George Katapodis

Président du Groupe de travail des partenariats public-privé

REMERCIEMENTS

La Norme relative au cadre juridique des concessions et des partenariats public-privé axés sur la réalisation des objectifs de développement durable et son guide d'accompagnement ont été élaborés sous les auspices du Bureau du Groupe de travail des partenariats public-privé, dirigé par George Katapodis (Grèce), grâce à la contribution substantielle de spécialistes internationaux.

Le Bureau exprime sa gratitude aux deux chefs d'équipe, Christopher Clement-Davies et Marc Frilet, ainsi qu'aux spécialistes suivants (par ordre alphabétique) pour leurs contributions substantielles à cette publication : Motoko Aizawa, Amer Al Adhadh, Amanullah Aman, Saidi Amiri, Primah Atungonza, Jean-Christophe Barth-Coullaré, Wilfried Bassale, Patrick Blanchard, Tomás Brizuela, Louis Buchman, Julio César Bueno, Raushana Chaltabayeva, Shaimerden Chikanayev, Rubayet Choudhury, Roman Churakov, Anthony Coumidis, John Crothers, Predrag Cvetkovic, Giovannella D'Andrea, Bruno de Cazalet, Laure Deron, Natalia Diatlova, Alexander Dolgov, Fred Einbinder, Daniel Escauriza, Roger Fiszelson, Marc Fornacciari, Dominique Gatel, Richard Ginks, Bill Halkias, Sulaiman Hallal, Thomas Hamerl, Carla Hancock, Roberto Hernández-García, Gregory Hummel, Louise Huson, Rufin Serge Wilfrid Itoba, Tomasz Jedwabny, Daler Jumaev, Vicky Kefalas, Vladimir Kilinkarov, Tham Lai Leng, Shijian Liu, Veronica Lupu, Atef Majdoub, Konstantin Makarevich, Bertrand Marchais, Svetlana Maslova, Ian McGrath, Marija Mušec, Sreejith Narayanan, Jörg Nowak, Rafael Pérez Feito, James Perry, Vincent Piron, Manuel Protásio, Olga Revzina, Peter Rowen, Anastasia Rusinova, Guillaume Sauvaget, Chris Shugart, George Smyrnioudis, Irina Viktorovna Taranova, Wim Timmermans, Richard Touroude, Eleni Tyrogianni, Maude Vallée, Marius van Aardt, David Joachim Lubbertus van Ee, Arent van Wassaer, Marianne Viola, Scott Walchak, Don Wallace, Lars Wellejus, Parwana Zahib-Majed, Irina Zapatrina et Alexei Zverev.

Le Bureau remercie également la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), le Centre international d'excellence spécialisé dans les politiques, lois et institutions relatives aux PPP, ainsi que la World Association of PPP Units and Professionals (WAPPP) et notamment son président, Ziad Hayek, pour le soutien apporté à l'élaboration de la Norme et à la finalisation du guide qui l'accompagne.

Le Bureau tient également à remercier les membres du Bureau et les observateurs suivants pour leur contribution : Steven van Garsse (Belgique), Frédéric Bobay (France), Arthur Smith (États-Unis d'Amérique) et Doris Chevalier (observatrice du Bureau).

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	I
PRÉFACE	II
REMERCIEMENTS	III
Norme relative au cadre juridique des concessions et des partenariats public-privé axés sur la réalisation des objectifs de développement durable	1
PRÉAMBULE.	1
Chapitre I. Dispositions générales	3
Article 1. Champ d'application de la Norme	3
Article 2. Principaux termes et définitions.	3
Article 3. Règlements et lignes directrices applicables à la mise en œuvre des projets de PPP	7
Article 4. Critères et exigences fondamentales en matière de PPP	8
Article 5. Pouvoir d'attribuer un marché en PPP et de conclure un PPP	9
Article 6. Secteurs et activités ouverts aux PPP	9
Article 7. Parties à un contrat de PPP	9
Article 8. Durée du PPP	10
Chapitre II. Mécanismes institutionnels et rôles	11
Article 9. Unité consacrée aux partenariats public-privé et coordination administrative.	13
Article 10. Informations relatives aux PPP	16
Chapitre III. Lancement et préparation des PPP	17
Article 11. Lancement, identification et préparation d'un PPP	17
Article 12. Procédures d'évaluation et d'approbation.	21
Article 13. Résolutions de mise en œuvre du PPP	23
Article 14. Propositions spontanées	24
Chapitre IV. Sélection d'un partenaire privé	26
Article 15. Procédures de sélection d'un partenaire privé	26
Article 16. Processus et procédures d'appel d'offres : généralités	28
Article 17. Dossier d'appel d'offres, prescriptions et informations	30
Article 18. Commission d'appel d'offres	31
Article 19. Phases de l'appel d'offres	32
Article 20. Conclusion du contrat de PPP	35
Article 21. Conclusion du contrat de PPP en cas de proposition spontanée	36
Article 22. Négociations directes	37
Article 23. Procédures de réexamen et de contestation	38

Chapitre V.	Contrats de PPP	.39
Article 24.	Principales clauses des contrats de PPP	39
Article 25.	Modification et dénonciation d'un contrat de PPP	43
Article 26.	Biens et questions connexes	45
Article 27.	Types de paiement dans le cadre des contrats de PPP	46
Article 28.	Responsabilité des parties au contrat de PPP	47
Article 29.	Droits de substitution des parties au contrat de PPP	47
Chapitre VI.	Soutien, protections et garanties	.49
Article 30.	Questions diverses relatives à la protection des intérêts des parties dans le cadre du contrat de PPP	49
Article 31.	Soutien gouvernemental et public aux PPP	50
Article 32.	Protection de la prestation du service public et de l'équilibre du contrat	51
Article 33.	Protection des droits et des intérêts des prêteurs et des investisseurs	53
Article 34.	Protection des utilisateurs finals et du grand public	54
Chapitre VII.	Droit applicable et règlement des litiges	.55
Article 35.	Droit applicable	55
Article 36.	Prévention des différends et mode alternatif de règlement des litiges	55
Chapitre VIII.	Mise en œuvre et suivi des PPP	.57
Article 37.	Suivi de la mise en œuvre des PPP et établissement de rapports	57
Article 38.	Base de données et registre des PPP	57
Chapitre IX.	Dispositions transitoires et finales	.58
Article 39.	Entrée en vigueur	58
Article 40.	Textes législatifs invalidés par l'entrée en vigueur de la présente Norme	58
Article 41.	Révisions de conséquence de la législation existante	59
Guide d'accompagnement de la Norme relative au cadre juridique des concessions et des partenariats public-privé axés sur la réalisation des objectifs de développement durable		60
INTRODUCTION ET COMMENTAIRES		60
I. PRÉFACE		60
II. COMMENTAIRES		63
Chapitre I.	Dispositions générales	.65
Article 1.	Champ d'application de la Norme	65
Article 2.	Principaux termes et définitions	66
Article 3.	Règlements et lignes directrices applicables à la mise en œuvre des projets de PPP	67
Article 4.	Critères et exigences fondamentales en matière de PPP	68
Article 5.	Pouvoir d'attribuer un marché en PPP et de conclure un PPP	69
Article 6.	Secteurs et activités ouverts aux PPP	69
Article 7.	Parties à un contrat de PPP	70
Article 8.	Durée du PPP	70

Chapitre II.	Mécanismes institutionnels et rôles	.72
Article 9.	Unité consacrée aux partenariats public-privé et coordination administrative.	.72
Article 10.	Informations relatives aux PPP	.74
Chapitre III.	Lancement et préparation des PPP	.76
Article 11.	Lancement, identification et préparation d'un PPP	.76
Article 12.	Procédures d'évaluation et d'approbation.	.79
Article 13.	Résolutions de mise en œuvre du PPP	.79
Article 14.	Propositions spontanées	.80
Chapitre IV.	Sélection d'un partenaire privé	.81
Article 15.	Procédures de sélection d'un partenaire privé	.81
Article 16.	Processus et procédures d'appel d'offres : généralités	.82
Article 17.	Dossier d'appel d'offres, prescriptions et informations	.83
Article 18.	Commission d'appel d'offres	.84
Article 19.	Phases de l'appel d'offres	.84
Article 20.	Conclusion du contrat de PPP	.86
Article 21.	Conclusion du contrat de PPP en cas de proposition spontanée	.86
Article 22.	Négociations directes	.87
Article 23.	Procédures de réexamen et de contestation	.88
Chapitre V.	Contrats de PPP	.89
Article 24.	Principales clauses des contrats de PPP	.89
Article 25.	Modification et dénonciation d'un contrat de PPP	.91
Article 26.	Biens et questions connexes	.92
Article 27.	Types de paiement dans le cadre des contrats de PPP	.93
Article 28.	Responsabilité des parties au contrat de PPP.	.94
Article 29.	Droits de substitution des parties au contrat de PPP	.94
Chapitre VI.	Soutien, protections et garanties	.96
Article 30.	Questions diverses relatives à la protection des intérêts des parties dans le cadre du contrat de PPP.	.96
Article 31.	Soutien gouvernemental et public aux PPP	.97
Article 32.	Protection de la prestation du service public et de l'équilibre du contrat	.97
Article 33.	Protection des droits et des intérêts des prêteurs et des investisseurs	.99
Article 34.	Protection des utilisateurs finals et du grand public.	100
Chapitre VII.	Droit applicable et règlement des litiges.	101
Article 35.	Droit applicable.	101
Article 36.	Prévention des différends et mode alternatif de règlement des litiges	102
Chapitre VIII.	Mise en œuvre et suivi des PPP.	103
Article 37.	Suivi de la mise en œuvre des PPP et établissement de rapports	103
Article 38.	Base de données et registre des PPP	103
Chapitre IX.	Dispositions transitoires et finales.	104

NORME¹ RELATIVE AU CADRE JURIDIQUE DES CONCESSIONS ET DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ AXÉS SUR LA RÉALISATION DES OBJECTIFS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

Préambule

La présente Norme² a pour objet d'établir le cadre juridique des partenariats public-privé axés sur la réalisation des ODD et des contrats qui leur donnent effet [*dans le pays hôte*], notamment les règles et procédures régissant la sélection, la préparation, l'évaluation, la passation de marchés et la mise en œuvre, les principes contractuels et les dispositions institutionnelles qui leur sont applicables, ainsi que de contribuer à l'exécution ordonnée et coordonnée de ces partenariats. Elle s'applique aux PPP, l'accent étant mis sur les partenariats public-privé axés sur la réalisation des ODD, mais pas aux autres types de relations commerciales ou contractuelles entre les secteurs public et privé.

1 La CEE appelle l'attention sur le fait que la mise en pratique ou la mise en application du présent document peut faire intervenir l'utilisation d'un élément à propos duquel un droit de propriété intellectuelle a été revendiqué. Le présent document est fondé sur les contributions de différents spécialistes, qui ont pris acte du fait que tous les nouveaux droits de propriété intellectuelle ainsi créés appartenaient à la CEE et ont également accepté de renoncer à faire valoir leurs droits de propriété intellectuelle utilisés dans le présent document à l'encontre de toute partie y ayant recours. La CEE ne prend aucune position quant à la réalité, la validité ou l'applicabilité d'un droit de propriété intellectuelle revendiqué ou de tout autre droit censé, selon des tiers, se rapporter à la mise en application du présent document. Elle ne prétend pas avoir mené une enquête ou déployé des efforts pour évaluer de tels droits.

Il est signalé aux utilisateurs que toute revendication présentée par un tiers sur des droits de propriété intellectuelle ayant trait à leur utilisation du présent document sera de leur ressort, et ils sont invités à veiller à ce que l'usage qu'ils en font ne lèse pas les droits de propriété intellectuelle d'un tiers.

La CEE décline toute responsabilité en cas de violation éventuelle d'un droit de propriété intellectuelle revendiqué ou de tout autre droit susceptible d'être revendiqué dans le contexte de la mise en œuvre de l'un quelconque de ses produits.

2 La Norme a été approuvée par le Groupe de travail des partenariats public-privé de la CEE en décembre 2022 et adoptée par le Comité de l'innovation, de la compétitivité et des partenariats public-privé de la CEE en mai 2023. À l'issue de délibérations avec le Bureau, la Commission européenne a demandé que le texte suivant soit ajouté comme avertissement couvrant l'ensemble du texte de la Norme : « Les dispositions de la présente loi type ne s'appliquent pas aux États membres de l'Union européenne. En cas de conflit entre les dispositions de la loi type et celles des textes juridiques des États membres de l'UE relatifs aux marchés publics et aux concessions, c'est la législation nationale qui prévaut. ». Le Bureau tient à rappeler que les normes, principes directeurs, meilleures pratiques, déclarations et recommandations de la CEE en matière de PPP, y compris la présente Norme, n'imposent aucune obligation aux États membres, leur mise en œuvre étant entièrement volontaire.

Lorsqu'ils sont correctement structurés et mis en œuvre, les PPP peuvent remplir une série de buts et d'objectifs précieux au profit de la société et du bien commun. Ils peuvent contribuer à la conception, la fourniture et l'exploitation efficaces et rentables d'infrastructures et de services publics grâce à l'exploitation, de la façon la plus efficace et la plus durable possible sur le long terme, des compétences, des ressources, du savoir-faire et du financement du secteur privé, ainsi qu'à la structuration des projets de manière à répartir judicieusement les risques et les responsabilités tout au long de la durée du partenariat. Ainsi, ils peuvent favoriser la réalisation efficace des projets (qu'il s'agisse de la conception, de la construction, de la réhabilitation, de l'exploitation et/ou de l'entretien), encourager de nouvelles possibilités de financement et d'investissement, contribuer à combler les lacunes en matière d'infrastructures et de services publics, augmenter la qualité de ces derniers, faciliter l'accès du public à ces services, et ainsi contribuer à atteindre des objectifs économiques, environnementaux et sociaux plus larges. Ils peuvent également être la condition nécessaire de la réalisation de certains projets et ainsi favoriser la création d'emplois et le transfert de compétences. À terme, cela peut contribuer à favoriser la croissance économique et le développement social et ainsi promouvoir la réalisation des objectifs de développement durable (ODD), ce qui conduira à un avenir meilleur et plus durable pour tous.

La présente Norme consacre les Principes directeurs relatifs aux PPP axés sur la réalisation des ODD, que la CEE a publiés en 2019³, ainsi que d'autres documents approuvés par le Groupe de travail des PPP, et donne effet à ces principes. Elle doit en outre être conforme aux dispositions du Guide législatif de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur les partenariats public-privé et aux dispositions législatives types connexes. Les Principes directeurs relatifs aux PPP axés sur la réalisation des ODD définissent un nouveau modèle de PPP visant à contribuer de façon essentielle à la réalisation des ODD et fondé sur les objectifs décrits précédemment, notamment les cinq suivants :

- i) Améliorer l'accès aux services essentiels et réduire les inégalités sociales et l'injustice ;
- ii) Améliorer l'efficacité économique et la viabilité budgétaire ;
- iii) Renforcer la résilience et la responsabilité à l'égard de la durabilité environnementale ;
- iv) Promouvoir la reproductibilité et l'élaboration de nouveaux projets ; et
- v) Associer pleinement toutes les parties prenantes aux projets.

On peut donc s'attendre à ce que les PPP structurés et mis en œuvre conformément aux dispositions de la Norme favorisent ces résultats attendus. Ils devraient donc présenter un meilleur rapport coût-avantage en améliorant réellement la valeur ajoutée pour la population, c'est-à-dire en apportant des bénéfices à long terme pour les consommateurs, les pouvoirs publics et le grand public, tout au long de leur cycle de vie, pour le plus grand bien de tous.

3 Principes directeurs relatifs aux partenariats public-privé axés sur la réalisation des objectifs de développement durable (ECE/CECI/WP/PPP/2022/7).

CHAPITRE I. Dispositions générales

La présente Norme est largement inspirée des documents publiés et récemment mis à jour par la CNUDCI, ainsi que des Principes directeurs relatifs aux PPP axés sur la réalisation des objectifs de développement durable, de la Norme de la CEE pour une tolérance zéro de la corruption dans le cadre de la passation de marchés fondés sur des PPP⁴ et du Système d'évaluation et de notation des partenariats public-privé et des infrastructures (PIERS)⁵.

Article 1. Champ d'application de la Norme

- 1. Généralités.** La présente Norme établit le cadre juridique des PPP [*dans le pays hôte*] et les contrats qui leur donnent effet, les règles et procédures relatives à la sélection, la préparation, l'évaluation, la passation de marchés et la mise en œuvre, ainsi que les dispositions institutionnelles qui leur sont applicables, le tout conformément aux principes de transparence, d'équité, de stabilité, de bonne gestion, d'intégrité, d'achèvement, d'économie et de viabilité à long terme, et aux Principes directeurs.
- 2. Tous les PPP.** La présente Norme s'applique à toutes les formes de PPP telles qu'elle les définit. Elle s'applique à tous les projets de PPP mis en œuvre [*dans le pays hôte*] après sa date d'entrée en vigueur, qu'ils soient réalisés aux niveaux national, fédéral, infranational, régional ou municipal (sauf dans la mesure où la réglementation applicable aux PPP en dispose autrement).

Article 2. Principaux termes et définitions

Dans la présente Norme, les termes et expressions suivants ont la signification qui leur est donnée ci-dessous :

- « Droit applicable » :** les lois [*du pays hôte*] en vigueur au moment considéré, à savoir toutes les lois et réglementations nationales, régionales et locales, les obligations et engagements internationaux du pays, ainsi que tous les jugements, décrets, ordonnances ou injonctions de toute cour ou tribunal ayant force de loi ;

4 Norme pour une tolérance zéro à l'égard de la corruption dans le cadre de la passation de marchés fondés sur des PPP (ECE/CECI/WP/PPP/2023/3).

5 Système d'évaluation et de notation des partenariats public-privé et des infrastructures (PIERS) : méthode d'évaluation au regard des objectifs de développement durable (ECE/CECI/2023/4).

- ii) « **Soumissionnaire** » : toute personne morale (ou consortium) participant à un appel d'offres organisé en vertu de la présente Norme et en respectant les termes ;
- iii) « **Viabilité économique et financière** » : maintien de l'équilibre contractuel des conditions commerciales et financières figurant dans le contrat ;
- iv) « **Appel d'offres restreint** » : processus d'appel d'offres ou de sélection dans lequel l'autorité contractante préqualifie et/ou sélectionne le ou les soumissionnaires invités à participer, sans publication d'un appel d'offres ;
- v) « **Organisme compétent** » : le gouvernement, un ministère de tutelle ou toute autorité publique dotée du pouvoir légal et de l'autorité en vertu du droit applicable ou ayant reçu du gouvernement une autorisation expresse en vertu de la présente Norme ou de la réglementation en matière de PPP à exercer certaines fonctions dans le domaine des PPP ;
- vi) « **Autorité contractante** » : tout organe compétent ayant la capacité juridique requise pour conclure un contrat de PPP conformément à la présente Norme ;
- vii) « **Accord direct** » : accord entre l'autorité contractante et les prêteurs, généralement en associant le partenaire privé, définissant les conditions dans lesquelles (entre autres) les prêteurs peuvent être autorisés à exercer leur droit de substitution, à empêcher une menace de résiliation du contrat de PPP, à recevoir des paiements en cas de dénonciation anticipée ou à exercer certains autres droits ;
- viii) « **Étude de faisabilité** » : rapport établi aux fins [de la préparation et] de l'autorisation d'un projet de PPP et qui sera complété par une évaluation finale avant l'attribution du projet ;
- ix) « **Gouvernement** » : le gouvernement [de l'État adoptant] ou, lorsque le contexte l'exige, toute autorité publique ou tout organisme compétent exerçant une fonction ou un pouvoir en vertu de la présente Norme ;
- x) « **Rapport d'identification** » : rapport préliminaire qu'un gouvernement élabore pour déterminer si un projet de PPP potentiel devrait faire l'objet d'une évaluation approfondie dans le cadre d'une étude de faisabilité ;
- xi) « **Règlement d'application** » : réglementation nationale applicable à la planification, la préparation, la sélection, l'évaluation, la passation de marchés et à tout aspect de la mise en œuvre d'un PPP (et autres questions connexes) découlant de l'application de l'article 3 et ayant un effet juridiquement contraignant ;
- xii) « **Résolution de mise en œuvre** » : résolution visée à l'article 13 confirmant la décision formelle d'une autorité contractante de mettre en œuvre un projet de PPP ;
- xiii) « **Comité interministériel** » : organe compétent composé de ministères et/ou d'autorités aux niveaux national, étatique et/ou local, selon le cas, chargé de superviser et d'approuver les décisions et les documents clés relatifs à l'initiation, la préparation, l'élaboration, la passation de marchés et/ou l'adjudication des projets de PPP ;
- xiv) « **Prêteur** » : toute banque, institution financière ou prêteur d'un autre type qui accorde (ou a l'intention d'accorder) un financement au partenaire privé dans le cadre d'un contrat de PPP, y compris tout engagement connexe tel que des garanties ;

- xv) « **Voies officielles** » : le(s) journal (journaux) officiel(s) ou le(s) moyen(s) de communication utilisé(s) par le gouvernement (ou tout organe compétent) pour publier certaines informations qu'il souhaite porter formellement à la connaissance du public, y compris dans le cadre des procédures d'appel d'offres qu'il organise (comme un journal officiel ou le site Internet officiel du gouvernement) ;
- xvi) « **Appel d'offres ouvert** » : processus de soumission ou de sélection dans le cadre duquel l'autorité contractante publie une ou plusieurs annonces auxquelles peut en principe répondre toute personne morale répondant aux critères spécifiés ;
- xvii) « **Partenariat** » : procédure d'échanges structurés et réguliers entre l'autorité contractante et le partenaire privé visant à suivre de manière consensuelle la mise en œuvre du projet de PPP pendant toute sa durée ;
- xviii) « **Partenariat public-privé axé sur la réalisation des ODD** » : type de PPP énoncé dans les Principes directeurs relatifs aux PPP axés sur la réalisation des ODD :
- « [...] des partenariats public-privé (PPP) destinés à mettre en œuvre les objectifs de développement durable et être ainsi "adaptés à l'objectif visé". Ils constituent par définition une nouvelle approche des PPP et ils peuvent même être considérés comme une nouvelle génération de PPP surmontant certaines des faiblesses observées dans le mode de mise en œuvre du modèle de PPP traditionnel. Les PPP sont des outils faisant intervenir un financement privé initial pour l'exécution des marchés publics d'infrastructure. Il existe deux types de PPP : les PPP à paiement public, financés principalement par le contribuable, et les concessions, financées principalement par les utilisateurs de l'infrastructure. » ;*
- xix) « **Contrat de PPP** » : contrat mutuellement contraignant conclu entre l'autorité contractante et le partenaire privé, qui fixe les conditions d'exécution d'un projet de PPP, conformément aux exigences et procédures prévues par la présente Norme et son règlement d'application ;
- xx) « **Lignes directrices en matière de PPP** » : tous les documents explicatifs, documents d'orientation ou de conseil (ou documents assimilés) relatifs aux PPP, notamment les modèles, les modèles de dossier d'appel d'offres et de contrats émis et publiés par le gouvernement, qui peuvent ou non avoir un effet juridiquement contraignant ;
- xxi) « **Initiateur privé** » : toute personne morale (ou consortium) qui soumet une proposition spontanée de projet de PPP conformément aux dispositions de l'article 14 ;
- xxii) « **Partenaire privé** » : toute personne morale (y compris, le cas échéant, une entité publique agissant en tant qu'entité commerciale) choisie par l'autorité contractante pour mettre en œuvre un projet de PPP dans le cadre d'un contrat de PPP ;
- xxiii) « **Autorité publique** » : tout organisme, autorité, conseil, ministère, municipalité, département, corps d'inspection, comité, tribunal, fonctionnaire, personne publique ou morale ou toute autre entité exécutive, législative ou administrative du gouvernement ou placée sous son contrôle (ou, lorsque le contexte le permet, toute combinaison de ceux-ci) – notamment un organisme de réglementation – compétent à l'échelle locale, nationale ou supranationale ;

- xxiv) « **Infrastructure publique** » : tout actif (corporel ou incorporel) d'intérêt ou de bénéfice public conçu et exploité dans le but de fournir (directement ou indirectement) des services publics, notamment les installations et systèmes matériels ;
- xxv) « **Partenariat public-privé** » ou « **PPP** » : accord à long terme entre une autorité contractante et une entité privée aux fins de la mise en œuvre d'un projet, moyennant des paiements par l'autorité contractante ou les utilisateurs de [l'installation], s'agissant notamment des projets qui impliquent un transfert du risque lié à la demande au partenaire privé (les concessions) et des autres types de PPP qui n'impliquent pas un tel transfert de risque (PPP à paiement public) répondant aux critères énoncés à l'article 4.3 ;
- xxvi) « **Service public** » : activité exercée au profit ou à l'avantage de la population, ou à l'avantage du bien public ou dans l'intérêt général, qui est habituellement exécutée par les autorités publiques ou pour leur compte, et dont la responsabilité incombe principalement à une autorité publique ;
- xxvii) « **Unité consacrée aux partenariats public-privé** » ou « **Unité PPP** » : organe consultatif et administratif spécialisé dans le domaine des PPP, établi en vertu de l'article 9, qui assume les fonctions et les responsabilités liées à la mise en œuvre des PPP qui y sont mentionnées ;
- xxviii) « **Organisme de réglementation** » : autorité publique à laquelle est confié le pouvoir d'édicter et de faire appliquer des règles et règlements régissant l'infrastructure publique ou la fourniture de services publics auxquels se rapporte le projet de PPP ;
- xxix) « **Partie prenante** » : dans le cadre d'un projet de PPP, toute personne qui participe ou est susceptible de participer à la mise en œuvre du projet ou de subir des conséquences significatives du fait de sa mise en œuvre, que ces effets soient directs ou indirects, positifs ou négatifs. Il peut s'agir de l'autorité contractante, d'autres autorités publiques ou organismes compétents, du partenaire privé, de ses propriétaires, investisseurs ou prêteurs, des entrepreneurs et/ou des fournisseurs, des utilisateurs finals de l'infrastructure publique concernée et/ou des bénéficiaires des services publics en question, des propriétaires des biens ou actifs concernés par le projet, d'autres prestataires de services, des ménages ou des membres de la communauté au sens large (y compris les populations autochtones) vivant sur le lieu de mise en œuvre du projet ou à proximité ;
- xxx) « **Objectifs de développement durable** » ou « **ODD** » : les buts et objectifs de développement économique, social et environnemental durable pour le bien général adoptés et publiés par les Nations Unies dans la résolution 70/1 de l'Assemblée générale intitulée « Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030 » (A/RES/70/1, 2015), et qui, dans le contexte de la présente Norme, désignent spécifiquement les buts et objectifs liés aux PPP (y compris les Principes directeurs) qui y sont énoncés. En particulier, les PPP doivent améliorer l'accès aux services publics essentiels tout en réduisant les inégalités et les injustices sociales, être efficaces du point de vue économique et porteurs de changement en profondeur, se traduire par des infrastructures résilientes et durables, être reproductibles et évolutifs pour faciliter l'élaboration d'autres projets, associer toutes les parties prenantes en partenariat, et donner lieu à une consultation des personnes concernées par le projet ;
- xxxi) « **Commission d'appel d'offres** » : commission qui doit être mise en place par l'autorité contractante [et l'Unité PPP] afin d'évaluer les offres et de proposer l'adjudication du marché au soumissionnaire retenu conformément à l'article 19 ;

- xxxii) « **Proposition spontanée** » : proposition de projet de PPP soumise de sa propre initiative par une entité privée à l'autorité contractante (et/ou à un autre organe compétent pertinent) plutôt qu'en réponse à une demande ou à une sollicitation émanant de l'autorité contractante dans le cadre d'une procédure de sélection mise en œuvre en vertu de la présente Norme ;
- xxxiii) « **Rapport coûts-avantages** » et « **Valeur ajoutée attendue pour la population** » : dans le cadre de la présente Norme, ces termes renvoient à la valeur ajoutée nette globale d'un projet de PPP pour les consommateurs, le gouvernement, le pays d'accueil et le grand public, compte tenu de la quantité et de la qualité à long terme des services fournis, du coût du cycle de vie et des avantages pour l'économie tout au long de la durée de vie de l'infrastructure, notamment les coûts et avantages fiscaux, environnementaux et sociaux, conformément aux Principes directeurs. Ce rapport et cette valeur peuvent être mesurés avec précision en utilisant toute méthode détaillée (le cas échéant) définie dans la réglementation afférente aux PPP. L'idée sous-jacente est que plus un projet de PPP respecte les Principes directeurs, meilleure est la valeur ajoutée attendue pour la population, et donc, le rapport coût-avantage.

Article 3. Règlements et lignes directrices applicables à la mise en œuvre des projets de PPP

- 1. Publication.** Le gouvernement publie le règlement d'application requis par la présente Norme et peut également publier les lignes directrices qu'il juge appropriées pour l'élaboration de projets de PPP durables. Il peut désigner un ou plusieurs organismes compétents chargés de les publier en son nom.
- 2. Objet.** Le règlement d'application a pour objet de développer, d'adapter et de concrétiser certains aspects du fonctionnement et de l'application de la présente Norme. Il ne doit pas contredire ou remplacer les dispositions de la présente Norme, dont les dispositions prévaudront en cas de divergence ou d'ambiguïté. Les lignes directrices ont pour objet de fournir aux entités tant du secteur public que du secteur privé des conseils et des éclaircissements supplémentaires quant à l'interprétation et l'application de la présente Norme, ainsi qu'à certains aspects des PPP et de leur mise en œuvre, mais elles n'ont généralement pas d'effet juridiquement contraignant.
- 3. Révision et publicité.** Les règlements et lignes directrices applicables aux PPP peuvent si nécessaire être révisés de temps à autre par le gouvernement (ou tout autre organisme compétent) et les versions révisées sont publiées par les voies officielles.
- 4. Interprétation.** Les dispositions de la présente Norme doivent être interprétées en conjonction avec tout règlement applicable aux PPP pertinent (le cas échéant), lorsque le contexte l'exige.

Article 4. Critères et exigences fondamentales en matière de PPP

1. Exigences et objectifs en matière de PPP. Tout projet de PPP mené [*dans le pays hôte*] doit être conforme à toutes les dispositions applicables de la présente Norme, y compris les exigences procédurales pertinentes concernant la sélection, la préparation, l'évaluation, la passation de marchés et la mise en œuvre du projet. Il doit également être conçu et structuré pour atteindre les buts et objectifs d'intérêt public visés dans le préambule de la présente Norme, et, en particulier, de façon à respecter les Principes directeurs relatifs aux PPP pertinents et à leur donner effet, ce qui doit se traduire par cinq résultats précis : l'accès et l'équité ; l'efficacité économique et la viabilité budgétaire ; la durabilité environnementale et la résilience ; la reproductibilité ; la participation des parties prenantes.

2. Principales caractéristiques des PPP. La Norme s'applique à la fois aux PPP de type concession et aux PPP à paiement public, sauf lorsqu'il est expressément précisé qu'une disposition s'applique aux concessions, auquel cas elle ne s'applique pas aux PPP à paiement public. La rémunération du partenaire privé est assurée soit par l'autorité contractante (dans le cas des PPP à paiement public), soit par les utilisateurs finals (dans le cas des concessions), soit éventuellement par une combinaison des deux. La durée du projet est établie de manière à ce que le partenaire privé puisse amortir les coûts investis et réaliser un bénéfice raisonnable. Les projets de PPP peuvent se traduire par la création d'actifs corporels ou incorporels qui appuient la prestation d'un service public.

3. Critères applicables aux PPP. Tout PPP doit répondre aux critères suivants et/ou présenter les caractéristiques suivantes (telles qu'elles peuvent être précisées ou expliquées dans les règlements et/ou les lignes directrices applicables aux PPP). Un PPP doit :

a) Avoir un caractère durable (conformément à l'article 8) et être mis en œuvre sur la base d'un ou plusieurs contrats ;

b) [Avoir une valeur estimée initiale minimale (le cas échéant) établie et calculée conformément aux critères et à la méthode pertinents énoncés dans les règlements relatifs aux PPP] ;

c) Se traduire par la conception, le développement, la construction, la reconstruction ou la réhabilitation, l'exploitation et/ou l'entretien d'une infrastructure publique et/ou la fourniture de services publics ou de services similaires d'intérêt général ;

d) Associer à long terme un partenaire privé sur la base d'une prise de risque, et consister en un partage ou une répartition des risques liés au projet entre les partenaires public et privé pendant toute la durée de celui-ci ;

e) Comporter un élément de financement privé, sauf si cela n'est pas jugé nécessaire ;

f) Être mis en œuvre conformément aux termes du contrat le concernant, qui doit comprendre des spécifications fonctionnelles et des indicateurs de performance appropriés.

Article 5. Pouvoir d’attribuer un marché en PPP et de conclure un PPP

1. Généralités. Toute autorité publique ayant le droit légal de passer des marchés, d’élaborer et de mettre en œuvre des projets se traduisant par la création d’actifs et/ou de services du type de ceux qui font l’objet de PPP, dans des secteurs où les PPP sont autorisés en vertu de l’article 6, et de conclure des contrats à cet égard avec des personnes du secteur privé, est réputée avoir le pouvoir et l’autorité, en vertu de la présente Norme, d’attribuer un marché en PPP et de conclure un PPP, sauf dans la mesure où la présente Norme, toute autre loi applicable ou la réglementation en matière de PPP en dispose autrement.

2. Mécanisme d’autorisation. Le gouvernement est habilité, dans le cadre de ses compétences et pouvoirs existants et en vertu de la présente Norme, à déléguer à certaines autorités publiques ou organismes compétents désignés le pouvoir et l’autorité d’attribuer des marchés en PPP et de conclure des PPP, et à les modifier ou les annuler, selon ce qu’il juge nécessaire et approprié.

Article 6. Secteurs et activités ouverts aux PPP

1. Secteurs et activités autorisés. Les projets de PPP peuvent être menés dans tous les secteurs associés à une activité de service public.

2. Secteurs et activités interdits. Les projets de PPP ne peuvent pas être menés dans les secteurs ou domaines d’activité suivants (sauf si la réglementation relative aux PPP en dispose autrement) :

- *[liste des secteurs ou domaines d’activité qui pourraient être exclus].*

Article 7. Parties à un contrat de PPP

1. Parties principales. Les parties à un contrat de PPP sont l’autorité contractante et le partenaire privé.

2. Parties représentées par des parties principales. Il est pris acte que, en tant que parties au contrat de PPP, l’autorité contractante peut représenter ou inclure plus d’une autorité publique et que le partenaire privé peut avoir plus d’un propriétaire ou d’une partie prenante.

3. Parties additionnelles. Les parties à un contrat de PPP peuvent convenir d’associer d’autres parties au contrat lorsqu’elles le jugent nécessaire, sous réserve des dispositions pertinentes de la présente Norme et du règlement d’application.

Article 8. Durée du PPP

1. [Durée minimale.] Tout contrat de PPP doit avoir une durée minimale de [] ans (ou toute autre durée minimale (le cas échéant) fixée conformément à la réglementation relative aux PPP)].

2. Durée. La durée du PPP doit être fixée dans le contrat et doit tenir compte des buts et objectifs du projet qui ont été définis dans le cadre de son processus d'évaluation et d'approbation. Elle doit également tenir compte de l'analyse de rentabilité du projet, notamment la période d'amortissement de tout actif corporel construit ou réhabilité par le partenaire privé dans le cadre du projet, ainsi que de toute politique pertinente en matière de concurrence et de structure du marché pour l'infrastructure ou le secteur des services concernés, tel que prévu dans le droit applicable.

3. Prolongation de la durée. Dans des circonstances exceptionnelles spécifiées dans le contrat de PPP (ou autorisées par le droit applicable), il est possible de prolonger la durée du contrat pour toute(s) période(s) nécessaire(s) prévue(s), le cas échéant, dans les termes du contrat, mais toujours sous réserve du respect de toute condition ou restriction pertinente figurant dans la réglementation applicable aux PPP. [La durée du contrat de PPP peut également être prolongée en cas de circonstances exceptionnelles, si celles-ci entraînent une modification significative des conditions économiques ou financières du contrat. Le règlement d'application peut spécifier une méthode et des principes à appliquer pour déterminer la durée d'une telle prolongation].

4. Conservation de la propriété des actifs. Lorsque les termes du contrat de PPP autorisent le partenaire privé à demeurer propriétaire de manière absolue et indéfinie de tous les actifs relevant du projet, ce droit de propriété peut se poursuivre au-delà de la fin du contrat de PPP.

CHAPITRE II. Mécanismes institutionnels et rôles

Les PPP axés sur la réalisation des ODD sont une forme novatrice de contrat global et inclusif par lequel le secteur privé peut participer durablement, pendant toute la durée du projet, à la prestation d'un service public fondé sur une infrastructure. Beaucoup de conditions sous-jacentes et de dispositions contractuelles reprises des modalités traditionnelles de passation de marchés pour la construction d'une infrastructure publique ou la prestation d'un service public par le secteur privé sont applicables à ces types de PPP.

En outre, la planification et l'élaboration des projets de PPP axés sur la réalisation des ODD doivent obéir à plusieurs caractéristiques et conditions particulières visant à trouver un équilibre à long terme entre les parties prenantes quant à l'intérêt que celles-ci ont à prendre part à des contrats durables de PPP axés sur la réalisation des ODD (notamment en ce qui concerne les objectifs sociaux et économiques du gouvernement, tel qu'abordé dans la présente Norme).

Compte tenu du rôle décisif que les PPP axés sur la réalisation des ODD peuvent jouer pour combler les lacunes en matière d'infrastructures et de services publics et contribuer à la réalisation des ODD, les nouvelles institutions qui seront chargées de la planification et de l'élaboration des PPP devront être soigneusement habilitées et administrées. Le but est de créer un système institutionnel qui permettra d'attribuer, de manière ordonnée et coordonnée, le type de PPP le plus approprié pour l'exécution de projets d'infrastructures publiques, de telle sorte que les objectifs de l'État et de l'autorité contractante soient remplis. Par exemple, un processus devrait notamment être mis en place pour vérifier que les projets sont conformes aux plans d'infrastructure nationaux ou sectoriels ainsi qu'aux objectifs de viabilité budgétaire, au moyen d'évaluations quantitatives de la dette souveraine hors bilan et des passifs éventuels associés au financement privé.

À cette fin, les gouvernements devraient ajouter dans la loi des dispositions relatives aux pouvoirs, rôles et responsabilités respectifs des différents ministères et organes gouvernementaux (y compris, le cas échéant, des organes parlementaires) concernant la sélection, la préparation, l'approbation, la passation de marchés et la mise en œuvre des projets de PPP. Ces dispositions devront éventuellement prévoir l'interface entre ces organes et les procédures et processus pertinents en jeu. Lorsqu'elles sont nécessaires, ces dispositions servent à préciser les formalités administratives et à faire en sorte que les PPP (et les programmes gouvernementaux dans lesquels ils s'inscrivent) soient correctement intégrés au processus global d'investissement public et aux autres mécanismes et plans décisionnels et réglementaires pertinents. En particulier, les PPP devraient être pleinement pris en compte dans la vision stratégique générale du pays en matière de développement des infrastructures, dans les processus de planification à long terme et d'établissement des priorités et dans les dispositions budgétaires connexes, notamment dans les plans du pays à long terme en matière de développement durable et à l'égard des ODD (comme, par exemple, les contributions déterminées au niveau national au titre de l'Accord de Paris s'agissant des émissions de carbone). La viabilité budgétaire est toujours un aspect critique de ces projets, et il peut être nécessaire d'établir des dispositions administratives ou budgétaires particulières à cet égard.

Certains pays choisissent de confier la responsabilité globale de la gestion et de l'exploitation de l'ensemble du système de PPP à une seule autorité publique (une commission ou un cabinet ministériel, par exemple), qui peut alors devenir « l'autorité suprême » à toutes fins utiles. Cette approche peut procurer des avantages sur le plan de la cohérence, de la coordination et de la « responsabilité unique », qui peuvent faciliter les processus décisionnels et permettent d'éviter les conflits ou la concurrence entre différents ministères ou projets dans le domaine des PPP. Quant à savoir si cette solution est viable au niveau politique ou constitutionnel, c'est une autre question. Les ministères d'exécution peuvent ne pas apprécier qu'une nouvelle autorité vienne limiter leurs pouvoirs.

Les processus en jeu doivent être transparents et participatifs. La responsabilité de la prise de décisions à chaque étape et aux différents niveaux doit toujours être clairement établie, et la façon dont elle se rapporte aux procédures de contestation desdites décisions ou de règlement des griefs devrait être dûment définie. Les mécanismes et procédures budgétaires, à court et à long terme, doivent être soigneusement réfléchis dans ce contexte. Les engagements et les passifs du secteur public, y compris les passifs éventuels, doivent être comptabilisés et budgétisés correctement, et il peut être nécessaire de créer un fonds de réserve. Compte tenu de tout ce qui précède, il conviendra de prêter particulièrement attention au rôle du Ministère des finances (ou de toute autre autorité budgétaire, comme une institution supérieure de contrôle des finances publiques), qui sera chargé de préserver les finances publiques et d'appliquer les règles budgétaires. Il faudra peut-être aussi prévoir le rôle des organismes de réglementation sectoriels.

À cette fin, l'article 9 établit un cadre institutionnel pour les PPP axés sur la réalisation des ODD afin d'organiser de manière ordonnée et coordonnée la mise en œuvre des quatre principales phases de ces projets :

- 1) Une phase d'identification aboutissant à la sélection et à la création des projets de PPP axés sur la réalisation des ODD qui seront préparés par l'autorité contractante concernée ;*
- 2) Une phase de préparation et d'évaluation préliminaire permettant à l'autorité contractante de déterminer les raisons économiques, budgétaires, environnementales, financières, juridiques et sociales qui justifient de mener le projet sous la forme d'un PPP axé sur la réalisation des ODD ;*
- 3) Une phase de passation de marchés comprenant la signature et l'approbation du contrat de PPP axé sur la réalisation des ODD ;*
- 4) Une phase de mise en œuvre et d'exploitation, avec des dispositions de partenariat visant à assurer le suivi et le bon déroulement du contrat de PPP axé sur la réalisation des ODD.*

Article 9. Unité consacrée aux partenariats public-privé et coordination administrative

1. Comité interministériel. Le gouvernement établit un comité interministériel (ou un organe équivalent) dont il détermine la structure organisationnelle et de gestion et le règlement intérieur⁶.

2. Structure du comité interministériel. Le comité interministériel se compose de [*le pays hôte spécifie les ministères ou autorités concernés*]. La présidence du comité interministériel est assurée par [*titre du poste de fonctionnaire*], qui est responsable de l'organisation et de la coordination des activités et des opérations. Le comité interministériel peut avoir recours à du personnel d'appui pour l'aider à remplir ses fonctions et à s'acquitter de ses responsabilités de manière efficace. La composition et le personnel du comité doivent être consignés dans un document systématiquement mis à jour et accessible au public.

3. Fonctions et responsabilités du comité interministériel. Le comité interministériel [doit/peut], sous réserve de la réglementation applicable aux PPP, assumer les fonctions et responsabilités suivantes :

- a) [Approuver le projet de PPP aux principales étapes] ;
- b) Établir la politique globale du gouvernement en matière de PPP, en suivant les orientations de la stratégie nationale de développement des infrastructures, de gestion des priorités relatives au respect des ODD et de planification de la croissance socioéconomique ;
- c) Coordonner et promouvoir l'activité des PPP auprès des ministères concernés ;
- d) Faciliter la mise en œuvre intégrée de PPP conformément aux plans en matière d'infrastructure et de service applicables, notamment aux niveaux national, régional et sectoriel ;
- e) Superviser et faire appliquer les politiques du gouvernement en matière de PPP ;
- f) Examiner et approuver les changements et améliorations que le gouvernement propose d'apporter aux politiques et stratégies en matière de PPP ;
- g) Faciliter la coordination d'aspects des PPP qui peuvent être prévus dans la présente Norme ou dans la réglementation applicable aux PPP, par exemple coordonner les activités des autorités publiques chargées de la délivrance des approbations, licences, permis ou autorisations requis pour la mise en œuvre des PPP conformément aux dispositions législatives ou réglementaires applicables ;
- h) Aider à résoudre de manière constructive les problèmes ou questions survenant dans le cadre de la mise en œuvre des PPP.

6 Les gouvernements devraient se conformer pleinement à toutes les prescriptions relatives à l'intégrité et à la transparence. Pour parvenir à un haut niveau d'intégrité et de transparence, les activités de préparation de projet, de passation de marchés et de réglementation des PPP devraient être effectuées de manière indépendante. À cette fin, la CEE a adopté et publié une Norme pour une tolérance zéro de la corruption dans le cadre de la passation de marchés fondés sur des PPP.

4. Création d'une unité PPP. Le gouvernement établit une unité PPP dont il détermine la structure organisationnelle et de gestion et le règlement intérieur.

5. Structure de l'unité PPP. L'unité PPP relève fonctionnellement du [comité interministériel]. La direction de l'unité PPP est assurée par [titre du poste de fonctionnaire], qui est responsable de l'organisation et de la coordination des activités de l'unité et de son fonctionnement au quotidien. L'unité PPP doit disposer d'effectifs suffisants, possédant un éventail de compétences, d'expertise et d'expérience (y compris une bonne connaissance des Principes directeurs), pour l'aider à remplir ses fonctions et à s'acquitter de ses responsabilités de manière efficace. Les compétences, l'expertise et l'expérience requises peuvent notamment porter sur les sujets suivants : PPP, infrastructures publiques et achats de services, génie, modélisation économique et financière, expertise comptable et élaboration de budget, incidences sociales ou environnementales, administration publique. Les membres du personnel peuvent provenir des secteurs public et privé. La composition et le personnel de l'unité doivent être consignés dans un document systématiquement mis à jour et accessible au public.

6. Fonctions et responsabilités de l'unité PPP. Les fonctions et responsabilités de l'unité PPP sont les suivantes :

a) [Proposer des méthodes, des procédures et des directives relatives au montage et à la mise en œuvre des PPP, notamment en diffusant les meilleures pratiques et les méthodes et outils disponibles au niveau international pour faciliter le lancement et l'élaboration de PPP durables] ;

b) [De manière générale, faciliter la préparation, l'évaluation, l'adjudication et la mise en œuvre des PPP conformément aux prescriptions de la présente Norme et des principes et méthodes axés sur la réalisation des ODD] ;

c) [Aider à mettre en œuvre et à faire appliquer les politiques du gouvernement en matière de PPP] ;

d) [Examiner et commenter les changements et améliorations que le gouvernement propose d'apporter aux politiques et stratégies en matière de PPP] ;

e) [Préparer (ou aider à préparer) les documents officiels décrivant les méthodes, procédures et directives visées ci-dessus, y compris en vue de leur publication, et aider à les mettre à jour régulièrement] ;

f) [Établir les dossiers d'appel d'offres et les documents contractuels standard qui seront utilisés par les autorités contractantes] ;

g) [Repérer les améliorations pouvant être apportées au montage et à la mise en œuvre des PPP, notamment celles relatives aux Principes directeurs ou aux problèmes les plus courants qui empêchent le développement des projets de PPP, et formuler des recommandations en conséquence] ;

h) [Exercer les pouvoirs d'évaluation et d'approbation (ou de coordination des approbations), le cas échéant, sur les aspects des PPP prévus dans la présente Norme ou dans la réglementation applicable aux PPP] ;

- i) [Examiner l'étude de faisabilité (et les autres rapports et études clés) pour chaque projet de PPP afin de vérifier que la documentation a été correctement établie, et confirmer que les travaux préparatoires ont été effectués conformément aux prescriptions et aux procédures prévues dans la présente Norme ou dans la réglementation applicable aux PPP] ;
- j) [Prêter main forte aux autorités contractantes pour la coordination et le développement des projets de PPP individuels et des activités liées aux PPP] ;
- k) [Tenir à jour un registre de tous les projets de PPP, contenant des détails pertinents sur leur inscription et sur celle des contrats de PPP associés] ;
- l) [Faire office de point de contact et de source d'information pour les parties (publiques ou privées) mettant ou cherchant à mettre en œuvre des PPP et leur fournir des orientations, des conseils, des consultations ou des précisions au besoin] ;
- m) [Contribuer à l'évaluation quantitative et qualitative des projets, notamment des incidences potentielles des projets de PPP (y compris tout passif éventuel) sur les obligations publiques ou la dette publique] ;
- n) [Organiser une formation pour le personnel du secteur public participant aux PPP (notamment des sessions de formation et des ateliers)] ;
- o) [Assurer le suivi du contrôle et de la supervision par les autorités contractantes de la mise en œuvre des PPP dont elles sont responsables] ;
- p) [Conseiller le gouvernement concernant les procédures administratives relatives aux PPP] ;
- q) [Organiser, compiler, améliorer et développer en continu une base de connaissances (y compris une base de données électronique) rassemblant des connaissances techniques, des informations, des directives, des évaluations, des recherches, des études, des précédents, des clauses types, des opinions, des méthodes et d'autres documents, afin de contribuer au progrès régulier des projets de PPP et au développement des PPP [*dans le pays hôte*]] ;
- r) [Veiller à ce que les documents visés dans le présent article soient accessibles au public ou publiés comme il se doit] ;
- s) [Aider à résoudre de manière constructive les problèmes ou questions survenant dans le cadre de la mise en œuvre des PPP (dépannage)] ;
- t) [De manière générale, contribuer à la promotion des PPP [*dans le pays hôte*] et à l'éducation du public sur le sujet] ;
- u) [Remplir toute autre fonction (le cas échéant) prévue dans la réglementation applicable aux PPP.]

7. Absence de conflit. Lesdits rôles et responsabilités doivent toutefois être définis et attribués à l'unité PPP de manière à systématiquement éviter tout conflit d'intérêts éventuel.

Article 10. Informations relatives aux PPP

- 1. Informations complètes sur le système de PPP.** L'unité PPP est chargée de préparer, rassembler, améliorer, tenir à jour et (sous réserve des restrictions éventuelles relatives à la confidentialité) publier, sous la forme qu'elle juge utile et instructive pour toutes les parties prenantes, les autres acteurs des PPP et le grand public, les informations actualisées sur les PPP qui peuvent être raisonnablement nécessaires pour favoriser le bon fonctionnement du système de PPP [*dans le pays hôte*] et promouvoir la clarté et la transparence de ses activités, ou qui peuvent être requises par le droit applicable. Toutes ces informations sont présumées être transparentes et pouvoir être communiquées au grand public.
- 2. Questions visées.** Les informations susmentionnées peuvent porter sur le contenu de documents d'orientation sur les PPP, la réglementation applicable aux PPP, les directives et notes pratiques sur les PPP, les critères et procédures d'évaluation (y compris les considérations relatives à la transparence des finances publiques), l'avancement de la mise en œuvre des PPP en cours, les résultats des appels d'offres, les clauses contractuelles importantes (sous réserve des restrictions éventuelles relatives à la confidentialité), les clauses et conditions contractuelles recommandées, les futurs projets de PPP prévus ou envisagés, les conclusions des examens, études et rapports, les évaluations de l'impact stratégique, environnemental et social des PPP, et sur toute autre question que l'unité PPP juge appropriée.
- 3. Informations sur chaque PPP en particulier.** Chaque autorité contractante a la responsabilité de collecter, rendre accessibles et, si nécessaire, publier les informations concernant les PPP qu'elle met ou prévoit de mettre en œuvre qui peuvent être exigées de temps à autre par le gouvernement ou au titre de la réglementation ou de la législation applicable aux PPP, notamment les informations dont les parties concernées par l'un desdits PPP (y compris les communautés locales) ont besoin pour répondre en temps utile aux plans et propositions à cet égard conformément aux droits que leur confère le droit applicable.
- 4. Informations sur les appels d'offres.** Lorsqu'un appel d'offres pour un PPP est lancé conformément à la présente Norme, les informations détaillées spécifiées dans la réglementation applicable aux PPP, concernant les exigences et les résultats de la présélection et de l'appel d'offres, le nom et l'identité des soumissionnaires présélectionnés, inscrits sur la liste restreinte, privilégiés ou retenus et (le cas échéant) les motifs justifiant ces choix, doivent être affichées sur le site Web officiel de l'autorité contractante et publiées comme il se doit par les voies officielles sans délai, pendant ou après la ou les phases pertinentes de l'appel d'offres.
- 5. Tenue des informations.** L'autorité contractante doit tenir à jour les informations relatives aux PPP qui sont publiées sur son site Web officiel, de manière accessible au public, pendant la ou les périodes requises conformément aux prescriptions de la réglementation applicable aux PPP.
- 6. Informations sur le partenaire privé.** Dans tout PPP, le partenaire privé est responsable de préparer, rassembler, fournir et, si nécessaire, publier les informations relatives audit PPP qui peuvent être requises par la réglementation pertinente ou le droit applicable ou aux termes du contrat de PPP.

CHAPITRE III. Lancement et préparation des PPP

Cette phase porte sur le travail initial de documentation, de description et de spécification du projet et sur la définition des principales caractéristiques fonctionnelles de l'infrastructure et/ou du service public à fournir. L'identification d'un projet et l'évaluation de sa faisabilité jouent un rôle important dans l'évaluation du projet et l'élaboration d'une base adéquate pour la passation de marchés (notamment la communication aux soumissionnaires des informations dont ils ont besoin pour pouvoir répondre à l'appel d'offres). Pour ces raisons, il est important, lors de la préparation du projet, de communiquer une évaluation des options possibles de réalisation en tenant compte du cycle de vie complet du projet et d'évaluer les principales difficultés, les éléments significatifs et les fonctionnalités clés du projet proposé. Ces étapes préparatoires peuvent inclure l'examen et/ou l'approbation du dossier par un organisme compétent tel que l'unité PPP ou le comité interministériel, sur la base d'un ou plusieurs rapports élaborés pour faciliter la prise de décisions.

Article 11. Lancement, identification et préparation d'un PPP

- 1. Généralités.** Tous les travaux de définition, de préparation, d'évaluation et d'approbation d'un PPP (y compris ceux relatifs à des propositions spontanées) doivent être réalisés conformément aux procédures et à la méthode mentionnées dans la présente Norme et/ou spécifiées dans la réglementation relative aux PPP.
- 2. Lancement d'un PPP.** Toute proposition de PPP doit émaner de l'autorité contractante, sauf dans le cas des propositions spontanées visées à l'article 14.
- 3. Mise en place d'une équipe de projet de PPP.** L'autorité contractante doit mettre en place une équipe de projet qui doit être dotée d'un éventail de compétences, de savoir-faire et d'expérience (notamment la maîtrise des Principes directeurs) dont elle a besoin pour exercer ses fonctions et responsabilités de manière efficace. Il peut notamment s'agir de compétences en matière de PPP, de planification d'infrastructures et de services publics, de passation de marchés de construction et/ou de services et d'administration publics, ainsi que de connaissance de la présente Norme et de ses règlements et/ou directives d'application, notamment du rôle du comité interministériel et de l'unité PPP.
- 4. Responsabilité de l'identification et de la préparation détaillée d'un projet de PPP.** L'identification et les travaux détaillés de préparation de tout PPP (y compris un PPP proposé par un initiateur privé) sont effectués ou gérés par l'autorité contractante, sauf si (le cas échéant) la présente Norme ou la réglementation applicable aux PPP en dispose autrement.

5. Signification et portée de l'identification et de la préparation détaillée. Dans la présente Norme, l'expression « identification et préparation » désigne l'action de lancer le processus de définition et d'évaluation d'un PPP potentiel et de chercher à obtenir toutes les approbations et autorisations préliminaires requises en vertu de la présente Norme pour le faire progresser, tandis que l'expression « préparation détaillée d'un projet de PPP » désigne le travail détaillé de documentation, de description et de spécification du projet, ainsi que la définition de son champ d'application et de ses principales caractéristiques (notamment ses indicateurs clés de performance), de manière suffisamment détaillée pour que le projet puisse être évalué conformément à la présente Norme, qu'une base adéquate puisse être constituée s'agissant des propositions détaillées des soumissionnaires ou d'un initiateur privé, et pour que les procédures d'approbation et d'adjudication puissent être appliquées. Les aspects détaillés de ces travaux (notamment les prescriptions en matière de documentation et les critères d'évaluation applicables utilisés conformément à l'article 12) et les étapes et procédures qui leur sont applicables (notamment les prescriptions en matière d'examen et d'approbation) sont définis dans la réglementation relative aux PPP et peuvent différer selon les différents types ou échelles de PPP et les caractéristiques de chaque projet. Pour éviter toute ambiguïté, l'étape de préparation ne concerne généralement pas le travail de conception finale et définitive d'un projet de PPP qui accompagne sa mise en œuvre effective, lequel est généralement effectué par le partenaire privé.

6. Rapport d'identification. L'autorité contractante élabore un rapport d'identification, qui doit comprendre au minimum les éléments suivants :

a) Une description succincte de la portée des infrastructures et/ou des services qu'il est proposé d'améliorer ou de créer, notamment leurs principales fonctionnalités et caractéristiques, dont une évaluation des problèmes susceptibles de se poser au cours de la durée de vie du projet, tels que l'obsolescence des solutions techniques proposées et/ou l'évolution des conditions socioéconomiques pouvant avoir une incidence sur le projet tel qu'envisagé ;

b) Le degré de priorité relative du projet par rapport à d'autres infrastructures publiques ou obligations de service public ;

c) Le recensement des différentes options de mise en œuvre du projet, en indiquant les facteurs qui justifieraient le choix entre un PPP ou un marché public traditionnel, notamment le coût prévu, la complexité du projet, sa durabilité, et les résultats et avantages socioéconomiques attendus ;

d) Les principales caractéristiques techniques et économiques du projet et une prévision des besoins qui y sont associés, notamment une estimation des coûts, des recettes (le cas échéant) et des besoins de financement, ainsi que des informations de marché concernant le projet ;

e) L'acceptabilité de l'infrastructure et/ou des services proposés du point de vue des utilisateurs, des communautés locales et des autres parties prenantes [notamment les principaux facteurs d'acceptation par le public] ;

f) Toute autre information préliminaire pertinente permettant de caractériser ou de résumer le projet proposé.

7. Approbation du rapport d'identification. Le rapport d'identification doit être soumis à l'unité PPP [ou à un autre organe compétent tel que le comité interministériel] pour examen [et approbation], et il doit notamment contenir une évaluation indicative visant à déterminer s'il a été préparé en conformité [générale] avec les dispositions de la présente Norme [et autres réglementations et prescriptions applicables], s'il est jugé utile et approprié que le projet soit réalisé sous forme de PPP, et s'il est considéré que le PPP est la meilleure option par rapport aux autres méthodes de passation de marchés.

8. Études préparatoires. Sauf dans la mesure où la réglementation relative aux PPP en dispose autrement, la préparation détaillée d'un projet de PPP doit comprendre un ensemble complet d'études d'évaluation du projet couvrant ses éléments et aspects matériels, en particulier ceux mentionnés dans les critères d'évaluation pertinents énoncés à l'article 12, et montrant comment ces critères seront satisfaits.

9. Études à réaliser. Les travaux préparatoires à l'évaluation d'un projet de PPP consistent à :

a) Élaborer, développer et détailler davantage les éléments applicables figurant dans le rapport d'identification ;

b) Évaluer l'impact social, économique et environnemental anticipé du projet, notamment grâce à une analyse coûts-avantages, à une évaluation quantitative des externalités positives et négatives, et à l'évaluation de sa valeur ajoutée attendue pour la population et de sa durabilité à long terme (y compris la mesure dans laquelle il donne effet aux Principes directeurs) ;

c) Nonobstant l'alinéa b), à évaluer les coûts d'investissement et les dépenses d'exploitation liés au projet, leur caractère abordable et la viabilité à long terme du projet (y compris la viabilité et les implications budgétaires, ainsi que tout passif éventuel pour le secteur public) ;

d) Évaluer dans quelle mesure le projet améliorera la qualité et l'efficacité des services publics auxquels il se rapporte ;

e) Déterminer dans quelle mesure le projet de PPP s'inscrit dans les objectifs, plans et stratégies sectoriels du gouvernement en matière d'infrastructure et de prestation de services ;

f) Recenser les prescriptions techniques ainsi que les apports et les résultats attendus, notamment toutes les options relatives aux solutions technologiques, leur adaptabilité à long terme et leur caractère abordable ;

g) Si cela est possible à ce stade, recenser les indicateurs clés de performance prévus et les conditions de paiement indicatives ;

h) Recenser les parties prenantes et déterminer les consultations à mener avec elles, les problèmes connus et les contributions et suggestions émanant des parties prenantes, en mettant l'accent sur l'impact environnemental et social et sur les personnes ou groupes vulnérables ou marginalisés ;

i) Examiner dans quelle mesure les activités de projet peuvent être réalisées par un partenaire privé dans le cadre d'un contrat avec l'autorité contractante ;

j) Évaluer la base juridique, réglementaire et institutionnelle du projet, ainsi que sa faisabilité et sa viabilité ;

k) Dresser la liste des licences, permis ou autorisations qui peuvent être nécessaires aux fins de l'approbation ou de la mise en œuvre du projet de PPP ;

l) Recenser les conditions d'utilisation des terres et les éventuelles questions connexes relatives à l'expropriation ou à la réinstallation ;

m) Repérer et évaluer les principaux risques liés au projet et décrire la répartition des risques proposée dans le cadre du contrat de PPP, ainsi que toute mesure visant à les traiter ou à les atténuer ;

- n) Recenser toutes les formes proposées d'appui et de garanties gouvernementales nécessaires à la mise en œuvre du projet de PPP, ainsi que leurs incidences budgétaires ;
- o) Déterminer si le PPP est la méthode la plus adaptée à la réalisation du projet, en effectuant une comparaison quantitative et qualitative avec d'autres méthodes de passation de marchés ;
- p) Déterminer la capacité de l'autorité contractante à faire respecter le contrat de PPP de manière efficace, notamment sa capacité à contrôler et à réglementer la mise en œuvre du projet et à suivre les résultats obtenus par le partenaire privé ;
- q) Décrire la méthode préférée de procédure de passation de marchés et de structure de l'appel d'offres ;
- r) Inclure toute autre étude de fond pertinente, en tenant compte, le cas échéant, de tout autre projet de PPP ou service public avec lequel le PPP proposé est étroitement associé ou lié ;
- s) Dans le cas des concessions, une attention particulière doit être accordée aux points suivants (qui peuvent cependant être appliqués également à d'autres types de PPP) :
 - i.) L'impact potentiel des changements économiques et sociétaux à long terme, notamment les possibles évolutions des comportements individuels, sur la portée et la tarification du service public ;
 - ii.) La mise en œuvre éventuelle d'autres services publics susceptibles de concurrencer le projet de concession ;
 - iii.) L'acceptabilité du service public associé au projet de PPP aux yeux des utilisateurs finals, y compris la nécessité de mettre en œuvre des stratégies de promotion et de communication visant à leur démontrer les avantages à long terme du projet ;
 - iv.) Les différentes catégories d'utilisateurs, le cas échéant, et leurs besoins particuliers en matière de services (par exemple, les groupes vulnérables ou économiquement défavorisés, les utilisateurs prioritaires, la nécessité de pratiquer des prix différents sans porter atteinte à l'égalité de traitement des utilisateurs et au principe de non-discrimination, etc.) ;
 - v.) [Les méthodes d'adaptation des services publics aux besoins futurs et aux considérations de faisabilité financière, en tenant compte de la possibilité de changements substantiels du paysage économique ou politique pendant la durée du projet et de la nécessité de résoudre les problèmes qui en résultent et d'assurer la continuité du service public] ;
 - vi.) [Les mécanismes permettant d'optimiser à long terme la prestation de services et les relations entre les principales parties au PPP, s'agissant notamment de leur organisation et de leur personnel] ;
 - vii.) [Les mécanismes de rétrocession de l'activité de service public à l'autorité contractante en vue de son maintien et si l'intérêt général le justifie] ;
 - viii.) Les moyens de maintenir l'équilibre financier et économique en cas de circonstances exceptionnelles ;
 - ix.) La sélection du processus de passation de marchés le plus approprié à la réalisation d'un projet de fourniture d'un service public essentiel adapté aux besoins et aux contraintes financières des utilisateurs finals pendant toute la durée de vie du projet.

10. Examen et approbation. La conformité de l'étude de faisabilité et des autres études et rapports au regard des critères d'évaluation pertinents et des procédures d'approbation mentionnés dans le présent document est soumise à l'examen et à l'approbation de l'unité PPP [ou de tout autre organisme compétent].

11. Études préliminaires. Les travaux de préparation d'un projet de PPP et d'évaluation de sa faisabilité peuvent comprendre d'autres rapports et des procédures d'examen mises en œuvre préalablement à l'étude complète de faisabilité mentionnée au paragraphe 9. Les critères d'évaluation à appliquer à ce stade sont dérivés de ceux qui sont énoncés à l'article 12 et adaptés, le cas échéant, à la nature préliminaire des informations alors disponibles.

12. Consultations. Les travaux de préparation d'un projet de PPP sont soumis, à leurs différentes étapes, à toutes les exigences de consultation formelle avec les parties prenantes, les autres autorités compétentes et le grand public, par exemple dans le cadre d'audiences publiques, comme cela peut être demandé en vertu du droit applicable ou de la réglementation relative aux PPP, ou en application des Principes directeurs. Le processus de consultation est structuré de manière à favoriser un véritable dialogue avec les parties prenantes sur toutes les questions importantes, ainsi que sur les solutions possibles, ainsi qu'à permettre aux tiers de formuler des suggestions d'amélioration du projet de PPP. Les principales questions posées par les parties prenantes sont dûment enregistrées et font l'objet de réponses appropriées.

13. Changements pendant la préparation. Au cours de la phase de préparation, un PPP proposé peut être modifié ou révisé aussi souvent et d'autant de façons que nécessaire en vertu du présent chapitre afin de s'assurer qu'il est pleinement conforme aux dispositions de la présente Norme, en particulier de l'article 4 et du présent article, et aux critères d'évaluation et aux procédures d'examen et d'approbation énoncés à l'article 12.

Article 12. Procédures d'évaluation et d'approbation

1. Respect des dispositions. Tout PPP mis en œuvre en vertu de la présente Norme (notamment s'il résulte d'une proposition spontanée) doit être conforme aux prescriptions de l'article 4 ainsi qu'aux critères d'évaluation et aux procédures d'approbation applicables définis à cette fin dans la présente Norme et dans la réglementation relative aux PPP.

2. Approbation. L'unité PPP [ou tout autre organisme compétent] est chargée d'examiner et d'approuver les PPP proposés (et les travaux préparatoires effectués pour ceux-ci) qui lui sont soumis par les autorités contractantes conformément à la présente Norme [et de conseiller [l'organisme concerné] sur la question de savoir si un PPP proposé satisfait aux critères d'évaluation énoncés dans la présente Norme]. Elle est notamment chargée des tâches suivantes :

a) Vérifier si un projet de PPP proposé mérite d'être réalisé sous cette forme et s'il est susceptible d'atteindre les buts et objectifs fixés ;

b) Confirmer que le projet de PPP a été préparé conformément aux critères énoncés à l'article 11 ;

c) Confirmer que le projet de PPP répond aux critères d'évaluation particuliers qui lui sont applicables ;

d) Examiner la capacité de l'autorité contractante à mener à bien le PPP proposé et formuler les recommandations appropriées ;

e) Examiner et approuver le projet de dossier d'appel d'offres élaboré par l'autorité contractante afin d'en garantir la conformité au regard de la proposition approuvée.

3. Critères d'évaluation. Les critères d'évaluation applicables à tout PPP proposé (se référer à l'article 11) comprennent les éléments suivants :

a) La conformité du projet de PPP au regard des critères et des prescriptions énoncés à l'article 4 ;

b) En particulier, les avantages socioéconomiques nets et les services publics attendus, ainsi que la valeur ajoutée attendue pour la population (notamment en termes d'inclusivité et d'accessibilité), et la mesure dans laquelle ils respectent les Principes directeurs et promeuvent l'intérêt général au sens large ;

c) L'étendue et l'urgence des besoins et de la demande relatifs au projet de PPP ;

d) L'alignement du projet de PPP sur les objectifs, plans et stratégies sectoriels d'ensemble du gouvernement en matière d'infrastructures et de développement économique, ainsi que sur la réalisation des objectifs de développement durable ;

e) La faisabilité et la viabilité économique et financière du projet de PPP ;

f) Sa faisabilité technique et ses atouts (notamment les délais de mise en œuvre) ;

g) Sa viabilité sur les plans juridique, réglementaire et institutionnel, notamment les procédures à appliquer pour la sélection d'un partenaire privé et leur calendrier ;

h) Sa durabilité environnementale et sociale et la possibilité de gérer ses incidences, en tenant compte de sa résilience et de son adaptabilité à long terme ;

i) Le rapport coût-efficacité, l'acceptabilité et l'accessibilité financière du projet de PPP tant pour les utilisateurs (notamment les groupes vulnérables), d'une part, que pour le pays d'accueil, du point de vue budgétaire et fiscal et de l'endettement tolérable (notamment les considérations relatives à la dette publique et aux passifs éventuels), d'autre part ;

j) Le caractère nécessaire et le montant des paiements, financements, garanties ou autres soutiens qu'il est prévu que le secteur public apporte au projet de PPP ;

k) La pertinence de la répartition des risques et des mesures incitatives (au stade préliminaire) proposées pour le projet de PPP ;

l) Le rapport coût-efficacité et la valeur ajoutée attendue pour la population de la mise en œuvre du projet de PPP par rapport à d'autres méthodes de passation de marchés ;

m) De manière générale, la mesure dans laquelle le projet de PPP est censé atteindre les buts et objectifs qui lui ont été assignés dans les documents établis lors de sa définition et de sa préparation en vertu de l'article 11 ;

n) Toute autre prescription pertinente du droit applicable en matière d'investissement public ;

o) Tout autre critère approprié découlant de l'article 11, et conforme à ce qui précède, pouvant être spécifié dans la réglementation relative aux PPP.

4. Questions abordées dans les évaluations. Lors de l'évaluation du projet de PPP, il est dûment tenu compte (entre autres) du contenu de l'étude de faisabilité et de tout rapport connexe élaboré en vertu de l'article 11, ainsi que de la mesure dans laquelle ces documents mettent en évidence la conformité par rapport aux critères d'évaluation applicables, tels qu'examinés et certifiés par l'unité PPP [ou tout autre organisme compétent]. Il est également tenu compte des résultats de toutes les consultations ou audiences publiques qui ont eu lieu à ce stade du processus d'évaluation du projet de PPP, conformément à l'article 11.

5. Procédures détaillées figurant dans la réglementation relative aux PPP. Les procédures détaillées applicables au PPP proposé lors de son identification, de sa préparation détaillée, de son évaluation et de son approbation en vertu du présent chapitre sont définies dans la réglementation relative aux PPP et portent notamment sur les délais, les prescriptions en matière de documentation et de rapport, de notification et de publicité, les formalités, la pondération et la priorité relatives des critères et tests applicables, les exigences en matière d'examen et d'approbation formels et les procédures de recours.

6. Responsabilité de l'exactitude et de la publicité du processus. Le gouvernement est responsable de la détermination, de la révision (si nécessaire) et de la publication de l'ensemble des critères d'évaluation et des procédures d'approbation, et il doit veiller à ce que la réglementation relative aux PPP les intègre fidèlement à tout moment.

Article 13. Résolutions de mise en œuvre du PPP

1. Publication de la résolution. Lorsqu'un PPP proposé a satisfait aux critères d'évaluation et aux procédures d'approbation applicables mentionnés ci-dessus et qu'une décision a été prise en conséquence par l'autorité contractante [ou tout autre organisme compétent], cette dernière, pour la mettre en œuvre, publie une résolution formelle (« résolution de mise en œuvre ») dont la forme et le fond doivent respecter les prescriptions de la présente Norme et du règlement d'application.

2. Contenu. Une résolution de mise en œuvre doit inclure (sous réserve des prescriptions de la réglementation relative aux PPP) les informations et les éléments suivants :

- a) Le nom et l'adresse officielle de l'autorité contractante responsable du projet de PPP ;
- b) Une description précise de l'infrastructure publique et/ou des services publics faisant l'objet du projet de PPP ;
- c) Les principales caractéristiques et particularités commerciales, financières et économiques du projet de PPP ;
- d) Un résumé des principales conclusions tirées du projet de PPP mettant en évidence les principaux critères appliqués pour y parvenir, en particulier la mesure dans laquelle le projet devrait satisfaire aux Principes directeurs et les promouvoir, les avantages et les bénéfices publics qui devraient en résulter, et les principaux résultats de l'étude de faisabilité ;
- e) La justification de la mise en œuvre du projet en tant que PPP, par opposition à toute autre forme de passation de marchés, ainsi que de la structure PPP proposée comme étant la plus adaptée à la réalisation du projet ;

f) Le montant anticipé (approximatif) et la nature de tout financement privé qui devrait être utilisé ;

g) Le montant anticipé (approximatif) et la nature de tout financement public ou autre soutien public (tel que des garanties) qui devrait être utilisé, ainsi que le montant anticipé de toute dette souveraine ou de tout passif éventuel qui pourrait découler du financement du projet par le secteur privé ;

h) Les procédures à mettre en œuvre pour la sélection du partenaire privé et leur calendrier prévu ;

i) Une description sommaire des consultations organisées en application de l'article 11, des questions importantes soulevées et des conclusions tirées en réponse à ces questions, ainsi que des mécanismes mis à la disposition des parties prenantes pour traiter les objections et les doléances relatives au projet de PPP ;

j) Toute autre question que l'autorité contractante estime pertinente.

3. Publication et copies. Après que l'étude de faisabilité d'un projet a été évaluée et approuvée, le projet est enregistré sur la liste officielle des projets de PPP approuvés et la résolution de mise en œuvre est publiée (sous réserve des exceptions autorisées par la présente Norme) sur le site Internet de l'autorité contractante et par les voies officielles. Dans le cas d'une proposition spontanée, la résolution est également notifiée à l'initiateur privé, qui en reçoit une copie. Lorsqu'une mise en concurrence est organisée conformément aux dispositions du chapitre IV, une copie de la résolution de mise en œuvre est jointe au dossier d'appel d'offres remis aux soumissionnaires.

Article 14. Propositions spontanées

1. Soumission initiale. Un initiateur privé peut à tout moment élaborer une proposition spontanée de PPP et la soumettre sous une forme préliminaire à l'autorité contractante (et à toute autre instance compétente habilitée par la réglementation relative aux PPP à recevoir de telles propositions), qui disposera d'un pouvoir discrétionnaire pour l'examiner. Une proposition spontanée ne peut être prise en considération et examinée que si elle ne figure pas déjà dans une procédure de sélection annoncée ou dans un plan ou une réserve de PPP élaborés pour le compte de l'autorité contractante ou du gouvernement et si elle est considérée comme présentant un intérêt public.

2. Proposition préliminaire. La proposition préliminaire spontanée doit comporter une description suffisamment détaillée du projet de PPP (notamment sur le plan de l'infrastructure, de la technologie et de la portée du service public associé) pour que l'autorité contractante (et tout autre organisme compétent) puisse en faire un examen préliminaire, et doit être accompagnée de toute la documentation nécessaire à cette fin. L'autorité contractante (et tout autre organe compétent) procède à tout examen préliminaire qu'elle estime nécessaire, prend une décision préliminaire quant à l'intérêt public présenté par le projet et son intention d'y donner suite, et en informe l'initiateur privé.

3. « Porte ouverte ». L'initiateur privé peut à tout moment entamer des discussions et un échange d'informations avec l'autorité contractante concernant le PPP proposé.

4. Préparation. Suite à la décision préliminaire de l'autorité contractante de poursuivre l'examen de la proposition spontanée, les travaux détaillés de préparation du projet de PPP sont alors effectués conformément aux prescriptions des articles 11 et 12 [par l'initiateur privé, par l'autorité contractante ou avec son appui éventuel (à sa seule discrétion)]. À cette fin, l'autorité contractante invite l'initiateur privé à soumettre toutes les informations sur le PPP proposé dont elle (et toute autre instance compétente) a besoin pour pouvoir évaluer les qualifications de l'initiateur privé et la faisabilité technique et commerciale du projet et pour déterminer si le projet de PPP est susceptible d'être mis en œuvre avec succès de la manière proposée et à des conditions acceptables pour l'autorité contractante (et toute autre instance compétente). À cette fin, l'initiateur privé doit, si l'autorité contractante en fait la demande dans des termes raisonnables, soumettre une étude conceptuelle technique et commerciale et des informations satisfaisantes concernant le concept du projet, les technologies mises en œuvre et la nature du service public envisagé dans la proposition, ainsi que toute autre évaluation raisonnablement nécessaire, notamment des études préliminaires d'impact social ou environnemental.

5. Protection des droits de l'initiateur privé. Lors de l'examen d'une proposition spontanée, l'autorité contractante doit respecter la propriété intellectuelle, les secrets commerciaux et les autres droits exclusifs contenus ou mentionnés dans la proposition spontanée ou qui en découlent. Lorsque la décision de poursuivre a été prise, l'autorité contractante ne doit pas utiliser les informations fournies par l'initiateur privé ou en son nom à une autre fin que pour l'évaluation de la proposition, sauf avec son consentement ; en cas de rejet de la proposition, elle retourne à l'initiateur privé tous les documents qu'il a soumis au cours du processus d'évaluation.

6. Examen, évaluation et mise en œuvre. Lorsque, de l'avis de l'autorité contractante, toutes les prescriptions de la phase de préparation ont été respectées conformément à l'article 12 et qu'il en est dûment tenu compte dans l'étude de faisabilité, elle soumet le rapport à l'unité PPP [ou à tout autre organisme compétent] pour approbation dans les mêmes conditions que celles applicables à tout autre projet de PPP.

7. Résolution de mise en œuvre et conditions de conclusion d'un contrat de PPP. Après réception de l'approbation de l'unité PPP [ou d'un autre organisme compétent], l'adjudication par l'autorité contractante du contrat de PPP issu d'une proposition spontanée est subordonnée à la vérification de la concurrence potentielle pour le projet de PPP concerné par l'organisation d'une procédure de mise en concurrence conformément à l'article 21, lorsque les dispositions de celui-ci l'exigent.

CHAPITRE IV. Sélection d'un partenaire privé

Les dispositions du présent chapitre visent à promouvoir des procédures de passation de marchés concurrentielles transparentes et efficaces, à moins d'une disposition contraire dans la présente Norme. Un tel processus au titre de la présente Norme se fonde sur les principes fondamentaux suivants :

- a) *Le libre accès aux marchés publics ;*
- b) *L'égalité de traitement des candidats et des soumissionnaires et la recherche d'un résultat juste et crédible ;*
- c) *La transparence et la confidentialité des procédures ;*
- d) *La libre concurrence ;*
- e) *La « valeur ajoutée attendue pour la population et pour la société », qui englobe le principe fondamental du « rapport coûts-avantages » (rentabilité et efficacité) et l'harmonisation avec les ODD, et qui tient également compte de la satisfaction des utilisateurs du service pendant le cycle de vie du projet et de la contribution du projet au développement économique conformément aux objectifs du gouvernement ;*
- f) *La répartition équitable des risques et des avantages pendant toute la durée du projet.*

Il convient de noter que certains pays n'auront pas besoin d'appliquer le présent chapitre, car leur législation contient déjà les dispositions relatives à la passation de marchés requises. Si le présent chapitre est appliqué, il faudra veiller tout particulièrement à harmoniser ces dispositions, si nécessaire, avec d'autres dispositions pertinentes relatives à la sélection d'un partenaire privé, par exemple celles des directives de l'Union européenne, de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC ou d'une autre autorité équivalente. Par exemple, il se peut que le traitement des propositions spontanées tel qu'il est décrit dans le présent chapitre ne soit pas compatible avec certains cadres juridiques.

Article 15. Procédures de sélection d'un partenaire privé

- 1. Norme relative aux appels d'offres.** L'autorité contractante utilise des procédures électroniques, dans la mesure du possible, et sélectionne le partenaire privé pour un projet de PPP au moyen d'un appel d'offres mené conformément aux articles 15 à 20, à moins d'une disposition contraire dans le droit applicable, y compris dans le cas des propositions spontanées visées à l'article 21 (dans la mesure prévue par ledit article) et des négociations directes visées à l'article 22.
- 2. Législation existante relative aux marchés publics.** Les lois et règlements relatifs aux marchés publics en vigueur [*dans le pays hôte*] [s'appliquent/ne s'appliquent pas] à l'adjudication des PPP, sauf dans les cas et dans la mesure où la présente Norme (ou toute loi ultérieure) en dispose autrement.

3. Procédures détaillées d'appels d'offres applicables aux PPP. Les procédures et prescriptions détaillées (y compris les pouvoirs d'approbation particuliers) applicables aux appels d'offres pour des PPP, les modalités des formalités nécessaires (par exemple, sur papier, par voie électronique ou sous une autre forme), le contenu des avis de marché, la présélection et la sélection du partenaire privé et le contenu du dossier d'appel d'offres sont définis dans la réglementation relative aux PPP. Ces éléments visent à promouvoir une concurrence loyale et effective devant aboutir à des résultats durables et sont régis par les principes fondamentaux de transparence, d'égalité de traitement, de non-discrimination et d'utilisation efficace des ressources (y compris en ce qui concerne les coûts et les dépenses associés à la soumission d'une offre).

4. Critères applicables. Les critères et la méthode d'évaluation applicables à la présélection et à la sélection du partenaire privé et à l'adjudication du contrat de PPP sont définis dans le dossier d'appel d'offres. Ils peuvent être choisis parmi les critères ci-après, selon que l'autorité contractante les juge pertinents pour le projet de PPP concerné.

5. Présélection et sélection. Expérience et antécédents pertinents, compétences et capacités techniques et professionnelles, ressources financières et humaines, capacités et compétences de gestion et d'organisation suffisantes (spécialement en matière de PPP) couvrant l'ensemble des tâches pertinentes pour les PPP (y compris les responsabilités environnementales), normes éthiques, capacité et statut juridiques, solvabilité, structure du consortium, forces relatives du consortium.

6. Évaluation des offres et adjudication du contrat. Propositions de valeur, qualité technique (y compris le bien-fondé et le caractère innovant) de la proposition, qualité des services et mesures visant à en assurer la continuité, faisabilité opérationnelle, critères environnementaux et socioéconomiques pertinents, répartition des risques, modalités de fixation des prix (y compris la valeur des péages proposés et les droits de douane, frais ou paiements de l'autorité contractante, selon le cas, évalués de manière adéquate), autres conditions commerciales, dépenses (d'investissement ou d'exploitation), nature et étendue du soutien éventuel du secteur public, qualifications des clauses du contrat, structure et qualité de l'équipe de direction, points forts du plan financier et disponibilité des fonds engagés, ainsi que tout autre aspect pouvant être spécifié de temps à autre dans la réglementation relative aux PPP. Les critères et la méthode d'évaluation des offres doivent être clairs, transparents, non discriminatoires, raisonnablement appropriés pour chaque PPP et conformes aux critères appliqués et aux conclusions tirées lors de l'évaluation et de l'approbation du projet de PPP en vertu de l'article 12 (tels qu'ils figurent dans la résolution de mise en œuvre du projet).

7. Non-discrimination. L'autorité contractante n'exerce aucune discrimination entre les soumissionnaires ou participants locaux et étrangers aux projets de PPP ni ne les traite de façon inégale, en ce qui concerne l'adjudication ou la mise en œuvre ultérieure d'un PPP, à moins d'une disposition contraire dans la réglementation relative aux PPP ou le droit applicable et, le cas échéant, uniquement dans la mesure autorisée.

Article 16. Processus et procédures d'appel d'offres : généralités

- 1. Choix du processus d'appel d'offres.** Les aspects détaillés du processus d'appel d'offres à appliquer pour l'adjudication de chaque PPP sont définis dans le dossier d'appel d'offres établi et mis à disposition des soumissionnaires potentiels en application de l'article 17. Ils sont également résumés dans l'annonce publique de l'appel d'offres.
- 2. Appels d'offres ouverts ou restreints.** D'ordinaire, le processus d'appel d'offres est ouvert, avec ou sans phase de présélection, et comporte une ou deux phases (après la présélection éventuelle). On peut également procéder à un appel d'offres restreint, mais uniquement dans des cas exceptionnels de défense nationale ou de sécurité nationale ou dans d'autres circonstances exceptionnelles prévues dans la présente loi, lorsque l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un appel d'offres ouvert mette en péril des secrets d'État ou la confidentialité gouvernementale ou ait d'autres conséquences préjudiciables démontrables pour l'intérêt national, et donc pour la faisabilité des processus en jeu.
- 3. Concurrence dans le cadre des appels d'offres restreints.** Dans le cas d'un appel d'offres restreint, l'autorité contractante doit néanmoins prendre toutes les mesures raisonnables pour le structurer et l'organiser de manière à favoriser une véritable concurrence et solliciter des offres auprès d'autant de sources différentes que les circonstances le permettent.
- 4. Admissibilité.** En principe, peut participer à un appel d'offres toute personne (nationale ou étrangère) disposant au titre du droit applicable de la capacité juridique requise, c'est-à-dire les entreprises, les partenariats et les personnes physiques, ou toute combinaison ou tout consortium de ces personnes, mais toujours sous réserve des restrictions applicables au titre de la présente Norme ou de la réglementation relative aux PPP quant à la participation aux appels d'offres.
- 5. Qualification des consortiums.** Lorsqu'un consortium participe à un appel d'offres, les informations nécessaires pour démontrer les qualifications requises doivent être fournies pour l'ensemble du consortium et pour chaque membre individuellement. L'autorité contractante examine les capacités de chacun des membres du consortium et détermine si les qualifications combinées de l'ensemble des membres permettent de satisfaire aux besoins de toutes les phases et de tous les aspects du projet de PPP.
- 6. Décisions conformes au dossier d'appel d'offres.** Les décisions de l'autorité contractante concernant la présélection, la sélection ou le rejet des soumissionnaires et l'adjudication du contrat de PPP doivent être prises en appliquant uniquement les critères, exigences et procédures décrits dans le dossier d'appel d'offres correspondant.
- 7. Communication avec les soumissionnaires.** Le dossier d'appel d'offres doit prévoir, si nécessaire, la mise en œuvre de processus et de méthodes de communication transparente avec les soumissionnaires, permettant notamment, selon les besoins, des conférences, des réunions et des procédures de communication par écrit, la transmission de commentaires sur le dossier d'appel d'offres et de propositions de modifications audit dossier (y compris au projet de contrat de PPP), des échanges sur les prescriptions et spécifications techniques et des modifications à celles-ci, des échanges sur la répartition des risques et les conditions commerciales, des précisions sur les propositions de financement et sur d'autres questions.

8. Garantie de soumission. Dans le cadre du dossier d'appel d'offres, les soumissionnaires peuvent être tenus de constituer une garantie de soumission, par exemple sous la forme d'un cautionnement, d'un montant et selon des modalités raisonnables eu égard aux circonstances. Le cas échéant, le dossier d'appel d'offres doit préciser les circonstances dans lesquelles les soumissionnaires peuvent perdre ladite garantie de soumission. Un soumissionnaire ne peut perdre sa garantie de soumission dans des circonstances autres que celles spécifiées dans le dossier.

9. Aspects procéduraux. Aucun soumissionnaire ne peut participer à plus d'une soumission pour une présélection ou un appel d'offres, sauf dans les cas et dans la mesure où le dossier d'appel d'offres le permet (notamment, par exemple, dans le cas de sous-traitants). Les soumissions pour une présélection ou un appel d'offres peuvent être modifiées ou révoquées à tout moment jusqu'à la date limite de soumission conformément aux procédures d'appel d'offres applicables.

10. Précisions et négociations finales. Le dossier d'appel d'offres peut prévoir un processus final de clarification et de négociation entre le public et un soumissionnaire sur certains aspects de l'offre jugée la plus favorable, selon les critères et la méthode d'évaluation applicables, y compris des modifications des clauses du projet de contrat de PPP, à condition que les modifications définitives apportées à l'offre ou au projet de contrat soient conformes au processus global d'appel d'offres et d'évaluation et avec la réserve qu'elles n'auraient pas abouti à la sélection d'un soumissionnaire différent si elles avaient été apportées ou convenues plus tôt.

11. Procédures exceptionnelles. Il est admis que le dossier d'appel d'offres peut contenir des dispositions modifiant des aspects de la procédure d'appel d'offres autrement applicables dans des circonstances particulières, notamment : a) lorsqu'un seul soumissionnaire est présélectionné ou soumet une manifestation d'intérêt ou une offre conforme (auquel cas, par exemple, l'autorité contractante peut être autorisée à lancer un nouvel appel d'offres pour le projet de PPP, ou bien à poursuivre sur la base de négociations directes si elle est convaincue que le processus a déjà été suffisamment concurrentiel), ou b) en qualifiant ou en limitant le droit et la capacité de différents soumissionnaires à se regrouper pendant le processus d'appel d'offres afin de soumettre une offre commune. Il se peut que la réglementation relative aux PPP prévoie expressément des situations de ce type.

12. Confidentialité. Sous réserve et sans préjudice de l'article 10, l'autorité contractante et la commission d'appel d'offres traitent toutes les propositions soumises dans le cadre des procédures d'appel d'offres menées conformément à la présente Norme de manière à éviter d'en divulguer inutilement le contenu aux soumissionnaires concurrents ou à toute autre personne non autorisée à obtenir ce type d'information. Toutes les discussions, communications et négociations entre l'autorité contractante ou la commission d'appel d'offres et un soumissionnaire sont confidentielles (sous réserve de ce qui précède). Sauf si la loi ou une décision de justice l'impose, pendant lesdites procédures d'appel d'offres, il est interdit à toute partie de divulguer à une autre personne des informations techniques ou relatives aux prix ou d'autres informations confidentielles concernant les discussions, communications et négociations susmentionnées sans le consentement de l'autre partie.

13. Dossiers. L'autorité contractante fait le nécessaire pour garder une trace des informations concernant les procédures de sélection et d'adjudication pour le projet de PPP conformément aux prescriptions de la réglementation relative aux PPP.

Article 17. Dossier d'appel d'offres, prescriptions et informations

1. Contenu du dossier d'appel d'offres. L'autorité contractante établit, pour tout appel d'offres organisé conformément aux dispositions de la présente Norme, le dossier d'appel d'offres contenant les informations requises par la réglementation relative aux PPP pour la structure d'appel d'offres utilisée, notamment, selon le cas, les informations ci-après :

a) Une description du PPP envisagé et de l'infrastructure publique, de l'installation ou des services concernés ;

b) Une indication d'autres éléments essentiels du projet de PPP qui doivent être déterminés à la phase correspondante du processus d'appel d'offres, notamment les services devant être fournis par le partenaire privé, les arrangements financiers et commerciaux envisagés par l'autorité contractante (tels que les mécanismes de paiement et les sources de financement) et la nature et l'étendue du soutien éventuel que le secteur public peut apporter au projet de PPP ;

c) Une description complète et précise des procédures d'appel d'offres applicables ;

d) Les prescriptions fonctionnelles et les indicateurs clés de performance du projet, selon le cas, notamment les prescriptions de l'autorité contractante en ce qui concerne les normes de sûreté et de sécurité, la protection de l'environnement et les Principes directeurs ;

e) Un projet de contrat de PPP ou, s'il n'est pas possible d'établir le texte complet eu égard aux circonstances, un résumé contenant les principales clauses proposées, rendant compte de la répartition des principaux risques et indiquant, le cas échéant, quelles modalités sont considérées comme non négociables ;

f) Les critères détaillés et la méthode d'évaluation des offres, y compris l'importance relative ou la pondération, à appliquer pour la présélection des soumissionnaires (le cas échéant), l'évaluation des offres et des propositions, la sélection finale du partenaire privé et l'adjudication du contrat de PPP, ainsi que les seuils pertinents, le cas échéant, fixés par l'autorité contractante pour déterminer la conformité des propositions ;

g) Des précisions sur le processus et les méthodes de communication avec les soumissionnaires, notamment les éventuelles conférences, et sur le processus, le cas échéant, de soumission de commentaires ou de demande de précisions quant aux clauses de l'appel d'offres ou sur le dossier ;

h) La description de la garantie de soumission requise, le cas échéant, y compris des circonstances dans lesquelles le soumissionnaire peut la perdre ;

i) Des informations suffisantes pour permettre aux soumissionnaires compétents ou qualifiés de soumettre des offres conformes en temps voulu, notamment l'indication de la date limite de soumission.

2. Données complètes. L'autorité contractante fournit dans le dossier d'appel d'offres (ou dans les documents justificatifs ou la salle de données confidentielles mise en place pour l'appel d'offres), de manière pleinement transparente, toutes les informations concernant le PPP proposé et les actifs qui en résulteront qu'elle a en sa possession et qui peuvent être raisonnablement considérées comme nécessaires pour permettre aux soumissionnaires de participer efficacement et en toute connaissance de cause à l'appel d'offres (ou à la phase visée de l'appel d'offres), mais toujours sous réserve des éventuelles restrictions applicables en matière de confidentialité.

3. Modifications du dossier d'appel d'offres. L'autorité contractante peut, à moins d'une disposition contraire dans la présente Norme ou dans la réglementation relative aux PPP, de sa propre initiative ou à la suite d'une demande de précisions d'un soumissionnaire, examiner et, selon le cas, réviser ou modifier tout élément du dossier d'appel d'offres ou de l'invitation à soumissionner pendant le processus d'appel d'offres, y compris le projet de contrat de PPP, à condition :

- a) Qu'elle n'apporte pas au projet de changements d'une telle importance que la présélection, les critères d'évaluation ou les exigences minimales du projet en seraient modifiés ;
- b) Qu'elle informe l'unité PPP [ou un autre organe compétent applicable] de toute modification apportée au dossier d'appel d'offres [et que ledit organe approuve les modifications] ;
- c) Qu'elle informe tous les soumissionnaires desdites modifications sans délai ;
- d) Si nécessaire, que le délai de soumission des propositions soit prolongé de façon à laisser le temps à l'autorité contractante d'apporter ces modifications et aux soumissionnaires d'y répondre.

L'autorité contractante doit indiquer, dans les dossiers qu'elle doit tenir sur les procédures de sélection en vertu de la présente Norme, la raison justifiant une telle révision ou modification.

4. Examen du dossier d'appel d'offres. Le dossier d'appel d'offres et toute modification qui y est apportée doivent être soumis à l'examen et à l'approbation de l'unité PPP [ou d'un autre organe compétent applicable].

Article 18. Commission d'appel d'offres

1. Constitution et structure. L'autorité contractante et l'unité PPP (et/ou un autre organe compétent si la réglementation relative aux PPP l'exige) constituent une commission d'appel d'offres chargée d'organiser l'appel d'offres pour un PPP, d'évaluer les offres et les propositions, de communiquer avec les soumissionnaires et de déterminer le soumissionnaire privilégié ou retenu. La composition, les pouvoirs et les procédures de la commission d'appel d'offres sont déterminés conformément à la réglementation relative aux PPP (un mécanisme doit être prévu pour gérer les éventuels conflits d'intérêts de ses membres).

2. Composition. La commission d'appel d'offres se compose d'un nombre impair de membres [dont une partie ou la totalité sont indépendants de l'équipe du projet de PPP]. L'autorité contractante (et/ou un autre organe compétent, comme prévu plus haut) nomme son (sa) président(e). Les autres membres sont nommés conformément aux prescriptions de la réglementation relative aux PPP, mais il peut s'agir de consultants ou d'experts indépendants si cela est jugé nécessaire.

3. Procès-verbaux. La commission d'appel d'offres établit des procès-verbaux de toutes ses réunions, qui sont soumis à l'approbation de tous les membres présents et signés par le (la) président(e) et le (la) secrétaire de la commission.

4. Dossiers. La commission d'appel d'offres documente de manière raisonnablement détaillée le processus d'appel d'offres et l'évaluation en indiquant les raisons qui justifient ses décisions de sélection et d'adjudication.

5. Interprétation. Les références à l'autorité contractante dans le présent chapitre IV peuvent être interprétées comme faisant également référence à la commission d'appel d'offres lorsque le contexte l'exige.

Article 19. Phases de l'appel d'offres

1. Phases de l'appel d'offres. Un appel d'offres comprend les phases suivantes, sous réserve de la réglementation relative aux PPP et conformément à celle-ci :

- a) Annonce de l'appel d'offres et demande de manifestations d'intérêt ou de soumissions aux fins de présélection ;
- b) Manifestations d'intérêt ou soumissions aux fins de présélection et présélection des soumissionnaires ;
- c) Invitation officielle à soumissionner (en une ou deux phases) ;
- d) Préparation et soumission des propositions (en une ou deux phases) ;
- e) Évaluation des propositions et sélection du soumissionnaire retenu ou privilégié ;
- f) Établissement des clauses définitives du contrat de PPP et de tous les autres aspects requis du projet de PPP avec le soumissionnaire retenu ou privilégié ;
- g) Adjudication et conclusion du contrat de PPP.

2. Annonce de l'appel d'offres. Une annonce d'appel d'offres est suivie d'une demande de manifestations d'intérêt ou d'une phase de présélection, puis (sauf dans le cas d'un appel d'offres en une seule phase) d'une invitation à soumissionner, chacune contenant toutes les informations raisonnablement nécessaires pour permettre aux soumissionnaires de participer à la phase correspondante de l'appel d'offres.

3. Appels d'offres en une seule phase. Si la réglementation relative aux PPP le permet, il est possible de procéder à un appel d'offres en une seule phase combinant les phases de présélection et de soumission des offres.

4. Exceptions relatives aux appels d'offres restreints. Lorsque la présente Norme et la réglementation relative aux PPP le permettent, il est possible de procéder à un appel d'offres restreint, auquel cas la phase d'annonce de l'appel d'offres n'est pas nécessaire et les participants sont informés de l'appel d'offres par écrit.

5. Procédure de présélection. Afin de limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à soumettre des propositions, l'autorité contractante peut procéder à une présélection afin de déterminer les soumissionnaires qui sont dûment qualifiés pour mettre en œuvre le PPP envisagé. Dans ce cas, les dispositions ci-après s'appliquent (sous réserve de la réglementation relative aux PPP) :

- a) L'invitation à participer à la procédure de présélection est publiée conformément aux prescriptions de la réglementation relative aux PPP et contient toutes les informations requises qui peuvent être nécessaires pour permettre aux soumissionnaires de présenter des candidatures conformes dans le délai fixé ;
- b) L'autorité contractante prend une décision concernant les qualifications de chaque soumissionnaire ayant postulé pour la présélection, selon les critères spécifiés dans l'invitation à participer, puis invite tous les soumissionnaires présélectionnés à présenter des propositions pour le PPP conformément aux procédures et aux prescriptions de l'appel d'offres ;

c) Si l'autorité contractante se réserve le droit, dans l'invitation à participer, de solliciter des propositions d'un nombre limité de soumissionnaires qui remplissent le mieux les critères de présélection, elle fonde son évaluation sur ces critères et établit une liste restreinte de soumissionnaires qui seront invités à présenter des propositions, jusqu'au nombre maximal spécifié (mais au moins trois, si possible). Ces soumissionnaires sont ensuite invités à présenter des propositions pour le projet de PPP conformément aux procédures et aux prescriptions de l'appel d'offres.

6. Contenu de l'invitation à soumissionner. L'autorité contractante fournit un exemplaire de l'invitation à soumissionner et des documents y relatifs à chacun des soumissionnaires (ou soumissionnaires présélectionnés, selon le cas) invités à soumettre une proposition pour le projet de PPP conformément à la présente Norme qui se sont acquittés, le cas échéant, du prix facturé pour lesdits documents. L'invitation à soumissionner contient toutes les informations requises au titre du paragraphe 1 de l'article 17 et de la réglementation relative aux PPP qui sont nécessaires pour permettre aux soumissionnaires de présenter des propositions conformes pour le projet de PPP avant la date limite de soumission, conformément aux procédures et aux prescriptions de l'appel d'offres.

7. Comparaison et évaluation des offres ou des propositions. L'autorité contractante compare et évalue chaque offre ou proposition soumise pour le PPP visé conformément aux critères d'évaluation établis dans le dossier d'appel d'offres, selon la pondération relative accordée à chacun de ces critères ou selon leur ordre décroissant d'importance. À cette fin, elle peut fixer des seuils en ce qui concerne les aspects techniques, financiers, commerciaux et de qualité des offres ou des propositions. Les offres ou les propositions qui n'atteignent pas ces seuils sont considérées comme non conformes et exclues de la procédure.

8. Appel d'offres en deux phases. L'autorité contractante adopte une structure d'appel d'offres fondée sur une invitation à soumissionner en deux phases lorsque l'unité PPP estime que pour répondre au mieux à ses besoins, des échanges avec les soumissionnaires sont nécessaires pour préciser des aspects de la description de l'objet du marché et les formuler de façon suffisamment détaillée. Dans ce cas, les dispositions ci-après s'appliquent (sous réserve de la réglementation relative aux PPP) :

a) Avant d'émettre l'invitation à soumissionner définitive, l'autorité contractante émet une invitation initiale dans laquelle elle appelle les soumissionnaires à présenter, dans la première phase de la procédure, leurs propositions initiales et leurs commentaires sur les spécifications du projet, les indicateurs de performance, les besoins de financement ou d'autres caractéristiques pertinentes du projet de PPP et sur les principales modalités contractuelles proposées par l'autorité contractante.

b) L'autorité contractante peut organiser des réunions et échanger ou dialoguer avec les soumissionnaires dont les propositions initiales n'ont pas été officiellement et dûment rejetées au motif qu'elles étaient non conformes ou inacceptables. Ces discussions peuvent porter sur n'importe quel aspect de l'invitation à soumissionner initiale ou des propositions initiales et des documents d'accompagnement présentés par les soumissionnaires.

c) Après examen des propositions reçues, l'autorité contractante peut revoir et, s'il y a lieu, réviser l'invitation à soumissionner initiale en supprimant, ajoutant ou modifiant tout aspect des spécifications initiales du projet, des indicateurs de performance, des besoins de financement ou d'autres caractéristiques du projet de PPP, y compris des principales modalités contractuelles, ainsi que tout critère spécifié pour l'évaluation et la comparaison des propositions et la détermination de l'adjudicataire. Tout ajout, suppression ou modification est communiqué dans l'invitation à soumissionner définitive.

d) Dans la deuxième phase de la procédure, l'autorité contractante invite les soumissionnaires à présenter des propositions définitives à l'égard d'un seul ensemble de spécifications de projet, d'indicateurs de performance ou de modalités contractuelles conformément à la procédure d'appel d'offres.

e) L'autorité contractante classe toutes les propositions conformes en fonction des critères d'évaluation définis dans le dossier d'appel d'offres et invite le soumissionnaire qui a obtenu le meilleur score à participer à une négociation sur les modalités définitives du contrat de PPP (à l'exclusion, le cas échéant, des modalités signalées comme non négociables dans l'invitation à soumissionner définitive).

f) Si l'autorité contractante se rend compte que les négociations avec le soumissionnaire invité n'aboutiront pas à un contrat, elle informe celui-ci qu'elle met fin aux négociations et lui accorde un délai raisonnable pour formuler sa meilleure offre finale. Si elle ne juge pas cette offre acceptable, elle la rejette et invite les autres soumissionnaires à participer à des négociations, dans l'ordre de leur classement, jusqu'à ce que les négociations aboutissent à un contrat de PPP ou que toutes les propositions restantes aient été rejetées. L'autorité contractante ne peut reprendre les négociations avec un soumissionnaire avec lequel elle y a mis fin en application du présent paragraphe.

9. Dialogue compétitif. L'autorité contractante peut adopter une structure d'appel d'offres prévoyant une invitation à soumissionner et un dialogue (« dialogue compétitif ») lorsqu'il n'est pas possible de formuler une description détaillée du PPP proposé, qui serait nécessaire pour procéder à un appel d'offres ouvert conformément aux dispositions de la présente loi, et lorsqu'elle estime avoir besoin d'un dialogue avec les soumissionnaires pour trouver la solution la plus satisfaisante à ses besoins. Dans ce cas, les dispositions ci-après s'appliquent (sous réserve de la réglementation relative aux PPP) :

a) L'autorité contractante invite chaque soumissionnaire ayant présenté une proposition conforme en réponse à l'invitation à soumissionner initiale (jusqu'à hauteur du nombre maximal applicable, le cas échéant) à participer au dialogue. Elle doit veiller à ce qu'un nombre suffisant de soumissionnaires et, si possible, au moins trois, soient invités à participer afin de garantir une mise en concurrence effective.

b) Le dialogue est mené simultanément par les mêmes représentants de l'autorité contractante.

c) L'autorité contractante détermine clairement les aspects du projet de PPP et du dossier et du processus d'appel d'offres qui doivent faire l'objet du dialogue.

d) Au cours du dialogue, l'autorité contractante ne peut en aucun cas modifier d'aspects importants du PPP proposé, de critères de présélection ou d'évaluation, de prescriptions minimales, d'éléments de la description du projet de PPP figurant dans l'invitation à soumissionner ou de modalités ou conditions du processus de passation de marchés qui ne font pas l'objet du dialogue.

e) Toutes les prescriptions, directives, documentations, précisions ou autres informations produites pendant le dialogue qui sont communiquées par l'autorité publique à un soumissionnaire doivent également être communiquées en même temps à tous les autres soumissionnaires, sauf si elles contiennent des informations exclusivement réservées au soumissionnaire concerné dont la divulgation contreviendrait aux restrictions applicables en matière de confidentialité.

f) À l'issue du dialogue, l'autorité contractante invite tous les soumissionnaires qui ne se sont pas retirés du processus à présenter leur meilleure offre finale en ce qui concerne tous les aspects de leur proposition. L'invitation doit être effectuée par écrit et préciser les modalités, le lieu et la date limite de soumission des meilleures offres finales. À moins d'une disposition contraire dans la réglementation relative aux PPP et le dossier d'appel d'offres, aucune négociation ne peut avoir lieu entre l'autorité contractante et les soumissionnaires concernant leurs meilleures offres finales.

g) L'offre répondant le mieux aux besoins de l'autorité contractante est sélectionnée parmi les meilleures offres finales soumises conformément à cette procédure, sur la base des critères d'évaluation et de sélection établis dans le dossier d'appel d'offres.

Article 20. Conclusion du contrat de PPP

1. Soumissionnaire retenu. Le soumissionnaire retenu est celui qui a soumis l'offre conforme la plus favorable selon les critères et la méthode d'évaluation établis dans le dossier d'appel d'offres. L'autorité contractante doit annoncer officiellement et publier l'identité du soumissionnaire retenu peu après l'avoir sélectionné.

2. Signataires du contrat de PPP. La conclusion du contrat de PPP ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai de [quatorze jours] à compter de la date de publication de l'identité du soumissionnaire retenu, notamment pour permettre d'invoquer les procédures existantes de contestation lorsqu'il est allégué que les prescriptions de la présente Norme s'appliquant à la passation de marchés n'ont pas été respectées. Le contrat de PPP est conclu par l'autorité contractante avec le soumissionnaire retenu (ou avec une autre personne morale de droit privé établie par ce dernier à cette fin), qui devient le partenaire privé dans le projet de PPP aux fins de la présente Norme. Toute autre personne morale de droit privé ou structure de titrisation établie par le soumissionnaire retenu doit satisfaire aux prescriptions de fond applicables à une telle entité spécifiées dans le dossier d'appel d'offres ou autrement convenues avec l'autorité contractante.

3. Publication de l'adjudication du contrat. L'autorité contractante donne notification de l'adjudication du contrat sur son site Web officiel et la publie par les voies officielles conformément aux prescriptions de l'article 10. La notification doit indiquer l'identité du partenaire privé et comprendre un résumé des modalités essentielles du contrat de PPP (sous réserve des éventuelles restrictions applicables en matière de confidentialité).

4. Divulcation au public des contrats de PPP. Chaque contrat de PPP conclu en vertu du présent article doit également être divulgué au public (mais toujours sous réserve des éventuelles restrictions applicables en matière de confidentialité) conformément aux dispositions de la présente Norme (y compris de l'article 10) ou de la réglementation relative aux PPP.

Article 21. Conclusion du contrat de PPP en cas de proposition spontanée

1. Mise en concurrence. Si l'autorité contractante décide de mettre en œuvre un projet de PPP sur la base d'une proposition spontanée en application de l'article 14 (selon la proposition initiale ou selon les modalités modifiées comme le permet ledit article), elle doit, sauf dans les circonstances énoncées à l'article 22, entamer sans délai une procédure d'appel d'offres pour le PPP proposé conformément à la présente loi, toujours sous réserve qu'elle considère a) que le PPP proposé peut être mis en œuvre sans utiliser des titres de propriété intellectuelle, des secrets commerciaux et d'autres droits exclusifs appartenant à l'initiateur privé ou en sa possession ; et b) que le concept proposé ou la technologie en jeu ne sont pas véritablement uniques ou nouveaux.

2. Prescriptions relatives à la procédure d'appel d'offres. Si l'autorité contractante entame une procédure d'appel d'offres conformément au paragraphe 1, elle publie sur son site Web et par les voies officielles, en application de l'article 13, sa résolution de mise en œuvre pour le projet de PPP accompagnée d'un résumé et d'une description du PPP proposé et de ses principaux objectifs ainsi que de tous les documents pertinents, en invitant toute tierce partie à soumettre dans un délai donné une manifestation d'intérêt pour la mise en œuvre du projet de PPP.

3. Exceptions : contrat avec l'initiateur privé. Si l'autorité contractante considère que les conditions a) et b) de la réserve énoncée au paragraphe 1 ne sont pas satisfaites, ou si aucune tierce partie ne soumet de manifestation d'intérêt dans le délai mentionné au paragraphe 2, l'autorité contractante peut, dans les cas où elle est convaincue que toutes les mesures raisonnables ont été prises pour solliciter des propositions concurrentes, procéder à l'adjudication du projet et conclure avec l'initiateur privé un contrat de PPP à cette fin, sous réserve des négociations directes autorisées par les dispositions de l'article 22 et de la réglementation relative aux PPP (et de toute procédure particulière applicable dans cette situation pouvant être prévue par ces dispositions, notamment de la nécessité d'obtenir d'autres approbations).

4. Remise en concurrence. Si l'autorité contractante n'est pas convaincue que toutes les mesures raisonnables aient été prises pour attirer des propositions concurrentes, elle est en droit de prolonger le délai de soumission des manifestations d'intérêt de tierces parties, de modifier s'il y a lieu les documents résumant et décrivant le PPP proposé et de solliciter d'autres manifestations d'intérêt.

5. Procédure d'appel d'offres. Si des tierces parties soumettent des manifestations d'intérêt dans le(s) délai(s) susmentionné(s), l'autorité contractante organise une procédure d'appel d'offres pour le projet de PPP conformément à la présente Norme.

6. Participation de l'initiateur privé à l'appel d'offres. L'initiateur privé est invité à participer, le cas échéant, à la procédure d'appel d'offres organisée pour le projet de PPP par l'autorité contractante. Celle-ci peut lui offrir une mesure incitative, un avantage ou une contrepartie appropriés (le cas échéant), comme prévu dans la réglementation relative aux PPP, en échange de l'élaboration et de la soumission de la proposition, notamment :

a) Une compensation pécuniaire (d'un montant convenu au préalable) pour les coûts et dépenses raisonnables et documentés qu'il a engagés pour élaborer la proposition spontanée avant le début de la procédure d'appel d'offres, à hauteur d'un maximum spécifié ;

b) [S'il y a lieu, un ajustement de la note d'évaluation de l'initiateur privé dans le dossier d'appel d'offres (d'une valeur déterminée au préalable avant la publication du dossier)] ;

c) [S'il y a lieu, une dispense de certaines prescriptions relatives à la soumission d'une offre].

7. Publication et divulgation du contrat. Chaque contrat de PPP conclu en application du présent article doit être publié et divulgué au public conformément aux dispositions de l'article 20.

Article 22. Négociations directes

1. Exceptions aux procédures d'appel d'offres. L'autorité contractante peut, à l'issue de négociations directes avec le partenaire privé, conclure un contrat de PPP sans procéder du tout à un appel d'offres conformément à la présente Norme ou sans l'achever, selon le cas, mais uniquement dans les circonstances exceptionnelles ci-après :

a) [Lorsqu'un seul soumissionnaire a été présélectionné ou a soumis une offre conforme dans le cadre d'un processus d'appel d'offres organisé en vertu de l'article 19] ;

b) Lorsque le paragraphe 3 de l'article 21 peut s'appliquer ;

c) [Lorsqu'il est urgent d'assurer la continuité de la prestation d'un service et qu'il serait impossible d'appliquer les procédures d'appel d'offres décrites dans le présent chapitre, à condition que l'urgence ne découle pas de circonstances prévisibles par l'autorité contractante ni d'une conduite dilatoire de sa part] ;

d) Lorsque l'application des procédures d'appel d'offres décrites dans la présente Norme va à l'encontre des intérêts de sécurité essentiels du pays ;

e) Lorsque l'autorité contractante (et tout organe compétent autorisé par la réglementation relative aux PPP à cette fin) a clairement établi, à sa satisfaction, et confirmé, après présentation d'un rapport détaillé établi à cet effet par un expert indépendant, qu'il n'y a qu'une seule entité capable de mettre en œuvre le projet de PPP en tant que partenaire privé (par exemple, s'il est indispensable d'avoir recours à une technologie brevetée ou à des titres de propriété intellectuelle, des secrets commerciaux, un savoir-faire ou d'autres droits exclusifs appartenant à ladite source ou en sa possession), si bien qu'il ne serait pas faisable de procéder à un appel d'offres.

2. Procédures applicables aux négociations directes. Les procédures, prescriptions et conditions détaillées applicables aux négociations directes, y compris dans le cas de propositions spontanées au titre de l'article 21, doivent être précisées dans la réglementation relative aux PPP, notamment en ce qui concerne les approbations requises pour y avoir recours, le suivi et l'établissement de rapports sur l'avancement du processus et les modalités et l'efficacité des projets de PPP mis en œuvre à l'issue de négociations directes.

3. Étapes suivantes. Lorsqu'un contrat de PPP est négocié directement, l'autorité contractante doit (sauf si un appel d'offres restreint s'impose nécessairement) :

a) Publier un avis pour annoncer son intention d'entamer des négociations au sujet d'un contrat de PPP conformément à la réglementation relative aux PPP ;

b) Engager des négociations avec autant de personnes qu'elle juge capables de mener à bien le projet si les circonstances le permettent ;

c) Établir des critères d'évaluation appropriés par rapport auxquels les propositions seront évaluées et classées.

4. Publication et divulgation du contrat. Chaque contrat de PPP conclu en application du présent article doit être publié et divulgué au public conformément aux dispositions de l'article 20.

Article 23. Procédures de réexamen et de contestation

1. Recours en cas de manquement de l'autorité publique. Tout soumissionnaire ou partenaire privé potentiel qui allègue avoir subi ou risquer de subir une perte ou un dommage à cause d'une décision ou d'une action par laquelle l'autorité contractante ou un autre organe compétent a enfreint ou n'a pas respecté les prescriptions de la présente Norme, de la réglementation relative aux PPP ou de tout autre droit applicable, dans le cadre de la sélection, de la préparation, de l'évaluation, de la passation de marchés ou de la mise en œuvre d'un projet de PPP, peut contester la décision ou l'action en question et exercer les recours disponibles conformément aux procédures de réexamen et d'appel applicables prévues par la présente Norme ou dans le droit applicable. La réglementation relative aux PPP peut prévoir expressément ces procédures.

2. Procédures d'examen des plaintes pour une contestation efficace. Les éventuelles procédures expressément prévues par la réglementation relative aux PPP visent notamment à garantir que lesdites décisions ou actions pourront être effectivement contestées et réexaminées sans délai, si possible avant qu'elles prennent effet à l'égard du PPP concerné, et qu'il sera possible de prendre des mesures conservatoires ou interlocutoires adéquates pour corriger l'infraction ou le non-respect allégués et atténuer la perte ou le dommage encourus le plus tôt possible. Lesdites mesures peuvent inclure (sous réserve de leurs modalités) le pouvoir de rouvrir, réexaminer, réviser ou annuler une décision, un certificat, une approbation, un document, une ordonnance ou une résolution pris ou accordés conformément aux présentes ou de suspendre ou annuler toute procédure ou démarche appliquée au titre de la présente Norme. Ces procédures peuvent également (sous réserve de ce qui précède) inclure le pouvoir d'accorder une indemnité ou des dommages-intérêts à la personne subissant une perte ou un dommage, voire d'annuler ou de suspendre complètement un projet de PPP dans les circonstances spécifiées.

3. Autres procédures permettant de prendre des mesures conservatoires. La réglementation relative aux PPP vise à garantir que les procédures détaillées établies en vertu de la présente Norme prévoient suffisamment de temps, après la prise de décisions clés ou la publication des principales approbations ou résolutions, pour permettre de prendre des mesures conservatoires ou interlocutoires.

CHAPITRE V. Contrats de PPP

L'obligation qui est faite au partenaire privé d'élaborer, de financer, de construire, de réhabiliter et/ou d'entretenir une infrastructure publique et/ou de fournir un service public dans le cadre d'un projet de PPP s'accompagne d'un certain nombre de droits et d'obligations spécifiques qui ne s'appliquent généralement pas aux autres types de contrats conclus entre les secteurs public et privé. Par conséquent, les contrats de PPP contiennent souvent des clauses juridiques conçues pour tenir compte de circonstances particulières et faciliter la réalisation du projet, et le présent chapitre doit être lu en parallèle avec l'article 32, qui contient des dispositions spéciales concernant la fourniture de services publics dans le cadre d'un PPP, que l'on trouve généralement lorsqu'il s'agit d'une concession.

Article 24. Principales clauses des contrats de PPP

- 1. Clauses convenues par les parties.** Les contrats de PPP doivent contenir les clauses – compatibles avec la résolution de mise en œuvre et les documents d'appel d'offres relatifs au PPP concerné – que les parties jugent appropriées et dont elles ont convenu entre elles, ou qui peuvent être prescrites par la loi (expressément ou implicitement), notamment les clauses se rapportant aux éléments suivants :
 - i) Les considérants établissant les grands principes sur lesquels les parties fondent leur engagement dans le contrat de PPP ;
 - ii) L'identité des parties au contrat de PPP ;
 - iii) L'objet du contrat de PPP, notamment la nature et l'étendue des travaux à réaliser et des services à fournir, ainsi que l'infrastructure publique et/ou les services publics auxquels il se rapporte ;
 - iv) Les caractéristiques et éléments techniques et économiques (pertinents) de l'infrastructure publique associée au projet de PPP ;
 - v) Les droits et obligations spécifiques des parties en ce qui concerne la mise en œuvre du projet de PPP, notamment la nature et l'étendue de l'exclusivité, le cas échéant, des droits accordés au partenaire privé ;
 - vi) La liste des documents contractuels applicables, y compris un ordre de préséance si nécessaire ;
 - vii) Toute condition préalable aux droits et obligations des parties (en tout ou en partie) ;
 - viii) La durée du contrat de PPP et tout mécanisme permettant de le prolonger (sous réserve des dispositions de l'article 8) ;

- ix) Les niveaux de performance, volumes et/ou normes applicables aux travaux, biens et/ou services devant être fournis par le partenaire privé, y compris les indicateurs clés de performance et, le cas échéant, les garanties à fournir par le partenaire privé et toute obligation lui incombant d'ajuster les niveaux de service public pour répondre à la demande réelle et assurer la continuité de ces services et leur prestation dans des conditions essentiellement identiques pour l'ensemble des utilisateurs ;
- x) Le droit de l'autorité contractante de suivre le projet et de s'assurer qu'il est correctement géré et/ou que les services sont fournis conformément aux prescriptions énoncées ;
- xi) Les pénalités applicables au partenaire privé en cas d'insuffisance des résultats et les autres recours possibles en cas de non-respect par le partenaire privé des niveaux de performance, des volumes et/ou des normes ;
- xii) Le cas échéant, les droits du partenaire privé (s'il y en a) de facturer des tiers (y compris les utilisateurs finals) au titre des travaux, biens et/ou services fournis, les conditions qui s'appliquent à ces opérations (telles que les montants et les méthodes de paiement), les mécanismes de révision ou les modalités de modification de ces conditions, et les dispositions relatives à toute éventuelle subvention publique ;
- xiii) Les paiements (éventuels) que l'autorité contractante et/ou tout autre pouvoir public doit effectuer au bénéfice du partenaire privé au titre des travaux, biens et/ou services fournis (tels que, entre autres, la rémunération de la mise à disposition, les péages fictifs, les paiements fondés sur les résultats, les autres types de paiements fondés sur la performance, les paiements liés à des contrats d'enlèvement), leurs méthodes et formules de calcul, les autres conditions applicables, les mécanismes de révision ou les modalités de modification, ainsi que les ventilations de coûts pertinentes et les procédures de paiement applicables ;
- xiv) Tout paiement que le partenaire privé doit effectuer au bénéfice de l'autorité contractante (ou de l'État) dans le cadre du projet de PPP (qu'il s'agisse d'une somme forfaitaire, régulière, périodique ou autre), notamment les redevances et (le cas échéant) le partage des recettes, et/ou l'obligation qui lui est faite de percevoir des droits de douane pour le compte de l'État ;
- xv) Toutes les prescriptions relatives à la constitution en société du partenaire privé (y compris une structure de titrisation constituée conformément à la présente Norme) et à sa structure d'entreprise, aux parties requises et à la capitalisation, ainsi qu'à leurs modifications ultérieures ;
- xvi) Le droit de l'autorité contractante d'examiner et d'approuver certains contrats devant être conclus par le partenaire privé, ou certains aspects de ceux-ci, s'agissant notamment des contrats entre le partenaire privé et ses principaux sous-traitants et/ou actionnaires et/ou affiliés ;
- xvii) La nature du financement du projet de PPP (fonds publics, financement privé, endettement, fonds propres et/ou autres sources) et les responsabilités qui y sont associées ;
- xviii) La responsabilité de l'obtention des licences, permis et consentements requis auprès d'autres autorités publiques et/ou de l'assistance dans les processus concernés ;

- xix) La coordination avec d'autres autorités publiques des activités relevant du projet de PPP ;
- xx) Les procédures d'interface et de coopération régulières entre les parties en vue de promouvoir la collaboration et la résolution à l'amiable des éventuels différends ;
- xxi) Les exigences en matière d'interface et de coopération régulières avec les parties prenantes au projet, notamment celles sur lesquelles le projet a une incidence et les utilisateurs potentiels ;
- xxii) Les obligations, prescriptions et procédures applicables en matière de conception et de construction – ou de reconstruction/réhabilitation – (y compris, le cas échéant, les procédures relatives à l'examen et/ou à l'approbation des plans et modèles, à la résolution des problèmes, aux essais et à l'inspection finale, à l'approbation et à la réception des installations, et toute exigence relative à l'agrandissement ou l'extension d'une installation existante) ;
- xxiii) Les obligations, prescriptions et procédures applicables en matière d'exploitation et d'entretien ;
- xxiv) Les délais d'exécution des obligations particulières (et tout mécanisme permettant de les prolonger) ;
- xxv) Les procédures servant à déterminer ou à certifier l'exécution des obligations particulières ;
- xxvi) La liste des actifs corporels et/ou des droits immobiliers respectifs, y compris les responsabilités en matière d'acquisition, de transfert, d'utilisation et d'entretien de ces actifs dans le cadre du projet de PPP et d'accès à ceux-ci, notamment les éventuelles servitudes ;
- xxvii) Les responsabilités en matière de protection et de sécurisation du projet de PPP et de son site ;
- xxviii) La nature et l'attribution des droits de propriété et des intérêts relatifs au projet de PPP et au site et aux actifs associés (notamment les actifs que le partenaire privé peut être autorisé à posséder en pleine propriété ou indéfiniment) ;
- xxix) La nature de toute infrastructure de soutien, des liaisons de transport et/ou des services de distribution, et la responsabilité de leur fourniture et de leur entretien ;
- xxx) La mise en place et l'utilisation d'installations auxiliaires ou accessoires au projet de PPP et les revenus qui pourraient en découler ;
- xxxi) Les prescriptions en matière d'emploi et de travail (notamment en matière de contenu local) ;
- xxxii) Les exigences de respect du droit applicable ;
- xxxiii) Les droits et pouvoirs de l'autorité contractante en matière de surveillance, d'examen, d'inspection et d'approbation pendant toute la durée du contrat de PPP ;
- xxxiv) Les dispositions relatives à l'information et l'étendue de l'obligation faite au partenaire privé de fournir à l'autorité contractante et/ou à tout autre organisme compétent des rapports et d'autres informations sur le projet de PPP, y compris toute procédure applicable ;

- xxxv) Les obligations faites à chacune des parties d'engager des échanges avec les parties prenantes et de traiter leurs griefs légitimes au moyen de mécanismes de réclamation appropriés ;
- xxxvi) La sous-traitance et la responsabilité du partenaire privé vis-à-vis de ses sous-traitants ;
- xxxvii) Les moyens de recours disponibles en cas de défaillance de l'une ou l'autre des parties, y compris tout droit de substitution (tel que détaillé à l'article 29) accordé à l'autorité contractante ;
- xxxviii) Tout droit de substitution (défini comme indiqué ci-dessus) accordé aux prêteurs du partenaire privé ;
- xxxix) Les droits du partenaire privé d'accorder des sûretés réelles sur ses actifs et droits liés au PPP ;
- xl) La détention et l'utilisation des droits de propriété intellectuelle ;
- xli) Le transfert des actifs et de la propriété et toute disposition relative à un nouveau transfert éventuel à l'issue du contrat ;
- xlvi) Les droits et obligations des parties en ce qui concerne les informations confidentielles et la divulgation des informations relatives au projet ;
- xlvi) Les mécanismes et procédures permettant d'exonérer les parties de leur responsabilité et/ou de fournir une protection et/ou une compensation appropriées (y compris par la modification du contrat de PPP) pour tenir compte des incidences d'événements indépendants de la volonté de la partie concernée, tels que la force majeure, une modification de la législation ou d'autres événements exceptionnels ;
- xliii) Les mécanismes de variation (et les mécanismes d'ajustement ou de recouvrement des coûts qui y sont liés) et les procédures visant à apporter d'autres modifications au contrat de PPP ;
- xliii) La dénonciation de l'accord, notamment les motifs de caducité, les procédures à suivre, l'incidence des droits de substitution du prêteur, et les dispositions relatives aux paiements compensatoires ;
- xliii) Les mesures à prendre pour minimiser les incidences négatives de toute résiliation anticipée sur la continuité de la fourniture du service public dans le cadre du projet de PPP ;
- xliii) Les responsabilités liées à l'expiration du contrat, notamment la remise des actifs issus du projet de PPP (sauf si le partenaire privé en est le propriétaire) et les obligations de formation et de transfert qui en découlent, ainsi que, le cas échéant, la mise hors service des actifs et les responsabilités financières associées ;
- xliii) Les exigences en matière d'assurance (y compris, le cas échéant, l'assurance relative aux événements liés aux changements climatiques) ;
- xliii) Les obligations environnementales et sociales, notamment toute exigence particulière relative aux ODD et aux Principes directeurs, ainsi que les obligations de gérer et de suivre les impacts du projet de ce point de vue et d'en rendre compte, et de prendre si nécessaire des mesures correctrices tout au long de la durée du projet ;

- l) Le droit applicable et les mécanismes de règlement et/ou de prévention des litiges, notamment les dispositions et les procédures relatives à l'arbitrage ;
- li) Les responsabilités et les indemnités ;
- lii) La renonciation à l'immunité souveraine ;
- liii) Les représentations juridiques et garanties ;
- liv) Toute autre clause dont les parties pourraient convenir.

2. Structures de contrat disponibles. Les parties à un contrat de PPP ont le droit de convenir des formes et structures contractuelles et commerciales qui leur semblent les plus appropriées pour concrétiser les principales caractéristiques et particularités du projet de PPP concerné, notamment celles qui sont reconnues au niveau international en tant que pratiques exemplaires.

Article 25. Modification et dénonciation d'un contrat de PPP

1. Résiliation du contrat. Le contrat de PPP prend fin à l'expiration de son terme (sous réserve de toute disposition visant à le prolonger). Une résiliation anticipée peut intervenir si le contrat le permet, et conformément au droit applicable.

2. Modifications et résiliation conventionnelles. Les parties peuvent modifier les clauses du contrat de PPP ou le résilier par consentement mutuel à tout moment, mais toujours sous réserve de ses dispositions, des clauses de tout accord direct et de toute condition ou restriction en vertu du droit applicable ou de la réglementation applicable aux PPP, notamment en ce qui concerne les consentements ou autorisations supplémentaires requis.

a) [Option 1 : En particulier, tout amendement ou toute modification (autre que ce qui est déjà prévu en termes clairs et précis dans le contrat) qui changerait substantiellement l'un des [éléments ou aspects fondamentaux ou essentiels] du projet de PPP ou de ses clauses qui a joué un rôle important dans l'évaluation et l'approbation du projet en vertu de l'article 12 et/ou dans la décision d'attribuer le projet au partenaire privé dans le cadre d'un appel d'offres concurrentiel organisé en vertu de la présente Norme, doit être approuvé ou avalisé par l'organisme compétent désigné à cette fin (le cas échéant) dans la présente Norme ou dans la réglementation relative aux PPP avant que cet amendement ou cette modification ne prenne effet. Cette approbation ou cet aval peut être soumis à d'autres conditions spécifiques (notamment, dans certains cas, le lancement d'un nouvel appel d'offres pour le contrat de PPP). La base sur laquelle un organisme compétent peut donner ou refuser son approbation ou son aval, et préciser d'autres conditions, doit être énoncée ou reflétée dans la réglementation relative aux PPP] ;

b) [Option 2 : En particulier, tout amendement ou toute modification (autre que ce qui est déjà prévu en termes clairs et précis dans le contrat) qui rendrait le contrat substantiellement différent de celui initialement conclu doit être approuvé ou avalisé par l'organisme compétent désigné à cette fin (le cas échéant) dans le présent document ou dans la réglementation relative aux PPP avant que cet amendement ou cette modification ne prenne effet. Un amendement ou une modification est considéré comme substantiel si au moins l'une des conditions suivantes est remplie :

- i.) La valeur totale de la rémunération du partenaire privé résultant de l'amendement ou de la modification dépasserait [] pour cent de la valeur totale de la rémunération que le partenaire privé est censé – et a le droit de – recevoir au titre du projet de PPP pendant sa durée, évaluée sur une base comparable et actualisée. Si plusieurs modifications successives sont apportées, cette valeur est évaluée sur la base de la valeur nette cumulée des modifications successives, sur une période de [] [mois/années] ;
- ii.) L'amendement ou la modification n'introduit pas de conditions qui, si elles avaient fait partie de la procédure initiale d'attribution du contrat pour le projet de PPP, auraient permis l'éligibilité de soumissionnaires autres que ceux initialement sélectionnés ou l'acceptation d'une proposition autre que celle initialement acceptée, ou auraient incité d'autres candidatures à la procédure d'attribution du contrat ;
- iii.) La modification augmente de plus de [] pour cent l'étendue des travaux à réaliser et/ou des services à fournir par le partenaire privé dans le cadre du contrat ;
- iv.) Si un nouveau partenaire privé remplace celui auquel l'autorité contractante avait initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus par la présente Norme].

3. Dénonciation unilatérale. Lorsqu'une clause le prévoit, le contrat de PPP peut également être résilié unilatéralement, par notification écrite d'une partie à l'autre, en cas de survenance de certains événements particuliers (tels qu'une violation substantielle du contrat à laquelle il n'a pas été remédié, l'insolvabilité, certains types de changement législatif ou un cas de force majeure prolongé) et sous réserve de la satisfaction de toute condition pertinente spécifiée dans l'accord, telle que l'écoulement de certains délais, le respect des procédures applicables ou, lorsque le droit applicable l'exige, la décision d'un tribunal compétent.

4. Indemnité de résiliation. Si le contrat de PPP le prévoit, chaque partie a droit à une indemnité de la part de l'autre en cas de résiliation anticipée pour quelque raison que ce soit, dont le montant est calculé conformément aux clauses du contrat et au droit applicable. Les parties qui concluent un contrat de PPP doivent prendre dûment en considération les principes sur lesquels le calcul du montant de cette indemnité doit être fondé, qui peuvent inclure ou prendre en compte (à titre d'exemple et sans que cela donne lieu à un double comptage) l'un des éléments suivants :

- a) La juste valeur, et le cas échéant, la valeur non amortie, de tout actif transféré à l'autorité contractante ;
- b) Une indemnité appropriée au vu des montants investis dans le projet de PPP et/ou du rendement attendu par les investisseurs pendant la durée de l'accord ;
- c) Les montants nécessaires pour honorer les obligations au titre de la dette en cours au moment de la résiliation ;
- d) L'indemnisation des coûts et des pertes subis par l'une ou l'autre des parties en raison de la résiliation anticipée, notamment le manque à gagner ;
- e) Le montant de tout passif non réglé de l'une ou l'autre des parties au moment de la résiliation.

Les parties au contrat de PPP peuvent convenir des modalités de paiement de cette indemnité qui leur semblent les plus appropriées en toutes circonstances et qui sont conformes au droit applicable et à toute contrainte pertinente qui peut en résulter, telle que la nécessité d'éviter tout enrichissement injuste ou indu ou toute sanction disproportionnée en cas d'inexécution du contrat.

5. Autres étapes de la résiliation. Le contrat de PPP peut prévoir, le cas échéant, l'une ou l'autre des dispositions suivantes en cas de résiliation ou lors de son expiration :

- a) Les mécanismes et procédures de transfert des actifs à l'autorité contractante ;
- b) L'indemnité à laquelle le partenaire privé peut prétendre pour les actifs transférés à l'autorité contractante ou à un nouveau partenaire privé, ou achetés par l'autorité contractante ;
- c) Le transfert de la technologie nécessaire à l'exploitation et à la maintenance des actifs issus du projet de PPP ;
- d) La formation du personnel de l'autorité contractante ou du nouveau partenaire privé à l'exploitation et à la maintenance des actifs issus du projet de PPP ;
- e) La fourniture, par le partenaire privé, de services et de ressources d'appui continus, notamment la fourniture de pièces de rechange, si nécessaire, pendant une période raisonnable après le transfert du projet de PPP à l'autorité contractante ou au nouveau partenaire privé ;
- f) Les mécanismes et les procédures applicables à la mise hors service des actifs issus du projet de PPP, notamment la préparation d'un plan de démantèlement, les obligations respectives des parties quant à sa réalisation et leurs obligations financières à cet égard.

Article 26. Biens et questions connexes

1. Fourniture des biens nécessaires. L'autorité contractante est chargée d'assurer la mise à disposition effective au partenaire privé de tous les terrains, bâtiments, installations, structures, parcelles ou terrains, servitudes, droits d'accès et de sortie et de tous les autres biens immobiliers existants dont il a besoin pour la mise en œuvre du projet de PPP (qu'ils soient ou non détenus ou contrôlés par l'autorité contractante), conformément aux prescriptions du contrat de PPP, sauf si ces biens ont déjà été acquis par le partenaire privé ou si le contrat de PPP en dispose autrement.

2. Droits d'accès. L'autorité contractante donne également au partenaire privé le droit de pénétrer dans les propriétés d'un tiers, d'y transiter, d'y effectuer des travaux ou d'y réparer des installations, ou, le cas échéant, l'aide à le faire, s'il y a lieu et si cela est nécessaire aux fins de la mise en œuvre du projet de PPP conformément au droit applicable.

3. Transfert des biens de l'autorité contractante. L'autorité contractante peut transférer au partenaire privé les droits d'utilisation et d'occupation (avec ou sans propriété) de tout bien immobilier disponible en sa possession et/ou sous son contrôle ou sa gestion, pour autant que la loi n'empêche pas ce transfert, notamment de l'infrastructure publique et de tout terrain, bâtiment ou bien similaire connexe nécessaire aux fins du projet de PPP, en application des clauses du contrat de PPP et de tout document connexe.

4. Biens appartenant à un tiers. Si les biens ou actifs visés ci-dessus sont la propriété d'un tiers ou en sa possession, l'autorité contractante doit (ou doit faire en sorte que toute autre autorité publique concernée le fasse) soit :

- a) Acquérir ces biens ou les obtenir par accord avec les tiers concernés ;
- b) Prendre des dispositions en vue de leur acquisition ou aliénation obligatoire conformément au droit applicable (et sous réserve de toujours respecter les prescriptions législatives, s'agissant notamment des obligations appropriées en matière de planification, de consultation, d'indemnisation, de réinstallation et de suivi) ; et/ou
- c) Acquérir ou obtenir, conformément au droit applicable, les autres droits juridiques sur ces actifs qui pourraient être nécessaires aux fins du projet de PPP et de l'exercice de ses responsabilités en vertu du présent article.

5. Octroi d'intérêts et de droits juridiques. Les parties au contrat de PPP sont habilitées à s'octroyer mutuellement des intérêts et droits juridiques conformes au droit applicable et aux clauses du contrat de PPP, concernant tout bien faisant l'objet du projet de PPP et qui peuvent être nécessaires à sa mise en œuvre. Il peut s'agir (par exemple) de la propriété pure et simple, de contrats de location, de contrats de sous-location, de licences, de servitudes, de droits d'usage ou d'autres droits et intérêts dont les parties peuvent convenir. Tous ces droits et intérêts doivent être prévus ou autorisés, selon le cas, dans les clauses du contrat de PPP et/ou de tout accord connexe.

6. Intérêts et droits consécutifs. Le partenaire privé a le droit d'octroyer à des tiers des intérêts et des droits équivalents ou similaires à ceux qui lui sont accordés en vertu du présent article (notamment des contrats de sous-traitance, de sous-location ou de sous-licence) dans la mesure où cela est nécessaire pour mettre en œuvre le projet de PPP et conforme aux clauses du contrat de PPP et au droit applicable.

7. Établissement de la liste des actifs. Le contrat de PPP peut, le cas échéant, recenser les actifs associés au projet de PPP qui sont ou seront des biens publics, ainsi que les actifs qui sont ou seront la propriété du partenaire privé, et prévoir leur traitement spécifique pendant la durée du projet ou au moment de sa résiliation ou de son expiration. En particulier, il peut contenir la liste des actifs relevant des catégories suivantes : a) les actifs, le cas échéant, que le partenaire privé est tenu de restituer ou de transférer à l'autorité contractante ou à une autre entité ; b) les actifs, le cas échéant, que l'autorité contractante peut décider d'acheter au partenaire privé ; et c) les actifs, le cas échéant, que le partenaire privé peut conserver ou céder.

Article 27. Types de paiement dans le cadre des contrats de PPP

1. Paiements au partenaire privé : généralités. Le contrat de PPP peut prévoir que de tels paiements soient effectués en faveur du partenaire privé et/ou que celui-ci prélève et conserve des montants au titre de l'exécution de ses responsabilités, sous la forme, pour les montants et selon les conditions convenus par les parties au contrat de PPP et conformément au droit applicable. Il peut notamment s'agir (selon le cas, pour les PPP de type concession et/ou les PPP à paiement public) :

- a) De paiements effectués par les utilisateurs finals, au titre de péages, de droits, de redevances ou d'autres formes d'utilisation ou de paiement par l'utilisateur direct, sous réserve de toute restriction légale ou réglementaire applicable ;

b) De paiements de l'autorité contractante au partenaire privé, correspondant, par exemple, à la rémunération de la mise à disposition, à d'autres paiements fondés sur la performance, à des péages fictifs, à des paiements au titre d'un mécanisme de capacité, à des paiements liés à des contrats d'enlèvement, à des subventions ou à d'autres formes de paiements réguliers ou périodiques ou de flux de revenus, sous réserve de toute restriction légale ou réglementaire applicable ;

c) De toute autre forme et tout autre type de paiement existant et autorisé par la loi.

Le contrat de PPP peut prévoir, le cas échéant, les méthodes et formules d'établissement et d'ajustement du montant de ces paiements.

2. Paiements à l'autorité contractante. Le contrat de PPP peut également prévoir que le partenaire privé effectuera certains paiements à l'autorité contractante, tels que des frais, des loyers, des redevances, des recettes ou une part des bénéfices, que ce soit sous la forme d'un montant forfaitaire ou périodique, ou sous toute autre forme de paiement conforme au droit applicable dont pourraient convenir les parties au contrat de PPP.

3. Combinaisons de modes de paiement. Le contrat de PPP peut prévoir une combinaison de tous les types ou formes de paiements mentionnés ci-dessus.

Article 28. Responsabilité des parties au contrat de PPP

1. Généralités. Les parties au contrat de PPP seront tenues responsables de toute violation de ses dispositions et soumises aux recours (notamment des dommages et intérêts et des pénalités) qui peuvent être prévus au contrat et/ou dans le droit applicable.

2. Sous-traitance. Le partenaire privé a le droit de sous-traiter, de sous-louer ou de concéder en sous-licence à des tiers ses droits et obligations au titre du contrat de PPP, conformément aux clauses du contrat, et il est responsable des actes et omissions de ces tiers, comme le prévoit le contrat.

Article 29. Droits de substitution des parties au contrat de PPP

1. Droits de substitution autorisés. Les parties au contrat de PPP ont le droit d'inclure dans le contrat et/ou dans tout document connexe (y compris dans un accord direct avec les prêteurs) des dispositions permettant à l'autorité contractante et/ou aux prêteurs, dans des circonstances expressément définies et sous réserve du droit applicable, de reprendre temporairement, en tout ou en partie, l'exploitation de l'installation et/ou la fourniture des services compris dans le projet de PPP (« droits de substitution ») pendant la durée du contrat de PPP, afin d'assurer la continuité d'exploitation et/ou de la fourniture des services ainsi que le fonctionnement efficace du projet de PPP, sous réserve des conditions et procédures convenues. Au titre de ces conditions et procédures, les parties peuvent (entre autres) être tenues de prendre toutes les dispositions d'usage pour exercer leurs droits de substitution de manière à éviter ou à minimiser toute perturbation substantielle de la fourniture de tout service public aux utilisateurs finals ou de leur utilisation de toute infrastructure publique concernée.

2. Droits associés des prêteurs. Il est reconnu que les droits de substitution des prêteurs en vertu de leur accord direct peuvent inclure :

a) Le droit d'empêcher toute menace de résiliation du contrat de PPP par l'autorité contractante pendant une période déterminée et sous certaines conditions ;

b) Le droit de substituer temporairement au partenaire privé, en tout ou en partie, une autre personne morale qui sera habilitée à exercer les droits du partenaire privé dans le cadre du contrat de PPP pendant une période donnée et tenue d'exécuter ses obligations, sans que le contrat de PPP ne soit transféré à une autre partie ;

c) Le droit, au nom des prêteurs, de remplacer le partenaire privé par un autre partenaire privé pour la durée du contrat de PPP et de lui transférer celui-ci (et tous les droits et obligations qui en découlent) ; et/ou

d) Le droit de recevoir directement de l'autorité contractante des indemnités de résiliation en règlement des montants qui leur sont dus au titre du projet de PPP.

3. Pas de nouvel appel d'offres. L'autorité contractante n'est pas tenue d'organiser un nouvel appel d'offres public lorsque ces droits de substitution sont exercés, pour autant que les prescriptions et procédures pertinentes soient respectées.

CHAPITRE VI. Soutien, protections et garanties

Article 30. Questions diverses relatives à la protection des intérêts des parties dans le cadre du contrat de PPP

1. Exclusivité. L'autorité contractante peut accorder au partenaire privé le droit exclusif d'effectuer les activités spécifiées dans le contrat de PPP (toujours sous réserve du droit applicable), afin de renforcer la viabilité technique, financière ou économique du projet de PPP et de faciliter la réalisation de ses objectifs, notamment la concrétisation des avantages escomptés pour le public.

2. Licences et permis. Le partenaire privé est responsable au premier chef d'obtenir et de conserver les licences et permis d'exercice de ses propres activités nécessaires pour le PPP, conformément au droit applicable. L'autorité contractante apporte au partenaire privé toute l'assistance voulue à cette fin, notamment pour l'aider à coordonner les demandes et faciliter la délivrance des licences et permis, et elle obtient ou fournit, le cas échéant, les permis ou licences applicables dont elle est responsable conformément aux modalités du contrat.

3. Non-ingérence. L'autorité contractante ne doit prendre aucune mesure ayant pour effet d'empêcher indûment le partenaire privé de librement contrôler et gérer les actifs et les activités compris dans le projet de PPP, exercer ses droits et remplir ses obligations au titre du projet, y compris son droit de percevoir les recettes qui en découlent et d'obtenir un rendement de l'investissement adéquat, sauf si les modalités du contrat de PPP ou le droit applicable l'y autorisent expressément.

4. Rendement de l'investissement adéquat. Les parties au contrat de PPP peuvent convenir de modalités de paiement, ainsi que de mécanismes de révision et d'ajustement périodiques de ces modalités, devant raisonnablement permettre au partenaire privé (et à ses investisseurs et prêteurs) de percevoir des montants suffisants pour compenser les coûts, dépenses, investissements et engagements effectués dans le cadre de la mise en œuvre du projet de PPP et d'obtenir un rendement de l'investissement adéquat, si le partenaire privé remplit efficacement ses fonctions conformément aux modalités du contrat.

5. Circonstances exceptionnelles. Les parties au contrat de PPP peuvent également convenir de dispositions déterminant ou énumérant des types de circonstances particulières, telles que des modifications de la loi ou des cas de force majeure, qui peuvent déclencher certaines conséquences, prévues par le contrat, visant à protéger la partie touchée et à l'indemniser pour les coûts ou pertes, notamment financiers ou économiques, encourus de ce fait, par exemple :

a) Dégagement de responsabilité d'une partie empêchée de s'acquitter des obligations que lui impose le contrat ;

b) Modifications des modalités du contrat de PPP, par exemple de la portée des travaux, de la durée d'exécution, des normes applicables ou de la durée du contrat ;

- c) Ajustement des taux, des montants et des niveaux de facturation et de paiement ;
- d) Obligation de verser une indemnité financière ;
- e) Droit unilatéral de résiliation anticipée du contrat de PPP et paiement d'une indemnité connexe.

6. Actionnaires essentiels. Sauf si le contrat de PPP en dispose autrement (mais toujours sous réserve du droit applicable), si une entité détient des intérêts majoritaires dans le capital du partenaire privé ou des intérêts dans le capital d'un actionnaire dont la participation est raisonnablement considérée comme essentielle au succès de la mise en œuvre du projet de PPP, elle ne peut les transférer à des tierces parties sans le consentement de l'autorité contractante. Le contrat de PPP définit les conditions dans lesquelles le consentement et l'approbation de l'autorité contractante peuvent être accordés.

Article 31. Soutien gouvernemental et public aux PPP

1. Formes générales et particulières de soutien. L'autorité contractante ou le gouvernement ont le droit de fournir, d'apporter ou de proposer à toute partie à un PPP, ou au bénéfice de celui-ci, les formes et les moyens de soutien public, d'actifs ou d'engagements commerciaux ou financiers qui peuvent être généralement autorisés ou disponibles au titre du droit applicable ou que la réglementation relative aux PPP peut spécifiquement prévoir de temps à autre, notamment :

- a) Toutes les formes de paiement prévues dans la présente Norme ;
- b) Des primes de construction ou d'exploitation ;
- c) Des subventions ;
- d) Des contributions sous forme d'actifs corporels et de biens immobiliers ;
- e) Des garanties et des incitations, notamment des garanties de recettes tirées du PPP, qu'elles proviennent d'utilisateurs finals, d'acheteurs ou autres ;
- f) Des garanties de quantités minimales d'achat ou de consommation par l'autorité contractante ;
- g) Des garanties financières nationales ou municipales ;
- h) Des prêts ou d'autres formes de financement ou d'investissement ;
- i) Une indemnisation ou une responsabilité directe pour certains types de coûts et de risques ;
- j) Des avantages et des exemptions fiscaux et douaniers ;
- k) D'autres garanties, indemnités ou incitations.

2. Conformité du soutien. Le soutien, les actifs ou les engagements ainsi fournis doivent être conformes aux critères d'évaluation et d'approbation appliqués en vertu de l'article 12, à la résolution de mise en œuvre et au dossier d'appel d'offres du projet de PPP dans le cadre duquel ils seront utilisés. Les modalités et conditions y applicables sont définies dans le contrat de PPP (ou dans tout accord connexe).

Article 32. Protection de la prestation du service public et de l'équilibre du contrat

Un PPP est fondé sur une série de clauses contractuelles et de prescriptions juridiques sous-jacentes, énumérées à l'article 24 ; toutefois, le présent article établit des dispositions supplémentaires qui, lorsqu'elles sont applicables, visent à assurer l'intégrité du service public fourni dans le cadre d'un PPP et un juste équilibre entre les droits et obligations respectifs des parties au contrat de PPP pendant toute la durée du projet.

1. Conditions d'exploitation des PPP

a) Le contrat peut prévoir, selon le cas, des dispositions relatives à l'égalité de traitement des utilisateurs, à la continuité du service public et, si l'intérêt général le justifie, à l'adaptabilité du service public à l'évolution des besoins du projet et des utilisateurs, plus précisément :

- i.) **Égalité de traitement.** Tous les utilisateurs du service dans des circonstances équivalentes doivent se voir offrir le même service dans les mêmes conditions et au même prix, sans discrimination.
- ii.) **Continuité.** Le partenaire privé doit assurer la prestation continue du service public conformément aux paramètres fonctionnels applicables, sauf dans le cas de circonstances exceptionnelles prévues dans le contrat (comme les cas de force majeure), faute de quoi des recours contractuels ou réglementaires peuvent s'appliquer. En particulier, l'autorité contractante peut avoir le droit d'intervenir temporairement pour reprendre le contrôle de l'exploitation de l'installation afin d'assurer la prestation du service.
- iii.) **Contrôle et rétablissement de l'équilibre contractuel.** Toute évolution inattendue de la situation économique, politique ou financière compromettant la viabilité économique et financière du projet (à partir de seuils prédéfinis, le cas échéant) peut déclencher des mécanismes contractuels permettant aux parties de rétablir cette viabilité et prévoyant une réparation ou une indemnisation appropriée. Ces mécanismes peuvent notamment s'appliquer dans le cas de modifications de la loi, de modifications du régime fiscal ou douanier, de circonstances économiques imprévues entraînant des difficultés exceptionnelles ou de situations de force majeure, selon les dispositions prévues dans le contrat.
- iv.) **Adaptabilité.** Le partenaire privé peut être tenu, en vertu du contrat, de modifier et d'adapter si nécessaire les services publics pour répondre à l'évolution des besoins des utilisateurs pendant la durée du projet, ou de soumettre à l'examen de l'autorité contractante des propositions à cette fin. Aux termes du contrat, l'autorité contractante peut avoir le droit, lorsque l'intérêt général le justifie, d'imposer unilatéralement de telles modifications et adaptations, sous réserve des mesures et mécanismes visant à protéger l'équilibre économique ainsi que d'autres conditions applicables établies dans les modalités du contrat (telles que les prolongations de délais ou les augmentations de droits de douane) ou prévues par le droit applicable.

b) Dispositions économiques et financières générales et droits de douane en cas de concession. Les hypothèses économiques et financières sur lesquelles s'appuie le projet, ainsi que les prescriptions en matière d'investissement et de prestation de services, telles qu'elles figurent dans le contrat de PPP, doivent être conçues de façon à assurer la viabilité opérationnelle, économique et financière du projet de PPP (notamment un rendement de l'investissement suffisant pour le partenaire privé), notamment dans les domaines suivants :

- i.) **Droits de douane et redevances.** Le contrat de PPP doit comprendre des principes et des mécanismes d'établissement, de calcul et d'ajustement des droits et redevances payables au titre du contrat qui doivent permettre à un partenaire privé raisonnablement efficace de remplir ses obligations et de fournir les services publics pendant toute la durée du contrat.
- ii.) **Contrôle et rétablissement de l'équilibre contractuel.** Toute évolution inattendue de la situation économique, politique ou financière compromettant la viabilité économique et financière du projet (à partir de seuils prédéfinis, le cas échéant) peut déclencher des mécanismes contractuels permettant aux parties de rétablir cette viabilité et prévoyant une indemnisation suffisante. Ces mécanismes peuvent notamment s'appliquer dans le cas de modifications de la loi, de modifications du régime fiscal ou douanier, de circonstances économiques imprévues entraînant des difficultés exceptionnelles ou de situations de force majeure, selon les dispositions prévues dans le contrat.

c) Programmes de maintenance. Le contrat de PPP peut comprendre un programme de maintenance et de suivi de la prestation et de l'exploitation du service public et des actifs associés, éventuellement soumis à l'approbation de l'autorité contractante. À ce titre, le partenaire privé peut être tenu de rénover, réhabiliter ou remplacer les infrastructures concernées sur plusieurs années et de faire le point à intervalles réguliers sur le programme.

d) Coopération. Les parties, en vue notamment de l'objectif commun de satisfaire les utilisateurs finals du service, doivent se réunir régulièrement et de manière structurée pour contrôler la bonne application du contrat et suivre les résultats concrets, commerciaux et financiers du projet.

e) Restitution des actifs. Afin d'assurer la continuité des services publics conformément à la norme requise en cas de remise du projet de PPP à l'autorité contractante, à l'échéance prévue ou avant, il peut être nécessaire de prévoir dans un contrat de PPP, en particulier s'il porte sur une concession de prestation de service, des dispositions particulières relatives à ce qui suit :

- i.) **Transfert des actifs.** Le contrat doit spécifier tous les actifs devant être transférés à l'autorité contractante au moment de la résiliation ou de l'expiration du contrat, à savoir les immobilisations corporelles et les infrastructures, les biens meubles, les stocks, le savoir-faire, les titres de propriété intellectuelle, les fournitures et les équipements nécessaires pour continuer la prestation du service public, et préciser dans quel état ces actifs doivent se trouver (en règle générale, en bon état fonctionnel, sans défaut et non donnés en gage, nantissement, sûreté ou autre garantie). Des dispositions relatives au transfert ou à la formation du personnel peuvent aussi être nécessaires. Le contrat peut également faire la distinction entre les actifs devant être transférés sans contrepartie et ceux que l'autorité contractante a la possibilité de racheter au partenaire privé.

- ii.) **Résiliation anticipée.** Les dispositions ci-dessus peuvent aussi s'appliquer en cas de résiliation anticipée du contrat avant la date d'expiration prévue, y compris lorsque l'autorité contractante dispose d'un droit de résiliation « dans l'intérêt général », qu'elle peut exercer sans qu'une faute ait été commise par le partenaire privé.

Article 33. Protection des droits et des intérêts des prêteurs et des investisseurs

1. Généralités. Le contrat de PPP ou tout accord direct peut, afin de dissiper toute équivoque, prévoir pour les prêteurs et les investisseurs du partenaire privé les protections, droits et pouvoirs que les parties au contrat estiment, conformément au droit applicable, nécessaires et appropriés pour garantir le financement du projet de PPP.

2. Accords directs autorisés. Au titre des protections, droits et pouvoirs susmentionnés, le contrat peut notamment établir les procédures et conditions détaillées applicables à l'exercice, le cas échéant, des droits de substitution ou de remplacement du partenaire privé (conformément à l'article 29), ainsi que de tout autre droit particulier conféré aux prêteurs (tel que le droit de recevoir directement des indemnités de résiliation ou d'assurance).

3. Cautionnement autorisé. Sous réserve de toute restriction pouvant figurer dans le contrat de PPP, le partenaire privé peut accorder ou constituer sur l'un quelconque de ses actifs, droits et intérêts compris dans le projet de PPP ou y relatifs, toute forme de sûreté prévue par le droit applicable, afin d'obtenir le financement nécessaire au projet de PPP. Il peut s'agir, par exemple, de prêts hypothécaires, de garanties sur des biens meubles et immeubles et sur des actifs corporels et incorporels, de nantissements globaux d'entreprise, de charges fixes et flottantes, de cessions, de mises en gage de comptes bancaires, des produits du projet de PPP ou de créances dues au partenaire privé, ou de toute autre forme possible de sûreté. Aucune sûreté ne peut être ainsi constituée sur des biens publics ni sur tout autre bien, actif ou droit nécessaire à la prestation d'un service public dans les cas et dans la mesure où une telle sûreté est interdite par le droit applicable.

4. Cautionnement par les actionnaires. Les actionnaires et autres propriétaires du partenaire privé peuvent accorder ou constituer sur leurs parts ou leurs droits de propriété toute forme de sûreté prévue par le droit applicable.

5. Consentement requis pour le remplacement du partenaire privé. Sauf dans les cas où les paragraphes 3 et 4 ci-dessus et l'article 29 en disposent autrement, les droits et les obligations du partenaire privé au titre du contrat de PPP ne peuvent pas (sous réserve des clauses du contrat) être cédés et transférés à une tierce partie sans le consentement de l'autorité contractante. Le contrat de PPP définit les conditions dans lesquelles celle-ci peut donner son consentement et son approbation, à savoir si la tierce partie concernée accepte valablement toutes les obligations qui lui sont transférées et en est tenue responsable et s'il est démontré qu'elle possède les capacités techniques, de gestion et financières nécessaires pour remplir ces obligations, toujours sous réserve qu'aucune restriction, conformément aux modalités du contrat, n'empêche le partenaire privé de sous-traiter ou de sous-louer ses droits et obligations au titre du contrat de PPP.

Article 34. Protection des utilisateurs finals et du grand public

1. Procédures détaillées des PPP relatives aux utilisateurs finals et au grand public.

Les procédures détaillées spécifiées dans la réglementation relative aux PPP en ce qui concerne la sélection, la préparation, l'évaluation, l'adjudication et la mise en œuvre des PPP doivent tenir dûment et raisonnablement compte des besoins légitimes et de l'intérêt supérieur des membres du grand public et des utilisateurs finals des services publics auxquels les PPP visés s'appliquent ou qui pourraient être touchés par la mise en œuvre du PPP.

2. Procédures d'examen des plaintes. Des mécanismes appropriés doivent être adoptés pour permettre aux membres du grand public et aux utilisateurs finals de déposer des objections formelles ou d'autres plaintes ou réclamations concernant tout aspect de la mise en œuvre des PPP susceptible de leur porter gravement préjudice, notamment une procédure de médiation réglementaire ou parlementaire, selon le cas. Ces mécanismes ne doivent en aucun cas limiter ou compromettre les autres droits et recours que peuvent exercer, en vertu du droit applicable, les membres du grand public ou les utilisateurs finals à l'égard d'un PPP ou de sa sélection, sa préparation, son évaluation, son adjudication ou sa mise en œuvre. Les procédures d'examen des plaintes, le cas échéant, doivent tenir compte de ces autres droits et recours.

3. Mécanisme opérationnel de réclamation à mettre en place par le partenaire privé.

Si le projet de PPP prévoit la prestation de services au public ou l'exploitation d'infrastructures accessibles au public par le partenaire privé, l'autorité contractante impose à celui-ci de mettre en place des mécanismes simplifiés et efficaces de traitement des plaintes soumises par les membres du public bénéficiant des services ou utilisant l'infrastructure, ainsi que par d'autres parties touchées par le projet de PPP. Les prescriptions à cet égard doivent figurer dans le contrat de PPP. Le partenaire privé doit tenir des registres exacts et complets sur le fonctionnement de ces mécanismes et sur les plaintes soumises et traitées dans ce cadre.

4. Règlement d'utilisation des infrastructures. Si le projet de PPP implique ou concerne l'utilisation d'une infrastructure par des tiers ou par des membres du public, le partenaire privé a le droit de publier et de faire appliquer un règlement relatif à l'utilisation de l'infrastructure, qui doit recevoir l'approbation de l'autorité contractante ou de toute autorité publique compétente (telle qu'un organisme de réglementation). Le contrat de PPP peut contenir des dispositions relatives à l'élaboration d'un tel règlement et à son application.

CHAPITRE VII. Droit applicable et règlement des litiges

Les contrats de PPP doivent donc établir clairement les dispositions nécessaires au maintien du service public sous contrat pendant toute la durée du projet, mais aussi des dispositions permettant aux parties de résoudre les litiges relatifs à l'exécution du projet. Dans tous les cas, ces dispositions doivent permettre de régler les différends conformément aux objectifs ou aux principes énoncés pour le projet et aux documents contractuels, et dans un souci de partenariat et de prévention des litiges dans la mesure du possible.

Article 35. Droit applicable

- 1. Droit régissant le contrat de PPP.** Le contrat de PPP, sous réserve du droit applicable, est régi par le système de droit choisi par les parties, mais il est présumé qu'à moins de circonstances exceptionnelles, le droit du [pays hôte] s'applique, sauf disposition contraire dans le contrat de PPP.
- 2. Droit régissant les autres contrats.** Les autres contrats et documents signés dans le cadre du projet de PPP (y compris tout accord direct) sont régis par le système de droit choisi par les parties, en tenant compte des prescriptions du droit applicable.

Article 36. Prévention des différends et mode alternatif de règlement des litiges

- 1. Mécanismes convenus de règlement des litiges.** Tout différend ou litige portant sur les contrats ou documents relatifs à un projet de PPP doit être résolu ou réglé au moyen des mécanismes, processus et procédures convenus par les parties, mais toujours sous réserve des prescriptions particulières relatives aux contrats prévues par le droit applicable.
- 2. Liberté de choix.** Les parties auxdits contrats et documents peuvent (sous réserve de ce qui précède) choisir librement les mécanismes, processus et procédures de règlement des différends ou litiges, notamment la médiation, l'évaluation ou la détermination contraignante ou non contraignante par un expert, l'arbitrage commercial national ou international ou l'arbitrage en matière d'investissement, ainsi que les règles procédurales applicables.

3. Partenariat. Les parties peuvent convenir, afin de favoriser le développement à long terme et la réussite du projet, d'un processus de partenariat pouvant par exemple comprendre :

- a) Des réunions organisées à intervalles réguliers ;
- b) La participation de membres du personnel possédant les compétences, les spécialisations et les niveaux de responsabilité requis pour aider les parties à régler les problèmes ;
- c) La mise en place des procédures nécessaires pour favoriser un esprit de partenariat, sur la base d'un consensus entre les parties ;
- d) L'obligation de signaler toute situation qui pourrait poser problème et de discuter des différends réels ou potentiels au cours des réunions de partenariat avant que des mesures de règlement des litiges puissent être prises.

4. Commission de règlement des différends. Les parties peuvent décider, afin de favoriser le développement à long terme et la réussite du projet, de constituer formellement une commission de règlement des différends qui pourra, par exemple, faire appel à des experts externes et se réunir à intervalles réguliers pour examiner les questions litigieuses et faciliter leur règlement.

5. Médiation. Les parties peuvent décider, afin de favoriser le développement à long terme et la réussite du projet, d'établir un processus de médiation pouvant par exemple comprendre :

- a) Un processus de médiation facultatif ou obligatoire pouvant être invoqué avant de soumettre un différend à un arbitrage ;
- b) L'intervention d'un ou de plusieurs experts de haut niveau ou faisant autorité choisis par les parties pour faciliter la médiation ;
- c) L'établissement par le ou les facilitateurs de toute procédure supplémentaire nécessaire pour structurer la médiation, notamment les mesures prises pour garantir une procédure régulière.

6. Arbitrage. Les parties peuvent également (mais toujours sous réserve du droit applicable) s'entendre sur les modalités de recours à l'arbitrage, dans le cadre de mécanismes nationaux ou internationaux, pour le règlement final des litiges, notamment pour améliorer le développement à long terme et la réussite du projet et pour lever les doutes éventuels sur d'autres formes de procédures judiciaires disponibles. Les dispositions relatives à l'arbitrage peuvent par exemple comprendre :

- a) L'obligation de soumettre les litiges à une commission de règlement des différends ou à la médiation avant d'avoir recours à l'arbitrage ;
- b) L'intervention d'au moins trois arbitres choisis par les parties pour procéder à l'arbitrage ;
- c) L'établissement de toute règle ou procédure supplémentaire nécessaire en fonction des normes internationales acceptées en matière d'arbitrage.

7. Renonciation à l'immunité souveraine. L'autorité contractante ne peut en aucun cas faire valoir, à l'égard de tout différend ou litige portant sur un contrat ou document relatif à un PPP, une immunité souveraine à laquelle elle a dûment accepté de renoncer aux termes dudit contrat ou document.

CHAPITRE VIII. Mise en œuvre et suivi des PPP

Article 37. Suivi de la mise en œuvre des PPP et établissement de rapports

- 1. Supervision de l'autorité contractante.** Sous réserve des modalités du contrat de PPP concerné, l'autorité contractante peut exercer, à l'égard de tout PPP, les pouvoirs de supervision et de contrôle qu'elle estime nécessaires pour s'assurer que le contrat est appliqué conformément aux modalités prévues, notamment au moyen de rapports périodiques, d'un accès raisonnable au site et aux actifs corporels qui s'y trouvent, d'un accès aux documents relatifs au PPP et de copies de ceux-ci, et d'audits indépendants.
- 2. Rapports de l'autorité contractante.** Chaque autorité contractante établit des rapports périodiques sur la mise en œuvre des projets de PPP dont elle est responsable, conformément aux prescriptions de la réglementation relative aux PPP ou comme l'exige le gouvernement de temps à autre. Ces rapports doivent être transmis au gouvernement, avec copie s'il y a lieu à l'unité PPP [ou à un autre organe compétent]. En règle générale, des copies de tous ces rapports doivent être accessibles au public.
- 3. Informations supplémentaires.** Chaque autorité contractante fournit également au gouvernement ou à l'unité PPP [ou à un autre organe compétent] toutes les informations complémentaires que ceux-ci peuvent raisonnablement exiger de temps à autre concernant la mise en œuvre des PPP dont l'autorité contractante en question est responsable.
- 4. Dossiers de l'autorité contractante.** Chaque autorité contractante tient à jour des dossiers exacts et complets, raisonnablement détaillés, sur les procédures qu'elle a suivies, les décisions qu'elle a prises et les conclusions auxquelles elle a abouti en ce qui concerne l'identification, la sélection, la préparation, l'adjudication et la mise en œuvre de tout PPP dont elle est responsable.

Article 38. Base de données et registre des PPP

- 1. Base de données du système de PPP.** Le gouvernement ou l'unité PPP tient une base de données détaillée couvrant tous les PPP mis en œuvre [*dans le pays hôte*] [après la date de la présente Norme], contenant les informations requises par la réglementation relative aux PPP. La base de données doit répertorier de façon claire et raisonnablement complète les informations importantes à jour sur les projets de PPP qui ont été ou sont mis en œuvre [*dans le pays hôte*].
- 2. Base de données accessible au public.** La base de données sur les PPP doit être accessible au public, sous réserve de toute restriction applicable en matière de confidentialité ou de non-divulgateion autorisée par la réglementation relative aux PPP ou par le droit applicable.

CHAPITRE IX. Dispositions transitoires et finales

Article 39. Entrée en vigueur

- 1. Date d'effet.** La présente Norme entre en vigueur le [__], mais ne s'applique pas (sauf dans la mesure prévue dans les dispositions de la présente Norme, notamment au paragraphe 2, ou dans la réglementation relative aux PPP) aux PPP ou aux projets équivalents ou similaires mis en œuvre avant cette date, ni aux procédures d'appel d'offres ou similaires organisées et en grande partie achevées dont l'adjudication aura lieu avant cette date, ni aux accords ou engagements contraignants conclus par l'autorité contractante à cet égard avant cette date.
- 2. Suivi des projets antérieurs.** Le gouvernement a le droit d'exiger que tout PPP (ou tout projet équivalent ou similaire) mis en œuvre avant la date d'entrée en vigueur de la présente Norme soit soumis aux prescriptions relatives au suivi et à l'établissement de rapports prévues à l'article 37 (mais sans limiter les droits au recouvrement des coûts dont les parties aux accords concernés peuvent bénéficier si elles ont respecté ces prescriptions).

Article 40. Textes législatifs invalidés par l'entrée en vigueur de la présente Norme

- 1. Invalidation.** Les textes législatifs ci-après sont invalidés dès l'entrée en vigueur de la présente Norme : [préciser].
- 2. Conflit avec des lois antérieures.** En cas de conflit ou d'incohérence entre la présente Norme et toute loi antérieure relative ou applicable aux PPP [dans le pays hôte], les dispositions de la présente Norme prévaudront (sauf disposition contraire).

Article 41. Révisions de conséquence de la législation existante

- 1. Inapplicabilité de certaines lois.** Les dispositions des lois suivantes ne s'appliquent pas aux PPP adjugés ou mis en œuvre après la date d'entrée en vigueur de la présente Norme conformément à l'article 39, sous réserve des conditions supplémentaires ci-après :
- 2. [Option 1] Amendements à la législation existante.** Les amendements ci-après sont apportés ou réputés avoir été apportés aux lois et textes législatifs existants ci-après afin de donner effet aux dispositions de la présente Norme : *[préciser]*.
- 3. [Option 2] Délai applicable aux révisions de conséquence.** Le gouvernement doit, dans un délai de [] mois à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente Norme, amender, modifier ou abroger toutes les autres lois applicables relatives aux PPP ou ayant une incidence sur les PPP afin, si nécessaire, de les mettre en conformité avec la présente Norme.

[FORMALITÉS DE PROMULGATION À AJOUTER CI-APRÈS]

Fin de la Norme

GUIDE D'ACCOMPAGNEMENT DE LA NORME RELATIVE AU CADRE JURIDIQUE DES CONCESSIONS ET DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ AXÉS SUR LA RÉALISATION DES OBJECTIFS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE⁷

Introduction et commentaires

I. Préface

Le présent guide d'accompagnement est constitué d'un ensemble de commentaires concernant la *Norme relative au cadre juridique des concessions et des partenariats public-privé axés sur la réalisation des objectifs de développement durable*.

Il explique en termes non juridiques certains aspects de la Norme, sans pour autant reprendre en détail ou reformuler chaque disposition.

La Norme propose des règles et des procédures visant à résoudre les problèmes les plus courants auxquels les pouvoirs publics sont confrontés dans l'élaboration d'un cadre de partenariats public-privé, afin de mieux faire comprendre les structures et les enjeux et d'aider les pouvoirs publics qui entendent créer ou élaborer un tel cadre, notamment lorsqu'il s'agit d'une première. Elle repose sur des données empiriques et sur un vaste corpus de documents d'orientation, d'études et de normes relatifs aux PPP. De plus amples informations sur les sources et les références utilisées sont disponibles sur le site Web de la CEE.

Les pouvoirs publics qui cherchent à créer ou à développer des systèmes de partenariats public-privé optent généralement pour la mise en place d'un cadre de PPP. L'intérêt d'un tel cadre est fonction du système juridique et du type de PPP/concession envisagé. À titre d'exemple, les pays de droit civil napoléonien ont une longue tradition en matière de concessions (projets dans lesquels les utilisateurs paient pour les services rendus) et ont développé depuis plus d'un siècle une jurisprudence équitable et faisant autorité pour ce type de contrats publics. Certains pays ont mené des projets de concession dans le secteur des infrastructures et des services publics, souvent sans législation précise relative aux PPP. Les besoins diffèrent d'un pays à l'autre, selon qu'il soit doté d'un système de droit civil ou d'un système de *common law*. Dans les pays de *common law*, la législation sur les concessions (pour le même modèle d'utilisateur-payeur) peut présenter des avantages complémentaires, du fait de son antériorité moindre, comparativement à d'autres méthodes de passation de contrats, et de sa jurisprudence moins étoffée.

7 Le présent guide d'accompagnement a été finalisé et approuvé par le Bureau du Groupe de travail des partenariats public-privé de la CEE en juillet 2023.

À l'inverse, certains pays s'appuient sur les principes juridiques et contractuels existants en matière de passation de marchés qui peuvent constituer un cadre adéquat pour les projets incluant les modèles « non concessifs » (appelés « PPP à paiement public » dans le vocabulaire législatif). La présente Norme couvre les deux.

Au cours des dernières années, dans le monde entier, des législations nationales relatives aux PPP ont été envisagées, sont en cours d'élaboration ou ont déjà été adoptées. Toutefois, leur qualité et leur efficacité restent très inégales. Dans chaque cadre juridique, la définition du partenariat public-privé est souvent en contradiction avec les pratiques éprouvées et fait l'objet de critiques justifiées. En outre, bon nombre de ces lois ne prennent pas en compte le fait qu'un excès de rigidité risque de décourager les partenaires privés d'investir dans les infrastructures publiques et la prestation de services publics, s'agissant notamment des projets susceptibles de contribuer à la réalisation du Programme de développement durable à l'horizon 2030 et, plus particulièrement, à l'application des principes des PPP axés sur la réalisation des ODD. Enfin, de nombreux projets de PPP/concession avortent avant même la sélection d'un soumissionnaire ou, en cas de contrat finalisé, se retrouvent en difficulté après quelques années. Toutes ces situations renforcent la nécessité de mettre en place des cadres de PPP innovants et véritablement efficaces.

L'élaboration d'une nouvelle norme susceptible de servir de fondement à un cadre national (cadre de PPP) a été l'occasion d'un examen approfondi des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, de la jurisprudence et d'autres précédents importants ainsi que des meilleures pratiques internationales en la matière.

Par ailleurs, la CNUDCI a récemment révisé et finalisé son propre Guide législatif sur les PPP (assorti de dispositions législatives types), document qui fait autorité depuis vingt ans. La Norme, élaborée sur la base des dispositions publiées par la CNUDCI et de leurs récentes restructuration et reformulation, a été conçue dans un souci de compatibilité, car les thèmes sont globalement similaires. La présente Norme reflète la distinction majeure faite par la CNUDCI entre les projets de PPP non concessifs et ceux de type concessif et leurs conséquences pratiques. Dans toute la mesure du possible, les mêmes concepts et la même phraséologie ont été utilisés. Les documents sont donc très semblables et parfaitement cohérents. Les seules divergences tiennent aux jugements et styles individuels des divers auteurs et à l'approche quelque peu différente qu'ils ont adoptée.

Aucune norme ne peut être considérée comme unique et parfaite, surtout si elle est conçue en vue d'une mise en œuvre par des pays partout dans le monde. Il ne peut s'agir que d'un ensemble de suggestions appuyées et de dispositions clairement formulées, fondées sur des données empiriques recueillies auprès d'un large éventail de sources et axées sur des questions communes aux différents pays, secteurs d'activité et systèmes juridiques concernés ; (la « Référence » telle qu'évoquée par le G20).

Il convient de noter par ailleurs qu'en matière de PPP, la CEE a adopté un paradigme innovant, qui joue un rôle prépondérant dans la présente Norme. Intitulé « PPP axés sur la réalisation des ODD », il s'agit d'un cadre conçu spécifiquement pour encourager les pays à élaborer et structurer leurs PPP dans l'objectif de réaliser les ODD, et le secteur privé à participer à ces projets. Ce paradigme vise avant tout à inciter les pouvoirs publics à se focaliser sur les aspects humains tangibles et vitaux des PPP plutôt que de les considérer simplement comme des constructions économiques ou financières. Il les invite à mener une réflexion sérieuse quant à l'impact des PPP et de leur mise en œuvre aux niveaux social, environnemental, éthique et des droits humains, d'une manière qui soit pleinement compatible avec les ODD et qui garantisse que ces partenariats contribuent véritablement à la réalisation de ces objectifs, d'où l'intitulé « PPP axés sur la réalisation des ODD ». Les principes qui sous-tendent ce concept ont été examinés et expliqués dans un document publié par la CEE en 2019 (ECE/CECI/WP/PPP/2022/6). Ils ont pour but de veiller à ce que les PPP soient accessibles, abordables, viables et résilients, et mis en œuvre

de manière à répondre aux besoins environnementaux, à garantir une consultation et une participation adéquates des parties prenantes, à éviter la corruption et à promouvoir la justice sociale. Dans la suite du présent guide, nous utiliserons indifféremment les expressions « PPP axés sur la réalisation des ODD » et « PPP/concessions axés sur la réalisation des ODD », considérées comme synonymes.

Ce concept de PPP axés sur la réalisation des ODD a été appuyé et recommandé par quatre commissions régionales de l'ONU, à savoir, outre la CEE, la Commission économique pour l'Afrique (CEA), la Commission économique et sociale pour l'Asie occidentale (CESAO), et la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique (CESAP). Ces commissions ont annoncé en mai 2019 leur décision de collaborer et de travailler de concert pour adapter les PPP au Programme 2030. La Norme a été élaborée spécifiquement dans l'optique de réaliser les ODD et elle intègre ces objectifs dans ses dispositions, dont beaucoup ont été conçues pour donner effet aux cinq principes fondamentaux des PPP axés sur la réalisation des ODD cités dans le préambule. La méthodologie d'évaluation récemment approuvée par les États membres de la CEE (système d'évaluation et de notation des partenariats public-privé et des infrastructures (méthode PIERS)), document de référence essentiel sur lequel les pouvoirs publics s'appuieront pour mettre en œuvre la Norme, détaille entre autres la portée du concept de PPP axés sur la réalisation des ODD et son application aux projets. En effet, certains articles de la Norme mentionnent ces PPP axés sur la réalisation des ODD.

À l'évidence, la Norme n'est pas un modèle d'acte législatif que les pays qui envisagent de mettre en place un cadre de PPP peuvent reprendre et promulguer en l'état. Elle a été élaborée dans un souci d'inclusivité et formule des conseils facilitant la résolution de problèmes communs à la plupart des cadres de PPP et que les agents publics rencontreront forcément. Elle vise par ailleurs à soutenir les ODD et propose une approche standardisée de la conception des clauses susceptibles de contribuer à leur réalisation et reproductibles, dans bien des cas, dans la réglementation nationale relative aux PPP/concessions. L'utilisation de la Norme devra toujours être précédée d'une réflexion sérieuse, car les modalités d'introduction des règles contraignantes ou facultatives et l'approche des lois ou règlements de ce type et de leurs dispositions peuvent être très diverses.

En outre, toute loi relative aux PPP adoptée par un pays doit être pleinement compatible avec son système juridique, sa jurisprudence et ses traditions législatives, et les particularités de son système de PPP.

La Norme représente un cadre de PPP type, relativement inclusif et exhaustif, qui instaure une structure de gouvernance solide et les fondements du système de PPP, les critères de base des projets de PPP, ainsi que les procédures et mécanismes réglementaires applicables à leur planification, leur préparation, leur adjudication et leur réalisation. Techniquement, il n'est pas toujours nécessaire sur le plan juridique de reprendre l'ensemble des propositions de la Norme. Certains des concepts et des mécanismes juridiques pertinents sont peut-être déjà en place. Il se peut que le système de passation de marchés en vigueur dans le pays soit approprié aux PPP (par exemple, certains systèmes permettent la conclusion de contrats de conception et de construction dans le cadre de projets d'infrastructure, lesquels peuvent s'apparenter à des PPP) ou que le pays ait déjà une longue expérience des projets de ce type. Dans ce cas, des dispositions beaucoup plus succinctes et ciblées concernant la passation de marchés seront davantage appropriées. L'intérêt et la raison du succès de l'approche retenue dans la Norme tiennent au fait qu'un nouveau cadre de PPP peut devenir un système d'habilitation complet, offrant clarté et certitude pour ce qui est faisable dans le contexte d'un PPP et fixant les modalités de préparation et de mise en œuvre des projets individuels. Toutes les parties prenantes y trouveront leur compte et la capacité du pays à attirer le secteur privé pour développer des projets durables de PPP ou de concession s'en trouvera renforcée.

Il est à noter que cette Norme ne s'adresse pas aux États membres de l'Union européenne (UE) ou candidats à l'adhésion à l'UE. L'Union européenne dispose déjà d'un large corpus de textes législatifs et d'exigences applicables (directement ou indirectement) aux PPP et à la passation de marchés. Les pays candidats à l'adhésion à l'UE (voire les États membres) qui cherchent à s'inspirer des dispositions de la Norme devront réfléchir soigneusement à l'harmonisation de leur législation en matière de PPP avec les pratiques de l'UE et adapter les clauses de la Norme en conséquence.

Il n'est jamais facile de trouver un juste équilibre entre rigueur et transparence d'une part et flexibilité et innovation de l'autre. Mais un facteur essentiel est à prendre en compte, parmi beaucoup d'autres : la lutte contre la corruption. Les pays préoccupés par la recrudescence de la corruption mettront l'accent sur le premier volet au détriment du second. En tout état de cause, ils sont tenus de se conformer strictement à la Norme pour une tolérance zéro de la corruption dans le cadre de la passation de marchés fondés sur des partenariats public-privé (ECE/CECI/WP/PPP/2023/4), adoptée par les États membres de la CEE.

II. Commentaires

Préambule

Le préambule de la Norme est une simple introduction au cadre de PPP. Il en résume la finalité et présente les principaux objectifs et priorités. Cette démarche est plus judicieuse dans un préambule, qui peut être rédigé de manière assez informelle, que dans les dispositions du cadre, formulées en un style législatif plus strict et contraignant⁸. Le préambule de la Norme est bref, constitué de messages clés courts et simples ; cependant, certains pays en profiteront peut-être pour traiter plus longuement du contexte justifiant les PPP.

Avant l'adoption d'un cadre de PPP, il est fréquent que les pouvoirs publics publient une déclaration de politique générale détaillée. Si tel est le cas, cette déclaration peut énoncer les priorités et objectifs jugés importants ou pertinents, laissant au cadre le soin d'énoncer les dispositions juridiquement contraignantes. En tout état de cause, les notes d'orientation ou les documents explicatifs, quels qu'ils soient, seront probablement d'une aide précieuse pour tous les utilisateurs du nouveau cadre de PPP.

Le préambule mentionne que la Norme se limite aux PPP, et plus particulièrement aux partenariats public-privé axés sur la réalisation des ODD, et ne s'applique pas à d'autres types d'accords commerciaux ou contractuels entre les secteurs public et privé. Dans la juridiction concernée, de nombreux autres arrangements ne seront pas régis par un cadre de PPP (par exemple, les simples contrats de sous-traitance, les contrats de conception et de construction dans le cadre de mécanismes traditionnels de passation de marchés, certains types de franchises, des contrats de consultance, d'autres accords commerciaux standard, et peut-être même des concessions de ressources naturelles). Il convient de veiller à ce que les accords incompatibles avec le cadre de PPP ne soient pas pris en compte par inadvertance dans la formulation de ce cadre et d'une manière qui pourrait prêter à confusion.

8 Les traditions jurisprudentielles d'un pays ont également leur importance à cet égard. Il peut néanmoins s'avérer nécessaire d'énoncer chaque « objet » et chaque règle dans la loi elle-même.

Le préambule de la Norme insiste également sur les valeurs et les objectifs des PPP axés sur la réalisation des ODD, auxquels la CEE accorde désormais la plus haute priorité. Ceux-ci sont également promus par la BERD à travers certaines des prescriptions obligatoires en matière environnementale et sociale imposées aux projets qu'elle finance, et dans le cadre de la politique et du dialogue sur la transition vers une économie verte (« GET ») qu'elle a adoptés dans les pays où elle opère. Ces principes sont résumés dans le préambule et consacrés par la Norme, où ils sont évoqués dans divers passages et inspirent de nombreuses dispositions. Ils font partie intégrante du document, d'où leur évocation dans le titre. Il appartient à chaque pays hôte d'examiner attentivement comment et dans quelle mesure il souhaite se référer à ces principes. La CEE, à l'origine de la publication de cette Norme, espère que tous les États membres les adopteront et y souscriront pleinement et sans réserve dans leurs cadres de PPP.

CHAPITRE I. Dispositions générales

Ce chapitre de la Norme traite d'aspects généraux des partenariats public-privé et du nouveau système, qui faciliteront la bonne compréhension du cadre de PPP, notamment les définitions, et l'application des réglementations et lignes directrices, les critères et exigences préliminaires, le pouvoir d'attribuer des PPP, les secteurs concernés et certains des éléments fondamentaux d'un contrat de PPP (dont les parties et la durée du contrat).

Article 1. Champ d'application de la Norme

Cet article de la Norme résume son champ d'application. Certains pays préféreront traiter intégralement ou partiellement cette question dans le préambule⁹. Les auteurs ont estimé qu'en dépit du risque de répétition, il convenait de préciser certaines notions juridiquement contraignantes dans le contexte d'un article, afin de faciliter l'interprétation et l'application d'un nouveau cadre de PPP.

Ce premier article établit en particulier que la Norme s'applique à toutes les formes de PPP telles qu'elle les définit, indépendamment de leurs étiquettes. Il est à noter que l'objectif de cette Norme n'est pas d'instaurer un type, un modèle ou un format unique de PPP, mais de réunir en un même document de référence tous les éléments clés pertinents pour les PPP.

Certains pays établissent une distinction formelle et jurisprudentielle entre divers types de PPP, notamment entre les modèles de PPP « concessifs », financés par des redevances directes, et les modèles de PPP « non concessifs », tributaires de flux de recettes publiques¹⁰. Cette approche peut parfois conduire à l'adoption de deux systèmes différents traitant respectivement de l'une ou l'autre forme (c'est le cas en Serbie, par exemple, et, d'une certaine manière, en France). La législation de l'UE établit également une distinction formelle sur cette base. Cela étant, la plupart des pays, notamment ceux de *common law*, n'établissent pas de distinction et regroupent tous les PPP au sein d'une même catégorie en les soumettant à un ensemble unique et uniforme de dispositions et de principes statutaires. C'est l'approche adoptée dans toute la mesure du possible par la Norme, car elle favorise la simplicité, la cohérence et l'exhaustivité du document.

L'article, comme la CNUDCI, mentionne les principes généraux fondamentaux qui régissent la Norme, mais fait également référence aux principes des PPP axés sur la réalisation des ODD.

9 L'utilisation de « préambules » et d'autres conventions de rédaction législative variera selon les juridictions ; en toutes circonstances, le champ d'application de la loi devra être clairement défini aux fins de son interprétation.

10 Du moins de nos jours. Aujourd'hui, le langage courant du monde des affaires reflète souvent cette distinction. Historiquement, cependant, d'autres facteurs étaient au moins aussi importants, tels que le champ d'application et le secteur. Dans de nombreux pays, le terme « concession » était synonyme de « PPP » (ou datait d'avant les PPP).

Article 2. Principaux termes et définitions

La Norme utilise certains termes bien définis, mais il est préférable de ne pas les multiplier à l'excès. La compréhension des diverses dispositions du cadre de PPP n'en sera que meilleure. La plupart de ces termes sont employés dans la Norme et parfaitement explicites, mais certains méritent un commentaire et sont présentés ci-dessous :

- Le « **droit applicable** » est un terme générique désignant l'ensemble des lois nationales du pays hôte susceptibles d'être pertinentes d'une manière ou d'une autre pour les PPP. Lorsque ces lois donnent effet à des obligations internationales (par exemple, en vertu du droit international public), il convient d'en tenir compte pour l'interprétation des articles de la Norme. Il convient d'examiner avec soin les lois nationales qui présentent un intérêt particulier du point de vue des ODD et des principes des PPP axés sur la réalisation des ODD, notamment les lois relatives à l'environnement, aux droits humains, à la santé et à la sécurité, aux peuples autochtones et aux droits des citoyens, et de les réviser si nécessaire.
- Le terme « **gouvernement** » est à prendre au sens large et fait référence à tout organe des branches administrative ou exécutive des pouvoirs publics légalement habilité à exercer des pouvoirs ou à remplir des fonctions en vertu du cadre de PPP. Certains opéreront en vertu des dispositions du cadre de PPP. D'autres disposeront déjà d'une autorité conférée par le système juridique général du pays (y compris, peut-être, par sa Constitution). Il convient donc de réfléchir attentivement aux relations entre l'autorité accordée en vertu d'un nouveau cadre de PPP et les autres autorités existantes, ainsi qu'à tout conflit éventuel entre elles.

La Norme ne cherche pas à recenser les dispositions administratives privilégiées, de sorte que chaque pays hôte peut souhaiter détailler les organes publics auxquels il est fait référence dans certains articles de la Norme. Au besoin, les modifications requises sont faciles. L'utilisation du terme générique « organisme compétent » en divers endroits du texte facilite cette possibilité. Des incertitudes risquent d'apparaître quant aux pouvoirs conférés aux organes locaux ou régionaux en vertu du cadre de PPP, notamment lorsque des combinaisons de différents organes gouvernementaux sont susceptibles d'être impliquées simultanément dans l'exercice de certaines fonctions (par exemple, plusieurs autorités contractantes intervenant dans un même projet) ; cette question sera peut-être à aborder expressément lors de l'adoption du cadre de PPP par le pays hôte.

- « **Lignes directrices en matière de PPP** »/« **Règlement d'application** ». Le pays hôte décidera (à moins que la législation locale ne l'exige) s'il souhaite autoriser la promulgation de règlements et/ou de lignes directrices à l'appui de son cadre de PPP. Le texte part du principe que les deux seront employés, sachant que les règlements contiennent des dispositions secondaires juridiquement contraignantes venant compléter de nombreux articles du cadre de PPP, alors que les lignes directrices sont des documents non contraignants facilitant la compréhension du fonctionnement du cadre et du régime de PPP. Certains pays préféreront se limiter à l'un ou à l'autre, voire les combineront sous un intitulé plus vague (par exemple, « cadre propice aux PPP »).
- « **Autorité publique** ». Ce terme ne désigne pas exclusivement les autorités contractantes. Sa portée est plus large, englobant toute autorité publique dont les pouvoirs peuvent avoir une incidence sur les PPP (y compris, par exemple, leur identification, leur approbation, leur lancement, leur sélection, leur évaluation, la passation de marchés ou leur mise en œuvre).

- **« Infrastructure publique ».** Il appartient aux pays hôtes de réfléchir à l'étendue et à la portée de cette définition et de l'adapter à leurs attentes pour tout l'éventail de PPP qu'ils envisagent de mettre en place. La Norme donne une définition très large de ces infrastructures, à la fois pour éviter toute limitation involontaire de son champ d'application et pour rendre la Norme compatible avec d'éventuelles évolutions futures. L'expression couvre les actifs incorporels (notamment les droits de propriété intellectuelle) et d'autres types d'actifs, dont l'exploitation peut n'être qu'indirectement liée à la fourniture de services d'infrastructure (par exemple, les systèmes informatiques).
- **« Rapport coûts-avantages »** et **« Valeur ajoutée attendue pour la population ».** Ces expressions méritent un examen attentif. La définition et l'interprétation du monde des PPP ont fait l'objet, pendant des années, d'un débat animé. La définition dans la Norme souligne la nécessité d'adopter une perspective large, d'examiner l'intérêt d'un PPP sous l'angle de son impact global sur l'économie, la société, l'environnement et les finances publiques tout au long de sa durée de vie, ainsi que des avantages nets (financiers et sociaux, par exemple) qu'il est susceptible de générer. Il s'agit donc d'un test de « valeur ajoutée attendue pour la population » et de « rapport coûts-avantages ». Les deux expressions sont quelque peu interchangeables, mais les pays hôtes auront à cœur de réfléchir attentivement à la signification qu'ils souhaitent leur donner et à la manière de les mettre en œuvre et de les mesurer. Le texte permet de déterminer une méthodologie de mesure détaillée dans les règlements d'application. Une définition stricte (par exemple, au moins-disant) n'est probablement *pas* appropriée.

Article 3. Règlements et lignes directrices applicables à la mise en œuvre des projets de PPP

Comme expliqué précédemment, il appartient au pays hôte de décider s'il souhaite se référer formellement aux règlements d'application et aux lignes directrices dans le cadre de PPP (ou s'il y est légalement tenu). Les règlements d'application sont généralement nécessaires pour compléter le régime juridique des PPP et constituent à ce titre un élément indispensable. Les lignes directrices ont un caractère moins impératif, du moins sur le plan formel, et sont évoquées à ce titre en un langage plus souple. Cet article permet aux pouvoirs publics de désigner un ou plusieurs « organismes compétents » chargés de publier ces documents en son nom. Le paragraphe 3 prévoit la possibilité de les réviser de temps à autre et d'instaurer ainsi la flexibilité requise à long terme. Le paragraphe 4 précise que lorsque des règlements sont en place, les dispositions correspondantes du cadre de PPP sont de mise, mais qu'elles sont à interpréter en conjonction avec les règlements applicables.

Article 4. Critères et exigences fondamentales en matière de PPP

Cet article de la Norme définit les éléments essentiels et les caractéristiques principales d'un PPP. Il précise que tout PPP satisfaisant à ces critères doit respecter l'ensemble des exigences du cadre de PPP. Il est important de distinguer clairement les types de projet relevant de la catégorie des PPP et donc soumis aux dispositions et exigences du cadre de PPP, de ceux qui ne sont pas concernés.

Le paragraphe 3 énonce les critères fondamentaux permettant de reconnaître un véritable PPP. Les tests sont cumulatifs, ils doivent tous être satisfaits, et il est à noter que :

- L'alinéa a) rappelle aux fonctionnaires que les PPP s'entendent sur le long terme (une durée minimale est fixée le cas échéant conformément à l'article 8) et qu'ils sont à mettre en œuvre sur la base d'un contrat de PPP conforme au chapitre V ;
- L'alinéa b) impose une valeur estimée minimale pour les PPP. Cette option est évoquée car, pour certains spécialistes, la nature complexe des PPP ainsi que leur durée et les ressources nécessaires pour les réaliser exigent que le projet soit d'une valeur minimale suffisante pour susciter l'intérêt du secteur privé. Les pays hôtes peuvent ou non se plier à cette exigence, mais s'ils s'y refusent, cet alinéa devrait être supprimé. À noter également que compte tenu de la difficulté de déterminer une valeur minimale exacte et les modalités de son calcul, la Norme suggère que cette question soit traitée dans les règlements d'application, plutôt que dans le cadre de PPP proprement dit. Par ailleurs, la fixation d'une valeur minimale par voie réglementaire facilite son adaptation au fil du temps, sans qu'il soit nécessaire d'apporter des modifications plus lourdes au cadre général ;
- L'alinéa c) assure la flexibilité requise pour les diverses activités physiques menées au titre du PPP. Il convient de garder à l'esprit qu'il s'agit d'activités à long terme et exposées à divers risques. Un PPP n'est pas un simple contrat de construction ou de prestation de services, il fait intervenir un niveau certain de responsabilité à long terme pour l'infrastructure publique et/ou les services publics ;
- L'alinéa d) insiste sur la question essentielle de la répartition des risques entre les parties tout au long de la vie du projet de PPP. Le partage des risques doit être une réalité pendant toute la durée du projet ;
- Un PPP fait généralement appel à des financements privés, même si en théorie des exceptions sont toujours possibles. La possibilité est prévue à l'alinéa e). Le recours à des financements privés peut s'avérer nécessaire ou l'autorité contractante peut souhaiter expressément qu'il en soit ainsi. Mais l'option est facultative, l'inclusion de cette disposition faisant de ce recours à des fonds privés un test cumulatif supplémentaire confirmant qu'il s'agit bel et bien d'un projet de type PPP.

Article 5. Pouvoir d’attribuer un marché en PPP et de conclure un PPP

Cet article vise à remédier à la grande incertitude que connaissent certains pays quant à savoir quel(s) organisme(s) public(s) a (ont) le pouvoir légal et l’autorité d’attribuer un PPP. Dans d’autres juridictions, l’article peut s’avérer superflu en l’absence de tout doute sur la personne habilitée à attribuer un PPP. De nombreux systèmes de PPP ne contiennent pas de clause de ce type, mais en cas de nécessité, il convient de l’inclure dans le cadre de PPP en veillant à la formuler en termes simples et clairs, à l’instar du texte de la Norme.

L’article prévoit que toute autorité publique disposant du droit légal d’élaborer des projets impliquant des actifs et/ou des services du type de ceux relevant des PPP (c’est généralement le cas de la plupart des ministères et de nombreuses municipalités) et de conclure des contrats commerciaux avec des entreprises du secteur privé, est réputée pouvoir attribuer des marchés en PPP et conclure des PPP, sauf si une loi ou un règlement spécifique en dispose autrement.

L’article habilite également les pouvoirs publics (au paragraphe 2) à déléguer ce pouvoir à des organismes individuels, voire à le révoquer, pendant la durée du PPP. Il est censé constituer une disposition de secours utile.

Article 6. Secteurs et activités ouverts aux PPP

Cet article de la Norme permet de conclure des PPP dans tous les secteurs assurant des prestations de services publics.

Le paragraphe 2 prévoit l’exclusion de certains secteurs ou domaines spécifiques de l’application du cadre des PPP, si les pouvoirs publics le jugent approprié et nécessaire.

Il est un secteur qui s’avère parfois problématique dans ce contexte : celui des ressources naturelles et des industries extractives, souvent exclu du champ d’application des PPP et du cadre de PPP, même si des « concessions » peuvent y avoir été accordées depuis de nombreuses années. Cette situation s’explique par le fait que a) le secteur dispose déjà d’une législation et de procédures bien établies, en vigueur depuis longtemps et formant un ensemble autonome et complet de règles et de réglementations applicables ; et b) les PPP concernent essentiellement des services publics et des infrastructures publiques, ce qui, selon certains, n’est pas le cas des industries extractives (du moins pas directement)¹¹. En l’occurrence, des pays peuvent décider, en fonction du contexte national, d’exclure certains secteurs du champ d’application du nouveau cadre de PPP, même si ces secteurs sont régis par des dispositions très semblables à celles des PPP. Il appartient à chaque pays hôte d’effectuer cette analyse.

11 En outre, certains projets de ce secteur risquent de ne pas satisfaire aux principes des « PPP axés sur la réalisation des ODD ».

Article 7. Parties à un contrat de PPP

À l'instar de la plupart des contrats, le contrat de PPP réunit généralement deux parties, à savoir l'autorité contractante et le partenaire privé. Cependant, les parties prenantes au contrat peuvent être beaucoup plus nombreuses, tant du côté public que du côté privé : autorités locales, autres organismes gouvernementaux/ministères, prêteurs, investisseurs, conseillers, etc. Cet article de la Norme reconnaît qu'occasionnellement plusieurs organismes publics peuvent participer en tant qu'autorité contractante¹², par exemple un regroupement de municipalités ou une entreprise d'État associée à un ministère de tutelle. Par ailleurs, le partenaire privé est souvent un consortium d'entreprises qui deviennent actionnaires de l'entité à vocation spéciale (EVS) constituée à cet effet dans le cadre du contrat. Les deux parties principales peuvent également convenir d'associer des tierces parties additionnelles au contrat de PPP, lorsque les circonstances ou les besoins particuliers du projet l'exigent.

Article 8. Durée du PPP

Cet article de la Norme impose une durée minimale statutaire à tous les PPP. Les pays hôtes sont appelés à réfléchir soigneusement à cette durée et aux modalités de son calcul. Tous les pays ne spécifient pas de minimum, mais s'ils le souhaitent, la durée (exprimée en années) peut être fixée dans cet article. Un laps de temps d'au moins cinq ans est probablement judicieux, compte tenu de la complexité grandissante des PPP, qui sont par nature des structures à long terme, et de l'importance du partage des risques entre les parties tout au long du projet. La fixation d'une durée minimale ne fait pas consensus dans les rangs des pays, mais si une juridiction souhaite en fixer une, le texte prévoit d'en préciser les détails dans la réglementation, en cohérence avec la valeur minimale spécifiée (le cas échéant) dans l'article 4.

Le paragraphe 2 aborde la question de la durée des contrats de PPP. Aucun chiffre n'est avancé dans le texte, car la question fait l'objet d'un vaste débat. Certains sont d'avis que très peu de PPP nécessitent une durée supérieure à vingt-cinq ou trente ans, une période étant jugée suffisante pour rendre un projet admissible à un financement et attrayant en termes d'investissement. D'autres estiment que des périodes beaucoup plus longues peuvent faire sens, ce que confirment certains exemples pratiques.

Les principes de base à prendre en compte pour fixer la durée des contrats sont énoncés au paragraphe 2. Les pays hôtes pourront ajouter tout autre critère jugé utile.

12 Dans ce cas, il peut être utile de confier à l'une d'entre elles un rôle clairement prépondérant d'interface avec le partenaire privé dans le contexte du contrat de PPP, afin de favoriser l'effet de « guichet unique ».

Nonobstant les principes énoncés au paragraphe 2, les contrats de PPP prévoient généralement des mécanismes de prolongation de durée en cas de circonstances exceptionnelles¹³. Il en sera par exemple ainsi si des événements de force majeure retardent sérieusement l'avancement des travaux ou interrompent les opérations, ou si un changement législatif impose des modifications importantes de certains aspects de la conception et des travaux de construction. De même, il peut être préférable pour l'autorité contractante de prolonger le contrat pour compenser les pertes subies par le partenaire privé (lui permettant ainsi de percevoir des revenus plus longtemps) plutôt que de l'indemniser pécuniairement. Le paragraphe 3 prévoit cette éventualité, ainsi que la possibilité de préciser d'autres conditions dans le règlement (notamment pour éviter que le mécanisme d'extension ne soit utilisé de manière abusive).

L'expiration du contrat de PPP ne doit évidemment pas affecter le titre de propriété du partenaire privé sur les actifs inclus dans le PPP qu'il est en droit de conserver¹⁴, ce que précise clairement le paragraphe 4.

13 Il ne s'agit pas de recours discrétionnaires laissés à l'appréciation du partenaire privé. Ils correspondent généralement à des motifs objectifs de révision du contrat dans les circonstances spécifiées, de manière juridiquement applicable et susceptible d'arbitrage.

14 Comme dans une structure de type construction-propriété-exploitation, par exemple, et peut-être même une structure construction-exploitation-transfert.

CHAPITRE II. Mécanismes institutionnels et rôles

Des projets de PPP bien conçus et préparés, cohérents avec les plans d'infrastructure nationaux et locaux, peuvent jouer un rôle clé dans le développement d'infrastructures et de services publics essentiels. On attribue parfois ce phénomène à la prise de conscience du rôle déterminant que peut jouer le secteur privé dans la conception et l'exploitation d'infrastructures modernes et des services qui y sont associés. En outre, le recours au financement privé dans le contexte d'un PPP peut minimiser le poids de la dette publique et aider les pouvoirs publics à limiter leur dépendance à l'égard de l'aide internationale, une aide par ailleurs souvent insuffisante.

La Norme définit la structure et le rôle des institutions à adapter ou à créer. Au-delà des approches traditionnelles, ces institutions sont essentielles pour la réalisation des phases clés de planification et d'élaboration de projets de PPP réussis.

Le préambule énumère les quatre phases que suivent habituellement les projets :

1. Une phase d'identification, destinée à sélectionner un projet candidat pour lequel l'autorité contractante sera autorisée à mener des études de faisabilité ;
2. Une phase de préparation, comprenant une série d'études de faisabilité visant à déterminer si le projet est réalisable et à décider du lancement de la phase d'appel d'offres par l'autorité contractante ;
3. Une phase d'organisation, composée de l'appel d'offres et des procédures de sélection compétitive qui permettent d'identifier un ou plusieurs partenaires privés candidats ;
4. Une phase de mise en œuvre, englobant la construction, la mise en service, l'exploitation et la maintenance du projet ; la Norme régit les conditions de mise en œuvre du projet depuis sa conception détaillée jusqu'à la fin du cycle de vie du projet.

Article 9. Unité consacrée aux partenariats public-privé et coordination administrative

Cet article de la Norme traite de deux organes spécialisés chargés d'organiser et de superviser les projets de PPP : le comité interministériel et l'unité PPP. La structure et les fonctions typiques de ces organismes sont décrites dans le Diagramme 1 et détaillées ci-dessous.

Les paragraphes 2 et 3 précisent le rôle du comité interministériel, principal organe chargé globalement de la mise en œuvre des politiques de développement des projets de PPP, de la prise en compte des stratégies et des priorités nationales ainsi que de la coordination interinstitutionnelle. Ce comité est également chargé d'approuver les diverses phases clés de planification, de préparation et de mise au point des projets (après examen par l'unité PPP).

La Norme précise que la composition, la structure et le personnel du comité interministériel doivent lui permettre de remplir ses fonctions et de s'acquitter de ses responsabilités avec efficacité et efficience¹⁵. À cette fin, un registre du personnel et de ses activités doit être tenu à jour et mis à la disposition du public¹⁶.

Les paragraphes 4 à 7 concernent l'unité PPP, l'organe central en charge de l'échange d'expertise et de la formulation de recommandations sur la préparation, l'élaboration, la mise en œuvre et le suivi des projets. La Norme décrit plus de 20 fonctions, de l'alinéa a) à l'alinéa u), confiées à l'unité PPP, ce qui fait de cet organe un rouage essentiel dans la mise en œuvre et l'amélioration des méthodologies et des procédures, ainsi que dans la préparation de documents d'appel d'offres normalisés, y compris les conditions contractuelles. Son rôle s'étend à l'impact potentiel des projets sur la dette publique, à l'évaluation des risques et à d'autres considérations financières et fiscales. L'unité PPP est chargée de tenir des dossiers détaillés des projets, d'assurer la formation des fonctionnaires et d'administrer la base de données des PPP, regroupant entre autres les clauses types et les méthodologies. Elle contribue également à la prévention et à la résolution des litiges, etc. Enfin, elle coordonne et évalue les rapports et études à établir aux différents stades de la planification et du développement du projet (y compris le choix du partenaire privé) et formule un avis quant à la décision finale pour le comité interministériel.

Le paragraphe 5 précise que l'unité PPP opère sous la supervision du comité interministériel et que son organisation doit lui permettre de mener à bien l'ensemble des fonctions qui lui sont confiées et de s'acquitter de ses responsabilités de manière efficace ; il mentionne spécifiquement la nécessité pour l'unité PPP et son personnel de disposer des compétences appropriées dans les secteurs des infrastructures publiques et achats de services, génie, modélisation économique et financière, expertise comptable et élaboration de budget, incidences sociales ou environnementales, administration publique, etc. Les membres de son personnel peuvent provenir des secteurs public et privé et la composition et le personnel de l'unité doivent être consignés dans un document systématiquement mis à jour et accessible au public.

15 La transparence et l'intégrité doivent être assurées en toute circonstance. La Norme énonce expressément que les activités de préparation de projet, de passation de marchés et de réglementation des PPP devraient être effectuées de manière indépendante afin d'éviter tout conflit d'intérêts. Les conditions pratiques de transparence et d'intégrité à respecter sont décrites plus en détail dans la Norme pour une tolérance zéro de la corruption dans le cadre de la passation de marchés fondés sur des PPP, adoptée par les États membres.

16 Compétences requises : le comité doit être doté d'une expertise appropriée lui permettant de prendre des décisions finales à la fois pour i) les PPP à paiement public, pour lesquels les compétences essentielles requises sont assez similaires aux marchés publics de type « contrat de maîtrise d'œuvre et d'ouvrage » ou « clé en main », et ii) les concessions pour lesquelles des compétences supplémentaires sont requises, notamment en matière socioéconomique, de modélisation environnementale et financière et d'évaluation de l'équilibre économique entre la capacité d'un projet à fournir un service public de qualité adapté à l'évolution des besoins de la société et la viabilité financière du projet pour le partenaire privé. Souvent, des consultants externes expérimentés, disposant d'une pratique réelle des divers modes de prestation de services d'infrastructure publique, seront mobilisés, en particulier dans les pays qui n'ont pas une longue expérience des concessions d'infrastructure. Selon la nature des projets à évaluer, des spécialistes sectoriels seront également nécessaires. Deux résumés de bonnes pratiques dans ce domaine ont été approuvés par les États membres de la CEE ; « Involving reliable and independent experts to develop PPPs in support of SDGs in low and middle-income countries » (Impliquer des spécialistes compétents et indépendants pour élaborer des PPP axés sur la réalisation des ODD dans les pays à revenu faible et intermédiaire) (ECE/CECI/WP/PPP/2023/9) et « List of essential clauses in concession contracts in PPPs in support of the SDGs » (Liste des clauses essentielles des contrats de concession dans les PPP axés sur la réalisation des ODD) (ECE/CECI/WP/PPP/2018/11).

Dans les petits pays, en particulier ceux qui n'envisagent qu'un nombre restreint de projets de PPP, la justification d'un comité interministériel est moins évidente et il n'est pas rare que l'unité PPP relève d'un ministère (par exemple, le Ministère des finances ou le Ministère du développement économique) ou du Cabinet du Président/Premier Ministre. Chaque pays hôte prendra en compte son propre contexte pour déterminer les structures administratives appropriées.

Le paragraphe 6 précise que les rôles et responsabilités au sein de l'unité PPP doivent être organisés de manière à éviter tout conflit d'intérêts¹⁷.

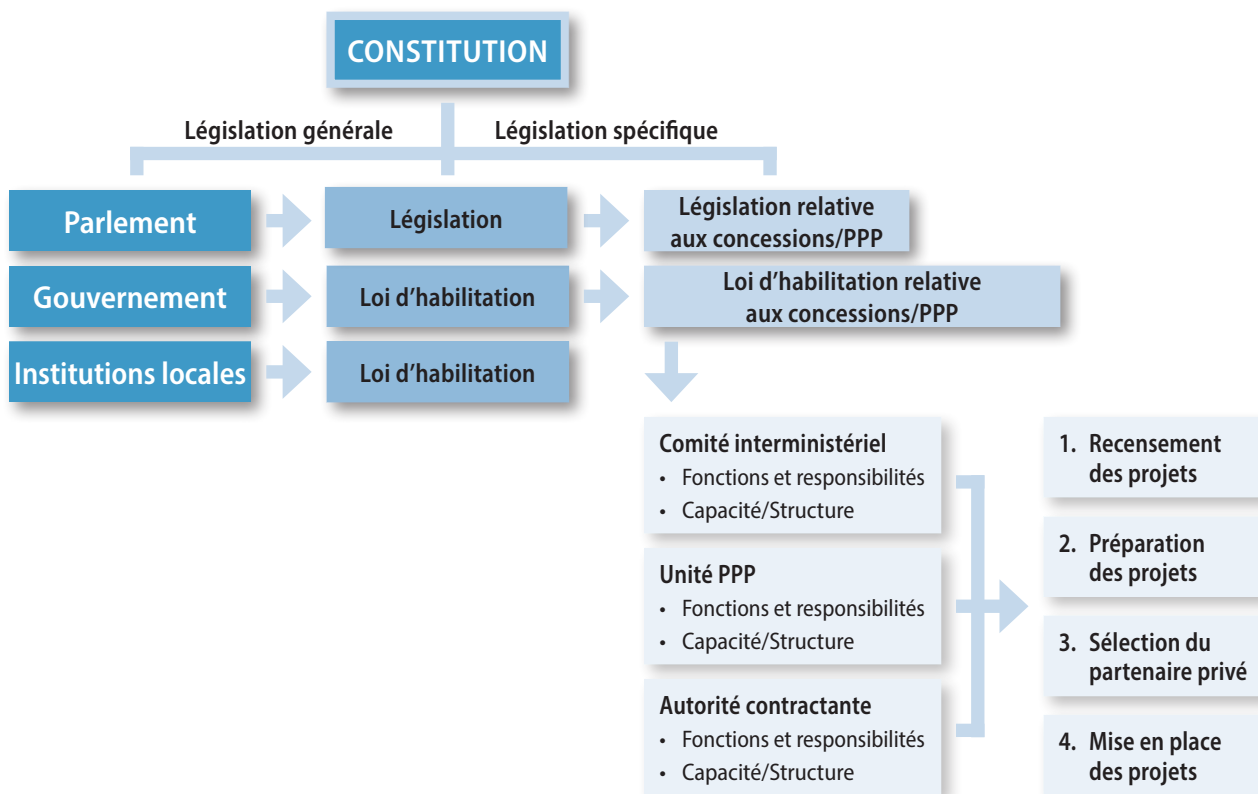
Article 10. Informations relatives aux PPP

Les paragraphes 1 et 2 énoncent des dispositions détaillées sur la responsabilité de l'unité PPP d'assurer la transparence, de communiquer des informations complètes sur ses activités et ses projets et de les mettre à la disposition de toute personne intéressée. Y sont également précisées les données à collecter et à conserver.

Les paragraphes 3 et 4, quant à eux, imposent à l'autorité contractante de recueillir et de publier toute information pertinente relative aux projets qu'elle élabore ou envisage, afin que l'ensemble des personnes intéressées puisse y avoir accès. Il s'agit notamment de répondre aux demandes de renseignements et d'informations dans des délais raisonnables. L'autorité contractante est par ailleurs tenue de publier (au minimum sur son site Web) des informations sur les projets en cours, les conditions de préqualification, la liste des candidats soumissionnaires et le(s) partenaire(s) privé(s) éventuellement sélectionné(s).

17 Compétences requises : elles doivent permettre l'accomplissement coordonné de toutes les fonctions et responsabilités prévues par la loi. Il s'agit entre autres d'une connaissance concrète des différents types de concessions/PPP qui contribuent à la réalisation des ODD, des principes directeurs promus par la CEE, des textes applicables et des pratiques en vigueur, tout en mettant en œuvre les lignes directrices et les directives élaborées par le comité interministériel. Le défi est de taille pour la plupart des pays car, à ce jour, ils n'ont qu'une expérience limitée de projets de PPP/concession réussis et ne disposent pas de procédures éprouvées à long terme et validées par un grand nombre de projets (ni d'une large jurisprudence). Ils éprouvent souvent de sérieuses difficultés à mettre en place des schémas d'organisation fonctionnels permettant à l'unité PPP de remplir correctement l'ensemble de ses missions. Confrontés à des problèmes de recrutement de personnels dotés de l'expertise et de la hauteur de vue requises, les pays émergents et en développement sont également pénalisés par le coût de l'opération, obstacle difficile à surmonter dans la pratique. Rares sont ceux capables de proposer des listes bien conçues de projets de concession/PPP, conformes aux dispositions du cadre et aux meilleures pratiques internationales. Or, en l'absence de tels projets, il est extrêmement difficile d'attirer des partenaires privés de qualité et responsables. Il est à noter que l'équipe doit au moins posséder des compétences de base en matière de gestion de projet, à compléter par des capacités en matière de PPP.

Diagramme 1 : Organisation institutionnelle et répartition des rôles



Source : Marc Frilet et Jean-Christophe Barth-Coullaré (juin, 2023)

CHAPITRE III. Lancement et préparation des PPP

Le cadre régit les conditions de lancement et de préparation des projets. Il définit une procédure détaillée pour l'identification, la planification et l'évaluation des projets au cours des deux premières phases clés de leur développement et impose un processus inclusif rigoureusement contrôlé. L'un des objectifs est de permettre aux pouvoirs publics de se prononcer au plus tôt sur la priorité à accorder au projet d'infrastructure de service public proposé et à sa mise en œuvre sous la forme d'une concession (paiement par les usagers), d'un PPP à paiement public, ou d'une autre forme de marché public traditionnel ou moderne (y compris, par exemple, la conception, la construction ou la fourniture d'un service clé en main). Les autorités nationales devront, au moment de choisir les modalités d'un projet, peser soigneusement les multiples aspects de cette analyse et s'inspirer des Principes directeurs de la CEE relatifs aux partenariats public-privé axés sur la réalisation des objectifs de développement durable (ECE/CECI/WP/PPP/2022/7), des ODD, de la vision politico-économique du pays, de sa situation financière et de celles des utilisateurs.

Article 11. Lancement, identification et préparation d'un PPP

Le paragraphe 1 établit le principe d'une application pleine et entière des procédures et méthodes détaillées dans la Norme s'agissant du lancement, du recensement et de la préparation des projets, y compris à l'évaluation et à l'approbation des propositions, indépendamment des secteurs et/ou des types de projet.

Comme le précisent les paragraphes 2 à 4, toute proposition de PPP doit émaner de l'autorité contractante, superviseur en dernier ressort de la prestation du ou des service(s) public(s) concerné(s), sauf en cas de proposition spontanée. La Norme suggère que ces propositions spontanées ne soient prises en considération que pour les projets non encore annoncés à l'échelon national ou local. Elle leur impose de respecter les mêmes procédures détaillées de préparation que les autres projets, et les propositions spontanées doivent être soumises aux mêmes exigences et traitées de la même manière que n'importe quel autre projet initié par les pouvoirs publics.

L'autorité contractante est tenue de constituer une équipe de projet compétente¹⁸, capable d'évaluer et de juger du potentiel des propositions et de rassembler et évaluer méthodiquement toutes les informations pertinentes. À ce stade, l'équipe travaillera de manière coordonnée et réalisera ou supervisera la production des différentes analyses et études requises par le cadre. Cet article présente les principales compétences et expériences à réunir au sein de l'équipe de projet.

18 Les compétences de l'équipe de projet de l'autorité contractante doivent être en accord avec celles requises au niveau de l'unité PPP afin de permettre une bonne évaluation et de formuler des recommandations sur les projets, ainsi qu'avec celles du comité interministériel qui délivre l'approbation finale aux différents stades de l'élaboration du projet. Il est important que ces trois instances travaillent chacune dans une perspective différente, mais en étroite collaboration, afin de proposer des projets réalistes, résilients et attractifs pour des soumissionnaires de qualité. L'autorité contractante se chargera principalement de réaliser des analyses et des études sur le terrain, afin d'évaluer et de hiérarchiser les besoins, puis de développer un concept de projet avant de procéder aux études de faisabilité. L'unité PPP procédera à des évaluations plus globales, assorties de recommandations et d'inspections. Le comité interministériel (ou l'autorité compétente équivalente) mènera pour sa part un contrôle plus général intégrant la politique nationale de développement des infrastructures et la contribution aux ODD permettant de garantir la résilience face aux changements climatiques.

La Norme invite l'autorité contractante à consulter officiellement les parties prenantes à diverses phases de l'élaboration du projet. Aux fins de cette exigence, les autorités administratives compétentes et le grand public seront eux aussi consultés, par exemple dans le cadre d'audiences publiques nécessaires et/ou prescrites par la réglementation et les principes directeurs de la CEE. Ce processus de consultation doit permettre un dialogue efficace à propos du projet et du processus, y compris sur toute question importante non confidentielle soulevée par les diverses propositions. Un compte rendu doit être rédigé, accompagné des principales questions soulevées et des réponses fournies.

Les paragraphes 5 et 6 traitent de la phase initiale d'un projet de PPP, en l'occurrence la définition et l'évaluation des besoins. Une procédure combinant le recensement de toutes les approbations et le recueil des autorisations requises avant le lancement d'un projet est à établir à cette fin.

La Norme invite l'autorité contractante à rédiger un **rapport d'identification** exhaustif résumant le concept de l'infrastructure et des services à améliorer ou à créer, ainsi que leurs principales fonctionnalités, accompagné d'une évaluation des problèmes susceptibles de se poser au cours du projet et de leur impact potentiel (par exemple, le risque d'obsolescence des solutions techniques, l'évolution des conditions socioéconomiques et des besoins des utilisateurs, etc.). Ce document doit par ailleurs justifier la priorité à accorder au projet, au regard d'autres projets, et démontrer l'intérêt de le réaliser via un PPP plutôt qu'un autre type de marché public. Lors de la mise en balance des options, l'autorité contractante évaluera les différentes solutions sur la base, entre autres facteurs, des coûts estimés, de la complexité, des chances de réussite, des avantages économiques et sociaux, de l'adaptabilité aux besoins des utilisateurs, de l'équilibre financier, des besoins de financement, et de l'acceptabilité du projet et des services pour les utilisateurs, les communautés locales et les autres parties prenantes.

Le paragraphe 7 traite de la validation du rapport d'identification. Celui-ci est soumis à l'examen et à l'approbation de l'unité PPP, accompagné de justificatifs démontrant qu'il a été élaboré dans le respect des exigences applicables. Puis le rapport et l'avis de l'unité PPP sont présentés au comité interministériel pour approbation finale, conformément aux dispositions du paragraphe 3.

Les paragraphes 5 et 9 ont trait à la phase de préparation et à l'achèvement des évaluations préliminaires de faisabilité.

Le paragraphe 5 précise que cette phase de préparation est axée sur la documentation et la description du projet, de son objectif et de ses principales caractéristiques, ainsi que sur les indicateurs clés de performance. L'étape est importante, car elle servira de fondement aux soumissionnaires pour proposer une réponse complète et détaillée à l'ensemble du projet, ce qui permettra d'affiner les estimations en matière de financement, de conception, de mise en œuvre et de prestation de services. La disposition précise que cette phase n'inclut pas les spécifications techniques et financières approfondies que le partenaire privé devra détailler au cours de la phase de sélection et dans la partie du contrat consacrée à la conception.

Les dispositions des paragraphes 8 et 9 énumèrent les types de rapports et d'études préparatoires à établir lors de l'examen d'un PPP.

Dix-huit activités préparatoires sont recensées, numérotées de a) à r). Elles s'appuient sur les analyses conceptuelles et les approximations présentées dans le rapport d'identification, ainsi que sur un ensemble d'études complémentaires. Si certaines de ces études sont classiques pour l'évaluation de la faisabilité d'un projet d'infrastructure, d'autres sont spécifiquement axées sur la prise en compte des spécificités des PPP axées sur la réalisation des ODD. Il s'agit en particulier des études suivantes :

- Paragraphe 9, alinéa b) : rapport sur l'évaluation de l'impact social, économique et environnemental du projet, comprenant une analyse coûts-avantages, une évaluation quantitative des effets des externalités positives et négatives sur la valeur ajoutée attendue pour la population du projet tout au long de sa durée de vie, et une évaluation de la mise en œuvre des principes directeurs de la CEE dans le cadre du projet.
- Paragraphe 9, alinéa c) : rapport sur les coûts d'investissement et les dépenses d'exploitation, la capacité à mettre en œuvre le projet, les impacts fiscaux et budgétaires attendus et les risques encourus.
- Paragraphe 9, alinéa e) : rapport montrant comment le projet s'inscrit dans les stratégies nationales pour le secteur considéré ainsi qu'en matière de développement des services.
- Paragraphe 9, alinéa m) : rapport recensant et évaluant les principaux risques auxquels est exposé le projet, les modalités de leur prise en compte contractuelle et les solutions permettant de les gérer ou de les atténuer.

La Norme mentionne également des rapports complémentaires pour les projets envisagés sous forme de concession (paiement par l'utilisateur)¹⁹.

Paragraphe 9, alinéa s), sous-alinéa iii) : rapport sur l'acceptabilité par les utilisateurs du service public proposé, y compris les stratégies de promotion et de communication démontrant les avantages à long terme du projet.

Paragraphe 9, alinéa s), sous-alinéa iv) : rapport sur les différentes catégories d'utilisateurs, telles que les communautés économiquement vulnérables ou défavorisées, et leurs besoins spécifiques, et sur la possibilité de pratiquer des tarifs différenciés sans porter atteinte aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.

Paragraphe 9, alinéa s), sous-alinéa v) : rapport sur les possibilités d'adaptation du service public aux besoins futurs et la prise en compte de la capacité de contribution des parties prenantes. Il s'agit d'envisager d'éventuels changements substantiels du paysage économique ou politique pendant la durée du projet et d'insister sur l'importance de la résolution à l'amiable des problèmes tout en veillant à la continuité du service public.

19 Les projets de concession de services publics diffèrent des projets de PPP/concession à financement public, où la principale responsabilité du partenaire privé est de concevoir, construire et exploiter des infrastructures, des bâtiments ou des unités de production, en respectant des indicateurs de performance pendant toute la durée du projet, avec peu ou pas d'interaction directe avec le public. Dans le cas d'espèce, le partenaire privé est payé directement par l'utilisateur et assume l'entière responsabilité de la prestation, se substituant de fait à l'autorité contractante. Ce partenaire privé est généralement lié par les mêmes conditions juridiques, économiques et de satisfaction des utilisateurs que celles qui régissent l'autorité contractante. Pour mettre en œuvre de tels projets, des études complémentaires sont indispensables. Elles reposent sur un ensemble de principes visant à assurer la viabilité à long terme du projet, en mettant l'accent sur la recherche d'un équilibre économique et financier durable pour toutes les parties concernées et, au premier chef, sur la satisfaction des usagers. À l'article 11.9 s), la norme identifie neuf études, de i) à ix), susceptibles d'étayer cette évaluation.

Paragraphe 9, alinéa s), sous-alinéa vii) : rapport sur les mécanismes de rétrocession de l'activité de service public à l'autorité contractante en vue de son maintien et si l'intérêt général le justifie.

Paragraphe 9, alinéa s), sous-alinéa viii) : rapport sur le maintien de l'équilibre économique et financier en cas de circonstances exceptionnelles non imputables au partenaire privé.

Article 12. Procédures d'évaluation et d'approbation

En vertu du paragraphe 1 de l'article 12, tous les projets à réaliser au titre du cadre, y compris les propositions spontanées, doivent satisfaire à la définition des PPP énoncée dans la Norme.

Les paragraphes 2, 3 et 4 abordent les critères d'approbation et d'évaluation.

La Norme précise que l'unité PPP est principalement chargée d'évaluer les rapports et les études de faisabilité élaborés par l'autorité contractante. Comme indiqué dans le chapitre précédent, l'analyse des rapports et des études est suivie de l'émission d'un avis motivé par l'unité PPP, document qui est transmis au comité interministériel chargé de l'approbation finale.

Le paragraphe 3 énumère 15 critères destinés à favoriser les PPP axés sur la réalisation des ODD, en particulier :

Le paragraphe 3, alinéa b) demande aux fonctionnaires d'estimer l'impact positif sur les populations des projections socioéconomiques du projet et des bénéfices nets pour les services publics, notamment en termes d'autonomisation et d'inclusion. Il s'agira en outre de juger de la mesure dans laquelle ces résultats répondent aux principes directeurs de la CEE et contribuent au bien-être général de la population.

Le paragraphe 3, alinéa g) appelle les fonctionnaires à évaluer la viabilité sur les plans juridique, réglementaire et institutionnel, notamment les procédures à appliquer pour la sélection d'un partenaire privé et leur calendrier.

Article 13. Résolutions de mise en œuvre du PPP

Le paragraphe 1 traite de la publication d'une résolution formelle annonçant la mise en œuvre prévue d'un projet.

Le paragraphe 2, de l'alinéa a) à l'alinéa j), précise les principales informations relatives à un projet approuvé que l'autorité contractante a obligation de publier dans ce document.

Le paragraphe 3 concerne la publication de la résolution d'approbation et l'inscription du projet sur la liste officielle des projets de PPP approuvés. La Norme exige de l'autorité contractante qu'elle publie la résolution du projet sur son site Web et par les voies officielles. En cas de proposition spontanée, la résolution du projet doit également être transmise à l'initiateur privé.

Article 14. Propositions spontanées

Cet article de la Norme précise que les propositions spontanées sont à présenter à l'autorité contractante responsable de la prestation du service public concerné. Elles doivent l'être au stade de la conception. En vertu de la Norme, l'autorité contractante a le pouvoir discrétionnaire de l'examiner ou de l'ignorer et de juger de ses qualités et de sa conformité à l'intérêt public. Si un projet a déjà fait l'objet d'une annonce ou a été planifié en tant que projet potentiel, les propositions spontanées seront irrecevables.

Toutefois, il convient de noter que ces dispositions n'ont pas pour but d'empêcher des candidats de proposer des variantes à un appel d'offres ou un dossier d'appel d'offres (en particulier dans les domaines où l'autorité publique attend des innovations de la part du secteur privé). Ces variantes ne sont autorisées que dans un cadre bien défini et transparent, permettant à l'autorité de comparer équitablement les soumissions, et elles ne doivent en aucun cas altérer significativement les exigences du projet telles qu'énoncées dans le dossier d'appel d'offres.

Si l'autorité contractante décide de donner suite à la proposition spontanée, l'initiateur privé est tenu de mener une série d'études initiales similaire à celles exigées de l'autorité contractante lors de la phase de lancement d'un projet (comme énoncé à l'article 12.6). Ce processus aboutit généralement à la soumission d'un rapport d'identification à l'autorité contractante, pour examen et détermination de l'acceptabilité de la proposition spontanée. Si le rapport est favorable, l'autorité contractante notifie sa décision à l'entité candidate et détaille la procédure à suivre pour obtenir d'autres approbations ou précisions.

Les paragraphes 3 et 4 ont trait à la phase préparatoire du projet, qui implique la rédaction de rapports d'étude et de documents similaires à ceux qui seraient produits par l'autorité contractante dans la phase préparatoire détaillée décrite aux paragraphes 5 et 9 de l'article 11. Au cours de cette phase, l'autorité contractante invite l'initiateur privé à détailler ses qualifications et la faisabilité technique et commerciale de sa proposition spontanée. L'entité candidate peut partager toute information pertinente avec l'autorité contractante.

Le paragraphe 5 précise que l'autorité contractante est tenue de respecter les droits de propriété intellectuelle, les secrets commerciaux et les autres droits exclusifs de l'initiateur privé, contenus ou divulgués dans la proposition spontanée. Il est interdit d'utiliser ces informations autrement que pour évaluer les différents rapports et études de faisabilité (sauf accord écrit de l'initiateur privé et/ou du détenteur des droits). En cas de rejet de la proposition, la Norme impose à l'autorité contractante de restituer à l'initiateur privé tous les documents préparés et reçus au cours de la procédure d'évaluation. Cette obligation doit être interprétée à la lumière des lois sur l'information publique et des exigences en matière de conservation et de divulgation en vigueur dans la juridiction concernée.

Le paragraphe 6 précise que lorsque l'autorité contractante estime que la phase de préparation détaillée (pré-faisabilité complète) a été réalisée dans le respect de l'ensemble des exigences applicables, elle est tenue de soumettre le rapport de faisabilité à l'unité PPP pour évaluation. Cette évaluation est transmise au comité interministériel, qui peut autoriser l'autorité contractante à donner suite à la proposition spontanée.

D'après le paragraphe 7, lorsque l'autorité contractante a été autorisée à poursuivre avec l'initiateur privé, elle doit publier une résolution de mise en œuvre, comme prévu à l'article 13. Elle publiera ensuite la proposition spontanée en vue d'une éventuelle mise en concurrence conformément à l'article 21 relatif à la sélection du partenaire privé.

CHAPITRE IV. Sélection d'un partenaire privé

Article 15. Procédures de sélection d'un partenaire privé

Le paragraphe 1 de l'article impose le recours à des appels d'offres pour la sélection du partenaire privé, sauf exceptions dûment autorisées, par exemple en cas de négociations directes au titre de l'article 22. Il est largement reconnu aujourd'hui que l'appel d'offres est généralement le moyen le plus efficace, le plus transparent et le plus équitable d'attribuer des marchés importants, et la meilleure solution pour minimiser le risque de corruption. C'est aussi souvent une exigence explicite des institutions financières internationales²⁰, telles que la BERD, et une condition *sine qua non* à leur financement. La Norme part donc du principe qu'en règle générale, la concurrence doit jouer.

La question qui se pose souvent avec les cadres de PPP est de savoir dans quelle mesure le système national de passation de marchés du pays est applicable pour l'adjudication de projets de PPP. Les pays examineront cette question avec soin, sachant que la plupart disposent déjà de procédures en vigueur, peut-être sophistiquées et applicables aux PPP (c'est le cas dans l'UE, par exemple). Toutefois, si elles ont été élaborées avant que le pays ne commence à recourir intensivement aux PPP, il y a fort à parier que leur application aux structures de grande envergure et complexes telles que les PPP risque de poser problème.

Il sera peut-être envisageable d'amender ou de modifier le dispositif d'appel d'offres existant pour l'adapter aux PPP, mais l'opération risque de s'avérer difficile et de créer une certaine confusion lors de la mise en œuvre des dispositions révisées dans le contexte d'un nouveau cadre pour les PPP. C'est pourquoi les pays hôtes préfèrent généralement développer un dispositif complet et autonome de passation de marchés dans le cadre de leurs PPP, qui s'appliquera spécifiquement à tous les projets de PPP et qui exclura partiellement ou totalement ces derniers des mécanismes existants de passation de marchés²¹. Cette approche est choisie par de nombreux pays et encouragée par la Norme. Le paragraphe 2 est rédigé en ce sens. Si le pays hôte décide de modifier le régime de marchés publics en vigueur ou de l'appliquer en l'état, la prudence s'impose, car les dispositions peuvent différer sensiblement de la Norme et la conciliation entre les exigences pertinentes du régime national et celles de la Norme risque d'être délicate. Cela étant, la Norme prévoit cette possibilité (tout comme la CNUDCI).

20 Il s'agit de banques de développement et d'organisations internationales de financement, par opposition aux banques et investisseurs du secteur privé. En font notamment partie le Groupe de la Banque mondiale, la BERD, la Banque asiatique de développement (BASD), le Groupe de la Banque africaine de développement, la Banque asiatique d'investissement dans les infrastructures, la Banque interaméricaine de développement (BIAD) et d'autres encore.

21 Si le pays hôte est candidat à l'adhésion à l'UE, voire s'il s'agit d'un État membre de l'UE, il devra veiller à ce que toute procédure de passation de marchés personnalisée pour les PPP soit pleinement conforme à la législation de l'UE relative aux marchés publics et aux aides d'État. Mais, comme expliqué, la norme ne s'adresse pas essentiellement à ces pays.

Le paragraphe 3 précise à nouveau que les détails des procédures d'appel d'offres seront définis dans les règlements tout en restant régis par les principes énoncés dans ce paragraphe. Il appartient au pays hôte de décider s'il convient d'inclure le terme « proportionnalité » dans ces principes, en référence à l'utilisation efficace des ressources disponibles pour les appels d'offres, à un niveau adéquat au projet concerné.

Le paragraphe 6 prévoit une clause permettant l'insertion de critères de qualification. Les critères exacts et la méthodologie d'évaluation pour la présélection et la sélection des soumissionnaires, adaptés au PPP concerné et à la structure de l'appel d'offres employée, devront être choisis et affinés par l'autorité contractante, et énoncés clairement dans le dossier d'appel d'offres. Il est important que ces critères soient cohérents avec ceux utilisés pour l'approbation du PPP au stade de la préparation et les résolutions de mise en œuvre, le cas échéant.

Le paragraphe 7 impose à l'autorité contractante une obligation classique de non-discrimination dans le cadre de l'attribution et de la mise en œuvre des PPP.

Article 16. Processus et procédures d'appel d'offres : généralités

L'article 16 traite de questions générales concernant toute procédure d'appel d'offres adoptée. Pour l'adjudication d'un PPP, la procédure d'appel d'offres est déterminée par l'autorité contractante, conformément aux exigences et autres approbations énoncées dans la Norme. La procédure d'appel d'offres approuvée et ses détails sont à spécifier dans le dossier d'appel d'offres.

Le paragraphe 2 précise que l'appel d'offres public doit en principe être ouvert (tout soumissionnaire potentiellement intéressé peut répondre à l'invitation publiée) et prévoit une certaine souplesse quant au recours à une préqualification et à une procédure en une ou deux phases. Les appels d'offres restreints, réservés à des soumissionnaires spécifiquement sélectionnés par l'autorité contractante sans publicité, ne sont autorisés que dans les circonstances très limitées décrites. Chaque pays hôte décide de la portée de ces exceptions. Il est recommandé en guise de bonne pratique de les préciser dans leur cadre national²². En cas d'appel d'offres restreint, l'autorité contractante s'efforcera néanmoins de favoriser une véritable concurrence, comme le prévoit le paragraphe 3. Il existe de nombreuses méthodes reconnues pour y parvenir.

Le paragraphe 4 énonce que toute personne ou tout groupe de personnes disposant de la capacité juridique peut participer à un appel d'offres, sous réserve des restrictions légales applicables. Ces restrictions font référence en particulier à l'exclusion des personnes condamnées pour certains délits, tels que la corruption, les pratiques illicites en matière d'emploi (par exemple, le recours au travail des enfants ou à l'esclavage) ou d'autres actes prohibés de même nature. Des considérations de sécurité nationale peuvent également intervenir dans ce contexte. Lorsque des consortiums sont impliqués (comme c'est généralement le cas), il convient d'évaluer leurs qualifications communes à assumer leurs responsabilités, mais aussi celles des membres individuels (par. 5).

22 Les pays hôtes membres de l'UE ou candidats à l'adhésion tiendront également compte des éventuelles exceptions prévues par le droit européen, notamment en vertu des articles 10 à 17 de la Directive 2014/23 de l'UE sur l'attribution de contrats de concession, des articles 7 à 17 et de l'article 32 de la Directive 2014/24 de l'UE sur la passation des marchés publics ainsi qu'en vertu des articles 18 à 35 et de l'article 50 de la Directive 2014/25 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Le paragraphe 6 exige que toutes les décisions prises au cours de la procédure d'appel d'offres, concernant notamment la présélection, la sélection (liste restreinte), le rejet des soumissionnaires et l'adjudication finale du contrat, soient prises uniquement sur la base des critères, des exigences et des procédures définis dans le dossier d'appel d'offres. Ce point est important, car il renforce l'intégrité et la transparence du processus et clarifie la situation pour les soumissionnaires, d'où une efficacité accrue.

Le paragraphe 7 souligne la nécessité d'assurer aux soumissionnaires des processus et des méthodes de communication transparents, leur permettant de contribuer de manière appropriée au dossier d'appel d'offres et de discuter des aspects critiques du projet. Le recours à une garantie de soumission, par exemple un cautionnement, est autorisé au paragraphe 8 ; mais dans ce cas, le soumissionnaire ne doit pouvoir perdre sa garantie que dans des circonstances spécifiées dans le dossier. Cet article aborde par ailleurs d'autres aspects spécifiques d'une procédure d'appel d'offres potentiellement sources de problèmes ou d'ambiguïtés, notamment les restrictions relatives aux offres multiples ou conjointes aux paragraphes 9 et 11, ou encore les conséquences de la réception d'une offre unique au paragraphe 11. Les offres sont modifiables ou révocables avant les dates limites fixées au paragraphe 9. La possibilité d'une étape finale de clarification ou de négociation est spécifiquement évoquée au paragraphe 10, et doit être soigneusement détaillée dans les règlements et les documents d'appel d'offres.

Les appels d'offres sont généralement soumis aux contraintes de confidentialité évoquées au paragraphe 12, en ce qui concerne les soumissionnaires en lice, mais aussi aux exigences de transparence de l'article 10. Le paragraphe 13 et les règlements d'application font obligation à l'autorité contractante de conserver les dossiers des procédures d'appel d'offres.

Article 17. Dossier d'appel d'offres, prescriptions et informations

Cet article énonce les exigences générales relatives au contenu de tout dossier d'appel d'offres à établir par l'autorité contractante. Elles ont pour but de garantir une exhaustivité et une transparence suffisantes des documents pour permettre une participation efficace des soumissionnaires sur la base de conditions de concurrence équitables²³. Le principe fondamental consiste à maintenir un niveau de concurrence adéquat et suffisant tout au long du processus. Le paragraphe 1 résume les informations essentielles typiques sur lesquelles il convient de se baser le cas échéant.

Le paragraphe 2 invite l'autorité contractante à fournir toutes les informations concernant le PPP proposé dont elle dispose et qui peuvent être nécessaires pour la réussite de l'appel d'offres, soit dans le dossier d'appel d'offres proprement dit, soit dans une salle de données. Cette disposition vise à renforcer la rigueur et la transparence de la procédure.

L'article précise au paragraphe 3 que les documents d'appel d'offres peuvent être modifiés en cours de procédure, avant les échéances applicables, soit à l'initiative de l'autorité contractante, soit en réponse aux observations des soumissionnaires (dans le respect, bien entendu, des principes de transparence habituels). Les délais peuvent être rallongés le cas échéant pour tenir compte de cette situation, et les justifications de ces changements sont dûment consignées.

Le paragraphe 4 prévoit l'examen et l'approbation des dossiers d'appel d'offres et des travaux préparatoires d'un PPP par un autre organisme compétent, si la procédure définie par le pays hôte le prévoit²⁴.

23 L'article est évidemment à lire et à interpréter en conjonction avec toutes les autres dispositions de la norme régissant la procédure d'appel d'offres.

24 Voir les commentaires au paragraphe 2 de l'article 12.

Article 18. Commission d'appel d'offres

Selon les termes de cet article, chaque appel d'offres de PPP est géré par une commission d'appel d'offres. Il appartient à chaque pays hôte de fixer les exigences détaillées relatives à la structure, la composition et au fonctionnement de cette commission et de les consigner dans un règlement. Une certaine souplesse est recommandée pour permettre la formation des comités en fonction des besoins des divers projets. L'article exige la rédaction de procès-verbaux et la justification des décisions importantes, afin de renforcer la légitimité et la transparence des processus concernés.

Il est à noter que les dispositions relatives aux appels d'offres du chapitre IV ont été largement rédigées sur la base des droits et obligations de « l'autorité contractante », dans un souci évident de simplicité. Mais comme le rôle et les pouvoirs exacts de la commission d'appel d'offres dépendront de la procédure d'appel d'offres et de la structure de gestion en vigueur, ainsi que des exigences des règlements d'application, le paragraphe 5 précise que les références à l'autorité contractante sont à interpréter comme incluant la commission d'appel d'offres, lorsque le contexte l'exige.

Article 19. Phases de l'appel d'offres

Cet article explicite les différentes phases d'un appel d'offres de PPP, en fonction de la structure utilisée (ouverte ou restreinte, en une ou deux phases, avec ou sans présélection). Le paragraphe 1 résume ces phases et les suivants détaillent certaines dispositions pour chacune d'entre elles. À noter toutefois qu'il ne s'agit pas d'un ensemble complet de procédures ; les règlements d'application définiront les aspects supplémentaires requis pour chaque structure d'appel d'offres (par exemple, les processus, les calendriers et les délais, les critères et les méthodologies applicables, les informations à fournir dans les dossiers d'appel d'offres proprement dits, etc.). L'objectif du cadre de PPP et de cet article, ainsi que d'autres, est de définir les principaux « piliers » du système, ceux qui constituent sa structure générale. Ces paragraphes ne contiennent donc que quelques déclarations relatives à chaque phase de l'appel d'offres, dans des termes très similaires à ceux de la CNUDCI²⁵, laissant le soin aux pays hôtes d'approfondir le processus.

Le paragraphe 2 précise le contexte de l'annonce publique de l'appel d'offres. Le paragraphe 3 évoque la possibilité d'un appel d'offres en une seule phase, tandis que le paragraphe 4 traite du recours aux appels d'offres restreints (dans les quelques rares circonstances prévues). Le paragraphe 5 couvre les exigences de base d'une procédure de préqualification, alors que le paragraphe 6 détaille l'invitation à soumissionner. Le paragraphe 7 définit l'approche objective de l'autorité contractante dans la comparaison et l'évaluation des propositions.

25 Dans nombre de ses dispositions, la CNUDCI ne renvoie pas aux règlements d'application, mais aux règles et lois nationales en vigueur en matière de passation de marchés. Les clauses équivalentes de la CNUDCI sont également un peu plus détaillées.

Les paragraphes 8 et 9 traitent de procédures qui sont parfois prévues de manière inadéquate, voire pas du tout, dans des régimes d'attribution des marchés publics plus généraux. Elles sont particulièrement importantes pour les PPP, qui nécessitent habituellement des procédures sensiblement plus longues et complexes que d'autres projets modestes et simples. La première, décrite au paragraphe 8, est la procédure dite « en deux phases », à ne pas confondre avec une phase de préqualification suivie d'une offre, courante dans de nombreux régimes de passation de marchés. La procédure « en deux phases » fait référence à la phase de soumission des propositions, qui suit la présélection. Elle est mise en œuvre lorsque l'autorité contractante souhaite affiner certains aspects du projet afin de le définir plus précisément et recueillir ainsi des propositions plus élaborées. Elle est souvent utilisée dans le cadre de la passation de marchés de PPP et se déroule en deux phases, la première consistant à demander aux soumissionnaires une proposition préliminaire et des commentaires sur les principaux aspects du projet : spécifications, indicateurs clés de performance, besoins de financement, conditions contractuelles disponibles, etc. L'autorité contractante peut ensuite affiner et modifier le cas échéant certains éléments sur la base d'un dialogue avec les soumissionnaires. Au cours de la deuxième étape, les soumissionnaires présentent des propositions fermes sur la base des composantes précises du projet, qui restent susceptibles de négociation, dans l'ordre de leur classement, jusqu'à ce qu'une solution soit trouvée (par exemple, adjudication, approfondissement, nouvel appel d'offres, etc.).

La seconde procédure, résumée au paragraphe 9, est plus inhabituelle. Connue sous le nom de « dialogue compétitif », elle est utilisable lorsque l'autorité contractante n'est pas en mesure de spécifier un projet de PPP de manière suffisamment détaillée pour suivre une procédure d'appel d'offres ordinaire. En substance, elle permet de faire émerger certains aspects du projet à partir d'un dialogue constructif avec un groupe de soumissionnaires, afin d'être en mesure de lancer ensuite un appel d'offres concurrentiel direct. Comme le précise la disposition, ce dialogue ne devrait concerner que certains aspects de l'appel d'offres, à savoir ceux qui nécessitent des clarifications et davantage de précision, une démarche qui n'est envisageable qu'avec la participation des soumissionnaires. Le processus facilite la compréhension des options disponibles pour un projet et des solutions qui existent sur le marché, mais il ne doit pas mener l'appel d'offres à des discussions spéculatives. Une fois tous les éclaircissements nécessaires recueillis, l'appel d'offres est finalisé et les soumissionnaires présélectionnés sont invités à présenter leurs propositions en vue du choix final.

D'un point de vue conceptuel, le dialogue compétitif et l'appel d'offres en deux phases sont deux processus similaires. La principale différence tient au degré d'incertitude quant aux caractéristiques fondamentales du projet, des incertitudes que seul un dialogue avec les soumissionnaires peut lever. La procédure en deux phases mentionnée au paragraphe 8 vise plutôt à affiner certains aspects d'un projet. Dans la pratique, le recours à la procédure de dialogue compétitif est relativement limité et se rencontre plus souvent sur les marchés de PPP établis, car elle exige un haut niveau de sophistication et des capacités certaines de la part des pouvoirs adjudicateurs et des soumissionnaires²⁶. Si elle n'est pas correctement gérée, elle se prête davantage à la collusion ou à la corruption et peut nécessiter l'autorisation d'un organe compétent de plus haut niveau et distinct (tel que l'unité PPP à la suite de la présentation d'un rapport), une option qui peut être prévue dans les règlements d'application.

26 Dans certains pays, par exemple en France, c'est en effet devenu la norme.

Article 20. Conclusion du contrat de PPP

Cet article prévoit la conclusion d'un contrat de PPP avec le soumissionnaire retenu (ou plus généralement avec une entité à vocation spéciale (EVS) créée par le soumissionnaire retenu), celui qui a soumis une proposition à la fois conforme aux exigences de l'appel d'offres et classée en tête selon les critères d'attribution définis par l'autorité contractante. Selon la Norme, l'autorité contractante est tenue d'annoncer officiellement et de publier l'identité du soumissionnaire retenu, mais la signature du contrat ne peut intervenir avant l'expiration d'un délai suffisant pour permettre aux tiers d'introduire des recours administratifs ou juridiques contre la décision, sur la base du non-respect des exigences spécifiées.

Une fois le contrat signé, un avis officiel d'adjudication est publié sur le site Web de l'autorité contractante et par d'autres voies officielles. Les contrats de PPP peuvent par ailleurs être divulgués au public (sous réserve des éventuelles restrictions applicables en matière de confidentialité), ce qu'impose la législation de certains pays. Les pouvoirs publics hésiteront peut-être à publier leurs contrats alors que leurs nouveaux systèmes de PPP sont en train de prendre forme, mais avec le temps, la communication peut s'avérer avantageuse : c'est pourquoi elle est autorisée et elle peut être prévue dans les réglementations d'application ou ailleurs. Là encore, les exigences en la matière sont à examiner à la lumière des lois sur l'information publique et des exigences en matière de conservation/divulgarion de l'information en vigueur dans le pays concerné.

(Les mêmes dispositions s'appliquent aux contrats de PPP conclus au titre des articles 21 et 22).

Article 21. Conclusion du contrat de PPP en cas de proposition spontanée

Cet article décrit les dernières phases de l'adjudication d'un projet de PPP sur la base d'une proposition spontanée. L'un de ses principaux objectifs est d'exercer une pression concurrentielle sur une proposition spontanée, même si le projet a été lancé par une source privée unique qui peut espérer en obtenir l'attribution sans appel d'offres. Une condition préalable est requise : que la proposition spontanée ne soit pas fondée sur des droits de propriété intellectuelle ou d'autres droits exclusifs de l'initiateur privé, et que son concept et sa technologie ne soient pas véritablement uniques ou nouveaux. Il convient toutefois de noter qu'une proposition spontanée peut contenir un certain degré de droits de propriété intellectuelle ou d'autres droits exclusifs, alors que d'autres options sont encore disponibles sur le marché, de sorte que la mise en concurrence d'une proposition spontanée est toujours encouragée.

Nonobstant ces réserves, une fois que la décision finale de donner suite à la proposition spontanée a été prise en vertu de l'article 14, une résolution de mise en œuvre doit être adoptée et publiée sur le site Web de l'autorité contractante et par d'autres voies officielles pertinentes, invitant les tiers à soumissionner pour le projet. Si personne ne se manifeste, ou si la proposition spontanée est réellement fondée sur un actif ou une prestation de propriété intellectuelle unique, qui ne peut être obtenue par d'autres moyens, l'autorité contractante peut poursuivre et demander l'attribution du projet (sous réserve des négociations directes prévues à l'article 22 et dans les règlements de mise en œuvre), à condition qu'elle-même et le(s) pouvoir(s) approuvateur(s) respectif(s) soient convaincus que des mesures raisonnables ont été prises pour susciter des propositions concurrentes. Il est à noter que des modifications ultérieures peuvent être apportées au dossier et aux exigences de l'appel d'offres et que la procédure peut être répétée si elle ne donne pas satisfaction.

Si des tiers manifestent leur intérêt, une procédure d'appel d'offres est organisée conformément au présent chapitre. Dans ces circonstances, le paragraphe 6 prévoit des mesures incitatives ou des compensations à offrir à l'initiateur privé, compte tenu des efforts et des ressources qu'il a investis dans le projet. Il appartient aux pays hôtes de se pencher soigneusement sur à l'opportunité de mettre en place un tel mécanisme et sur son fonctionnement. L'article suggère quelques options. L'indemnisation des frais encourus avant l'appel d'offres (dans la limite d'un montant maximum) devrait être relativement simple. En revanche, il est beaucoup plus difficile de déterminer une base appropriée pour ajuster les notes d'évaluation des offres ou pour renoncer à certaines exigences de l'appel d'offres. Certains pays préfèrent ne rien prévoir du tout ; d'autres traitent de ces questions dans d'autres réglementations.

Article 22. Négociations directes

Cet article traite de la pratique déconseillée consistant à attribuer un projet de PPP sur la base de négociations directes, sans organiser d'appel d'offres. Les pays hôtes réfléchiront attentivement aux circonstances exactes dans lesquelles ils autorisent cette pratique et feront en sorte d'en limiter l'usage dans leur cadre de PPP. La prudence est de mise et se justifie, car ces situations sont généralement réputées propices à la corruption et ont un impact négatif sur la réserve de projets de PPP potentiels d'un pays.

La Norme ne traite que quelques catégories spécifiques de projets considérés comme viables à cet égard (dont plusieurs sont également énumérées par la CNUDCI) : a) lorsqu'un seul soumissionnaire a fait une offre conforme dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres (sous réserve des qualifications pertinentes) ; b) lorsque les dispositions de la proposition spontanée le permettent ; c) éventuellement, lorsqu'il est urgent d'assurer les services publics et que l'organisation d'un appel d'offres n'est pas réalisable (cette exception figure entre crochets, certains experts la déconseillant) ; d) lorsque les intérêts vitaux de l'État en termes de sécurité ne permettent pas de lancer un appel d'offres ; et enfin e) lorsqu'il a été clairement établi, sur la base d'un rapport d'expert indépendant, qu'il n'existe qu'une seule source réellement capable de mettre en œuvre le projet (par exemple, dans le cas d'une technologie brevetée unique ou d'un titre de propriété intellectuelle).

Les procédures détaillées régissant une telle négociation directe sont à définir dans les règlements d'application. Le paragraphe 2 encourage un contrôle étroit du PPP ainsi mis en œuvre, y compris de ses normes de performance. Selon le paragraphe 3, l'autorité contractante doit s'efforcer d'introduire un élément de concurrence au minimum dans certains aspects de la procédure si elle pense pouvoir le faire, par exemple, en publiant un avis pour annoncer son intention d'entamer des négociations directes. Toutes les négociations doivent être dûment consignées.

Article 23. Procédures de réexamen et de contestation

Cet article confirme que les soumissionnaires estimant avoir subi (ou risquant de subir) une perte ou un préjudice en raison d'une violation de la législation ou de la réglementation par un organisme public, dans le cadre de l'adjudication ou de la mise en œuvre d'un PPP, peuvent engager une procédure par les voies juridiques ou administratives disponibles dans le pays hôte. L'article ne précise pas spécifiquement ces voies ou procédures de recours, très variables selon les pays. De nombreux pays ont établi des motifs susceptibles de déclencher un éventuel recours « administratif » ou « judiciaire » ou une contestation de décisions gouvernementales prises de manière inappropriée. Le pays hôte est invité à se pencher sur la question de savoir si les voies établies sont adéquates à cette fin.

L'article reconnaît que ces voies et mécanismes établis mériteront peut-être d'être renforcés ou complétés dans le cadre du PPP, les règlements d'application, ou même dans la documentation relative à l'appel d'offres²⁷. Il convient par ailleurs de se pencher sur la question de la réactivité, de l'efficacité et de l'efficience de ces voies, de même que sur la disponibilité de mesures provisoires appropriées. Il est plus judicieux de résoudre un problème lié à un vice de procédure à un stade précoce que d'attendre qu'il ait causé des dommages au projet à un stade ultérieur, plus avancé.

Lorsque les règlements de mise en œuvre prévoient de telles procédures, l'article exige qu'elles soient rapides et efficaces, en recourant à des mesures et pouvoirs conservatoires ou interlocutoires, afin que les décisions et actions litigieuses ou illégales puissent être contestées et annulées rapidement, idéalement avant que d'autres mesures de mise en œuvre ne soient prises dans le cadre d'un projet de PPP. La Norme prévoit des pouvoirs étendus en matière de réouverture, d'examen et de révision des décisions et des documents, de suspension ou d'annulation des mesures prises, ainsi que le pouvoir d'indemniser les pertes subies, voire d'annuler l'intégralité d'un projet si les circonstances l'exigent. Toutefois, compte tenu de l'ampleur et du caractère intrusif de ces pouvoirs et du risque de double emploi avec des pouvoirs et des mécanismes similaires relevant d'autres branches du droit (telles que les lois sur les marchés publics, le contrôle judiciaire ou les lois sur la responsabilité civile délictuelle ou contractuelle), les pays hôtes devront faire preuve d'une grande prudence lors de l'élaboration des procédures et des recours potentiels.

27 Ils devront souvent l'être, car la complexité des PPP impose des procédures et des mécanismes « personnalisés » à presque tous les niveaux.

CHAPITRE V. Contrats de PPP

Article 24. Principales clauses des contrats de PPP

Cet article établit clairement qu'en vertu de la Norme, la rédaction et la négociation du contenu d'un contrat de PPP sont régies par le principe fondamental de liberté contractuelle. Les parties peuvent convenir des dispositions de leur choix, sous réserve des exigences ou des contraintes imposées par le système juridique général. Les pays hôtes prendront dûment en considération ces contraintes, sachant qu'il y aura toujours des dispositions ambiguës, qu'il s'agisse de clauses contractuelles abusives, par exemple, de mesures inapplicables (telles que l'exclusion de certaines formes de responsabilité), de clauses requises ou implicites dans certaines circonstances, certains secteurs ou certaines industries (en particulier ceux qui sont très réglementés), etc.).

Dans le contexte de ces contraintes, selon la Norme, il est généralement plus productif de laisser aux parties à un contrat de PPP une grande latitude dans la définition de ses termes et de son contenu. Elles peuvent ainsi s'entendre sur les conditions les plus raisonnables compte tenu des circonstances, tout en réduisant le risque que des clauses soient considérées comme inapplicables ou contestées pour cause d'illégalité. Les contrats de PPP sont des documents longs et complexes, qui font souvent l'objet d'âpres négociations, et dont l'élaboration est habituellement confiée à des spécialistes expérimentés. Dans tous les cas, le cadre du PPP doit permettre aux parties de parvenir à des conclusions appropriées sur les termes du contrat de PPP, et leur donner la liberté d'accepter les clauses qu'elles jugent pertinentes. Pour un cadre de PPP, il peut être indûment restrictif et inutile de tenter d'imposer des clauses individuelles, sachant qu'il est extrêmement difficile de trouver une formulation leur permettant d'être applicables à tous les types de projets et dans des secteurs les plus divers.

Il convient de noter que si des conseillers juridiques, financiers, techniques et/ou autres sont souvent nécessaires pour lancer des appels d'offres et procéder à l'adjudication des projets de PPP, l'autorité contractante peut faire en sorte que ces coûts de conseil soient remboursés par le projet, à condition que ce point soit clairement stipulé dans le document d'appel d'offres et dûment et équitablement justifié.

La Norme dresse une liste des dispositions habituelles des accords de PPP afin de cibler les plus pertinentes et de lever les doutes éventuels quant à leur légitimité, mais elle laisse le soin aux parties de décider en dernier ressort de celles à mettre en œuvre et de leur formulation. De nombreux autres types de clauses sont possibles dans un contrat de PPP. Cette liste aborde les principes des PPP axés sur la réalisation des ODD dans un certain nombre d'endroits où ils sont susceptibles d'être utiles pour les clauses du contrat, notamment les indicateurs clés de performance (ICP), mais aussi dans des domaines où il peut être utile ou nécessaire de réfléchir à des clauses nouvelles et de les structurer de manière moins évidente ou familière. Il s'agit notamment de prévoir un dialogue adéquat avec les parties prenantes et d'exercer les droits d'intervention ou de résiliation anticipée tout en préservant les services publics et en minimisant les préjudices potentiels pour les utilisateurs finals.

Cela étant, les pays favorables à une approche plus normative des accords commerciaux avec les pouvoirs publics ou à un renforcement de la réglementation du secteur des PPP peuvent souhaiter contrôler plus étroitement le contenu des contrats de PPP. La formulation des clauses nécessite un soin tout particulier, car toute lacune peut rendre la disposition et le projet inapplicable et/ou « non bancable ».

La Norme adopte une approche en tout point cohérente avec l'élaboration et la publication de clauses types pour les contrats de PPP. La plupart des pays jugent cette démarche judicieuse, car elle fixe des normes, favorise la compréhension du système et accélère le processus de négociation et de finalisation. Les clauses types ne doivent cependant pas être juridiquement contraignantes ou obligatoires. Leur rôle est de fournir des orientations constructives, et non de remettre en cause ou de restreindre la liberté contractuelle évoquée plus haut. À défaut, elles risquent d'être contre-productives et de faire obstacle à la réussite des projets et à l'évolution du système.

La liste des éléments couvre 5 grandes catégories : 1. Parties, droits et obligations, pénalités et plafonds ; 2. Durée, conditions préalables, entrée en vigueur, amendement, modification, résiliation ; 3. Suivi du projet, y compris le suivi des questions d'environnement, de société et de gouvernance (ESG) et les relations entre les parties ; 4. Mécanisme de paiement et droits des prêteurs ; et 5. Droits de propriété.

Pour que ces éléments soient correctement définis, il est indispensable que l'autorité publique dispose d'une vision claire de ses objectifs avant de lancer un concours (notamment des objectifs qui reflètent les besoins de la population et des PPP axés sur la réalisation des ODD et/ou d'autres critères de type « ESG »). Il est également important de former une équipe PPP dotée des compétences requises pour élaborer ces dispositions. Ces deux phases aideront l'autorité publique à délimiter un champ d'application clair et d'énoncer des attentes objectives et quantifiables en matière de performance, ce qui raccourcira la période d'appel d'offres, facilitera la comparaison équitable des offres concurrentes et la conclusion d'un accord et d'un projet fructueux.

Il est également à noter qu'avant de lancer la procédure d'appel d'offres l'autorité contractante est pleinement en droit de discuter de l'un ou l'autre des points avec le secteur privé et/ou dans le cadre d'un forum industriel. Ces séances d'information et la collecte de commentaires permettront à l'autorité publique de mieux concevoir le projet et de bénéficier de l'expérience acquise par le secteur privé dans le cadre de projets similaires. Ces séances doivent être ouvertes et transparentes et faire l'objet d'un compte rendu écrit.

Avant de procéder à l'appel d'offres, il est recommandé à l'autorité concédante de convertir tous les éléments de la liste en un modèle de fonctionnement démontrant la viabilité financière du projet et mettant en évidence les indicateurs clés de performance indispensables pour en contrôler les résultats.

Le paragraphe 2 fait référence au large éventail de structures de PPP développées au cours des dernières décennies et envisageables, accompagnées de leurs acronymes habituels (par exemple, BOT (construction, exploitation et transfert), BOOT (construction, propriété, exploitation et transfert), BOO (construction, propriété et exploitation), DBFO (conception, construction, financement et exploitation), BLT (construction-location-transfert)²⁸, etc.). Il est conçu pour renforcer le sentiment de liberté optimale dont disposent les parties pour mettre en place la structure qui leur semble la plus appropriée au projet : en termes d'accessibilité financière pour le pays, en termes de compétences

28 Il en existe beaucoup d'autres. Des explications plus complètes figurent dans les textes normalisés sur les PPP.

disponibles pour suivre le projet tout au long de sa durée de vie, et en termes de disponibilité du marché pour maximiser la concurrence (technique et financière) afin d'obtenir un rapport qualité-prix approprié et une bonne valeur ajoutée attendue pour la population. Si les pays hôtes ont des doutes à propos d'une de ces structures, il leur appartient de modifier la disposition en conséquence avant de lancer l'appel d'offres.

Article 25. Modification et dénonciation d'un contrat de PPP

L'article 25 précise que le contrat de PPP prend fin à son terme, celui-ci pouvant être prolongé conformément à ses dispositions (voir les commentaires relatifs à l'article 8 ci-dessus). Le contrat peut être modifié ou résilié d'un commun accord des parties, sous réserve de toutes les restrictions pertinentes qui y sont prévues, ainsi que dans les règlements ou la législation (par. 2). Les modifications unilatérales nécessiteront probablement une compensation équitable. Certains pays souhaiteront peut-être préciser dans les règlements d'application les conditions et les critères applicables aux modifications de contrat. D'autres, en particulier ceux issus d'une tradition de *common law*, préféreront accorder une plus grande marge d'action aux parties. Dans tous les cas, les éléments du contrat de PPP qui nécessitent l'approbation initiale d'organismes compétents ou d'autorités autres que l'autorité contractante devront faire l'objet d'une nouvelle approbation avant toute modification.

Les paragraphes suivants traitent de la liberté des parties de convenir de modifications contractuelles, si l'État adoptant décide de suivre cette voie. Une approche possible est proposée entre crochets sous la forme d'une « Option 1 ». Elle prévoit un niveau d'approbation distinct pour une modification des aspects « essentiels » ou « fondamentaux » d'un PPP, en particulier ceux qui ont joué un rôle important dans la procédure d'approbation initiale. Certains pays souhaiteront peut-être traduire ces termes en pourcentages ou en montants monétaires qui impliqueraient une nouvelle approbation, tandis que d'autres préféreront spécifier les mécanismes d'approbation applicables de manière beaucoup plus détaillée.

L'autre solution, l'« Option 2 » est un exemple de la manière de procéder (largement inspiré de l'approche de la CNUDCI). Elle propose des définitions plus strictes et plus détaillées de ce qui constitue une modification importante, nécessitant des approbations supplémentaires, voire (comme dans la version originale de la CNUDCI) faisant l'objet d'une interdiction pure et simple. Certains pays hôtes jugeront ces clauses trop longues et trop détaillées, c'est pourquoi elles ont été placées entre crochets. Il convient par ailleurs de rappeler que la plupart des PPP feront l'objet d'amendements au cours de leur vie, comme n'importe quel projet d'envergure, et qu'il convient de faciliter la liberté des parties de s'accorder sur ces amendements. Les modifications doivent être dûment justifiées, sur le plan juridique, technique, financier, etc., avant approbation et ne doivent pas remettre en cause les objectifs initiaux du projet.

Des amendements s'avéreront peut-être nécessaires pour suivre l'évolution technologique ou démographique pendant la durée du contrat. À cet effet, il est recommandé de prévoir dans le contrat une procédure permettant aux parties de trouver une solution mutuellement acceptable. En général, ces processus sont liés à l'équilibre financier du projet (niveau de revenus permettant de rembourser les prêteurs et de rémunérer l'investisseur selon son niveau de risque) et au partage équitable des bénéfices entre le secteur public et le secteur privé.

La résiliation anticipée du contrat de PPP peut également intervenir unilatéralement dans les circonstances spécifiées dans l'accord, sous réserve, là encore, de respecter les conditions et procédures applicables, telles que l'écoulement de certains délais ou la décision d'un tribunal compétent. Le paragraphe 4 détaille par ailleurs les modalités d'indemnisation en cas de résiliation anticipée d'un contrat de PPP, une question extrêmement délicate et souvent controversée lors de la négociation des contrats.

L'article précise que chaque partie peut avoir droit à une indemnité en cas de résiliation anticipée pour quelque raison que ce soit, conformément aux conditions du contrat et à celles de tout accord direct avec les prêteurs. L'idée qu'une partie défaillante puisse avoir droit à une indemnisation alors qu'elle est elle-même fautive peut souvent susciter un grand scepticisme de la part des organismes publics qui se lancent pour la première fois dans un PPP. L'article précise donc que cela peut effectivement être le cas, puisque les biens transférés à l'autorité contractante lors d'une résiliation anticipée auront généralement une valeur à long terme bien supérieure au montant des pertes subies par l'autorité contractante du fait d'une éventuelle défaillance. En outre, leur financement aura généralement été assuré en grande partie ou en totalité par le partenaire privé, qui les perdra et les amortira en l'absence de toute compensation.

Les accords de projet prévoient généralement le versement d'une compensation pour ces actifs et ces coûts, une approche renforcée par le fait que les prêteurs pour le financement de projets feront presque toujours pression pour être remboursés dans ces circonstances, alors que les investisseurs acceptent généralement le risque de ne pas être indemnisés (ce qui a un impact sur leurs attentes en matière de rémunération). Cette disposition est également conforme aux principes juridiques pertinents en vigueur dans de nombreux pays (par exemple, les règles contre l'enrichissement sans cause). Toutefois, l'article n'exige pas spécifiquement le versement d'une telle indemnité, la décision finale est à nouveau laissée aux parties négociant le contrat de PPP. Ces parties sont simplement tenues de prendre dûment en considération les principes régissant une telle compensation lors de la conclusion du contrat, dont certains sont énumérés au paragraphe 4. Les détails applicables devront être précisés dans le contrat.

Le paragraphe 5 dresse ensuite une liste d'autres questions qu'il peut être nécessaire d'aborder spécifiquement ou de prévoir dans le cadre d'une résiliation de l'accord, telles que le transfert ou le rachat de certains actifs (par exemple, la technologie), la formation du personnel gouvernemental, les services d'appui résiduels (par exemple, les pièces détachées), et la mise hors service. Ces aspects doivent être couverts, le cas échéant, par le contrat de PPP.

Article 26. Biens et questions connexes

Cet article aborde certaines des questions de propriété (par exemple, les biens immobiliers, la propriété intellectuelle, les équipements, les marques, etc.) susceptibles de se poser dans le cadre d'un PPP. Le paragraphe 1 confère à l'autorité contractante la responsabilité générale de veiller à ce que les biens matériels (généralement le site ou la propriété intellectuelle des solutions d'ingénierie), les droits associés (tels que les servitudes) et les actifs nécessaires pour la réalisation du PPP soient mis à la disposition du partenaire privé. Les termes du contrat de PPP préciseront les détails pertinents concernant les droits de propriété accordés. Le paragraphe 2 établit clairement que ces droits doivent s'étendre à la question cruciale mais sensible des droits d'accès à la propriété de tiers, des droits d'en

sortir et des droits de réparer des installations sur la propriété de tiers. En vertu du paragraphe 3, ces droits peuvent s'appliquer à tout bien immobilier que l'autorité contractante utilise, occupe ou contrôle et qu'elle est en droit de transférer au partenaire privé, y compris les infrastructures publiques. Si ces actifs appartiennent à des tiers, l'administration contractante est tenue, en vertu du paragraphe 4, de les acquérir (en recourant, le cas échéant, aux pouvoirs d'expropriation dont elle dispose), ainsi que les droits et intérêts légaux nécessaires.

La raison d'être de ces dispositions est que l'autorité contractante est généralement mieux placée pour assumer ces responsabilités et doit donc prendre le risque de s'en acquitter dans l'intérêt du projet. En ce qui concerne la propriété intellectuelle des fournisseurs, ces derniers n'acceptent généralement pas de donner en gage leurs droits de propriété intellectuelle aux prêteurs ou aux investisseurs, car ils constituent la base de leur activité. L'autorité contractante devra donc s'assurer que le droit d'utiliser le bien est garanti ou que les prêteurs seront indemnisés au cas où le projet ne pourrait pas accéder à ce bien. Tout doute ou incertitude sur ces questions peut menacer la viabilité d'un PPP.

Le paragraphe 5 indique que les parties au contrat de PPP peuvent s'accorder mutuellement, conformément aux clauses du contrat, tous les droits ou intérêts liés à la propriété qui sont nécessaires aux fins du projet, qu'il s'agisse de droits de propriété, de baux, de licences, de droits d'utilisation, et autres. Pour sa part, le partenaire privé est habilité, en vertu du paragraphe 6, à accorder les mêmes droits et intérêts à ses contractants tiers. Cependant, il cherchera à garder le contrôle, un accord équilibré devant être recherché afin de ne pas priver les entreprises de leurs droits de propriété intellectuelle. En vertu du paragraphe 7, les parties peuvent décider, dans le contrat de PPP, de recenser et d'énumérer différentes catégories d'actifs et de dresser une liste des restrictions relatives à l'accès aux biens, notamment le traitement qui leur est réservé en cas de résiliation, les actifs qui seront transférés ou vendus à l'autorité contractante, et les actifs dont le partenaire privé peut librement disposer ou qu'il peut conserver. Il convient toutefois de noter qu'une telle classification exhaustive dans les dispositions initiales du contrat est difficilement réalisable, voire impossible en fonction du projet et des actifs concernés.

Article 27. Types de paiement dans le cadre des contrats de PPP

Cet article confirme que le contrat de PPP peut prévoir les formes, conditions et montants de paiement pour la bonne exécution des responsabilités du partenaire privé dont les parties peuvent convenir. La Norme autorise ainsi que la législation ou la réglementation locale impose certaines contraintes en la matière, s'agissant notamment du calendrier et des modalités de paiement. L'article contient une vaste liste suggestive des types de paiement utilisables, y compris les paiements par l'utilisateur direct (typiques d'une structure de « concession ») et les paiements de l'autorité contractante, en précisant que tous les modes de paiement disponibles et autorisés par la loi sont utilisables. Les versements du partenaire privé à l'autorité contractante peuvent également être mentionnés, notamment les redevances de PPP, les royalties ou la participation aux bénéfices. L'article est rédigé de manière très générale à cet égard, dans le but d'éliminer toute restriction inutile ou tout doute sur les formes et les types de paiements qui peuvent être effectués.

Article 28. Responsabilité des parties au contrat de PPP

Cet article détaille les responsabilités et les recours des parties en cas de violation des clauses d'un contrat de PPP. En principe, les termes du contrat et les droits prévus par le système juridique d'un pays s'appliquent sans qu'il soit nécessaire de préciser davantage la législation. Il incombe aux pays hôtes de vérifier si la législation existante contient des restrictions inhabituelles ou ambiguës dans ce contexte et de compléter au besoin l'article.

Le régime des pénalités reflète généralement les recours typiques prévus dans le cadre d'un marché public. En complément, les prêteurs et les investisseurs peuvent imposer des pénalités supplémentaires pour chaque obligation non respectée qui a ou pourrait avoir un impact sur la performance du projet. Elles sont calculées proportionnellement aux risques de défaillance dans l'exécution des obligations (généralement avec l'appui du conseiller technique du prêteur). Exprimées en pourcentage, les pénalités sont variables d'un secteur à l'autre et négociées en fonction du profil de risque ou des objectifs de performance de chaque projet. Elles peuvent être couvertes par des garanties de la société mère ou d'autres garanties bancaires. Elles représentent un coût pour le partenaire privé et peuvent devenir un coût supplémentaire pour le projet. Les pénalités sont généralement plafonnées dans une limite de responsabilité globale qui doit être raisonnable afin de préserver l'attrait du projet pour le secteur privé et inciter ce dernier à œuvrer à la réussite du PPP. Chaque pays hôte veillera par ailleurs à ce que le plafond de responsabilité n'affaiblisse pas la concurrence, ne favorise pas uniquement les grandes entreprises qui peuvent se permettre des plafonds de responsabilité élevés, et/ou ne mette pas en danger les entreprises et l'économie locales en raison de plafonds trop élevés.

Article 29. Droits de substitution des parties au contrat de PPP

Les « droits de substitution » sont une caractéristique commune des PPP, notamment lorsqu'ils sont alimentés par des structures de financement de projet. Ces droits peuvent jouer en faveur de l'autorité contractante, en lui permettant de prendre temporairement le contrôle et l'exploitation d'un projet dans des circonstances bien définies, par exemple une urgence mettant en danger le public ou les services publics. Les droits de substitution peuvent également jouer en faveur des prêteurs, en leur conférant le droit d'empêcher toute menace de résiliation du contrat de PPP par l'autorité contractante lorsque le partenaire privé ne remplit pas ses obligations. Les prêteurs peuvent ainsi prendre temporairement le contrôle du projet afin d'assurer son sauvetage, de remédier à une défaillance, et éventuellement de le restructurer ou de remplacer le partenaire privé, préservant l'intérêt des utilisateurs et les recettes d'exploitation. Ces droits sont souvent d'une importance vitale pour la bancabilité et la viabilité à long terme d'un projet.

L'article 29 autorise expressément les parties à inclure des droits de substitution dans le contrat de PPP (et dans un « accord direct » avec les prêteurs), sans toutefois imposer d'obligation en ce sens. Les droits à prendre en compte pour la substitution sont principalement les droits des actionnaires du partenaire privé. Les détails, les procédures et les conditions d'une substitution devront être convenus et énoncés dans les contrats. Conformément aux principes des PPP axés sur la réalisation des ODD, l'article exige que ces procédures et conditions soient élaborées dans le but de garantir que les droits d'accès progressif sont exercés de manière à minimiser toute perturbation substantielle de la fourniture de tout service public aux utilisateurs finals²⁹. La nature et l'effet des droits de substitution des prêteurs étant souvent mal connus des autorités contractantes dans certains pays, le paragraphe 2 résume les principaux pouvoirs dont disposent généralement les prêteurs. Le paragraphe 3 précise à nouveau qu'il n'est pas nécessaire d'organiser des appels d'offres publics supplémentaires lorsque les droits de substitution sont dûment exercés, puisqu'ils font partie de la matrice contractuelle au moment de l'attribution initiale du PPP.

29 Il s'agit d'une exigence nouvelle, qui reflète la nature inédite de certains des principes des PPP axés sur la réalisation des ODD. Elle est formulée comme une simple aspiration, étant donné que les droits de substitution sont généralement considérés comme des éléments fondamentaux des contrats de PPP tant par les autorités contractantes que par les bailleurs de fonds pour le financement de projets. Une obligation plus restrictive et sans réserve en ce sens risque d'être jugée inacceptable par les deux. La norme s'efforce d'aller dans le sens des attentes des pouvoirs publics et du concept de « bancabilité » sur les marchés financiers internationaux, et non de s'y opposer.

CHAPITRE VI. Soutien, protections et garanties

L'objectif de ce chapitre est de confirmer la viabilité de certains types de clauses dans les contrats de PPP, des clauses souvent problématiques ou floues pour les pays hôtes lors de l'élaboration ou de la négociation des contrats, et de clarifier certaines responsabilités générales.

Article 30. Questions diverses relatives à la protection des intérêts des parties dans le cadre du contrat de PPP

Le paragraphe 1 confirme que des droits exclusifs peuvent être accordés dans un contrat de PPP. Ce peut être dans l'intérêt du projet et du public en fonction du secteur et du projet concernés, mais c'est à l'autorité contractante compétente qu'il incombe de déterminer la pertinence de cette mesure au cas par cas et de juger si elle risque de créer un monopole indu ou d'entraver inutilement la concurrence.

Le paragraphe 2 confère au partenaire privé la responsabilité principale de l'obtention des permis et autorisations nécessaires au projet, il impose à l'autorité contractante de fournir toute l'assistance appropriée dans ce contexte et d'accorder les autorisations qui lui incombent. Ce « risque » est toutefois partagé, car le partenaire privé en assume également une partie et joue un rôle de chef de file, les permis et les autorisations étant assortis de conditions qui lui incomberont principalement.

Le paragraphe 3 interdit à l'autorité contractante de prendre des mesures susceptibles d'interférer indûment ou de faire obstacle aux droits et obligations du partenaire privé au titre du contrat, y compris son autonomie de gestion. Cette disposition s'applique toutefois sous réserve des droits d'intervention spécifiques dont l'autorité contractante peut disposer en vertu du contrat (par exemple, certains droits d'approbation) ou en vertu de la loi (par exemple, droits de substitution). L'objectif est de donner au partenaire privé la liberté de réaliser le projet tout en respectant les rôles et les droits des autorités contractantes en tant qu'entités gouvernementales.

Le paragraphe 4 confirme à nouveau que les parties peuvent convenir de conditions de paiement susceptibles d'offrir au partenaire privé, à ses prêteurs et à ses investisseurs une couverture des coûts et un rendement adéquats en contrepartie de la bonne exécution de ses obligations, même si les tarifs ou les prix réglementés dans le pays hôte ne le garantissent pas.

Le paragraphe 5 prévoit l'inclusion dans un contrat de PPP de dispositions relatives à des événements « exceptionnels » ou « spéciaux » et accorde des protections et des compensations pour les incidences de certains aléas majeurs échappant au contrôle d'une partie, tels que des cas de force majeure ou un changement important de la législation. La disposition comprend une liste indicative des types de conséquences spécifiées dans le contrat. La négociation de ces clauses entre les parties est souvent difficile, mais le principe de leur application est reconnu par la Norme.

Le paragraphe 6 vise à protéger l'autorité contractante en exigeant qu'elle donne son consentement à toute cession d'une participation majoritaire ou « essentielle » dans le capital du partenaire privé, au moins pour une période déterminée et sous réserve de conditions appropriées.

Article 31. Soutien gouvernemental et public aux PPP

Selon cet article, l'ensemble des moyens de soutien publics, actifs ou engagements que le gouvernement du pays hôte est habilité à fournir en vertu de la législation applicable doit également être à la disposition des PPP, dans le respect des contraintes pertinentes imposées par la législation en vigueur³⁰. En vertu du paragraphe 1, ces moyens peuvent par ailleurs être prévus expressément dans les règlements d'application et détaillés dans les lignes directrices en matière de PPP. L'article énumère quelques exemples. Le paragraphe 2 précise que les conditions qui leur sont applicables doivent être définies dans le contrat de PPP. Les pays hôtes ajouteront des références à toute autre forme spécifique de soutien qu'ils jugeront nécessaire d'inclure (le cas échéant) ou modifieront et supprimeront celles qu'ils considèrent inappropriées.

Article 32. Protection de la prestation du service public et de l'équilibre du contrat

Cet article énumère un ensemble de principes, de droits et d'obligations relatifs aux modalités de prestation des services publics et de leur financement par les usagers. L'idée de base est que ces contrats de PPP sont d'une durée si longue qu'il est quasi impossible de fixer au démarrage, au moment de la signature du contrat, l'ensemble des modalités de prestation du service public.

L'article reconnaît que l'intérêt public dûment justifié doit prévaloir sur les intérêts privés afin de maintenir les services publics essentiels. En revanche, lorsque l'intérêt public déséquilibre la relation contractuelle au détriment du partenaire privé, sans qu'il y ait faute de ce dernier, l'article permet de rééquilibrer les obligations financières du contrat. Pour ce faire, il établit une série de principes qui guideront ce processus et maintiendront cet équilibre pendant la durée de vie du projet de PPP.

La première partie de cet article concerne les caractéristiques essentielles de tout service public organisé dans l'intérêt des usagers pendant la durée du contrat. Elle aborde également les équilibres contractuels qui permettront au partenaire privé de respecter ces caractéristiques sans être lésé. Elle énonce notamment une obligation de satisfaire à trois critères essentiels applicables à tout service public : l'égalité de traitement des usagers, la continuité du service public et, si l'intérêt public le justifie, l'adaptabilité du service aux besoins des usagers.

L'égalité de traitement des usagers implique que tous les utilisateurs du service, dans des circonstances équivalentes, bénéficient du service sur une même base, notamment tarifaires, sans discrimination.

La continuité signifie que le partenaire privé doit assurer la bonne exécution du service conformément aux indicateurs de performance, sauf circonstance exceptionnelle (par exemple, les cas de force majeure). À défaut, si la continuité du service est gravement mise à mal, l'autorité contractante est en droit de se substituer d'office et à titre temporaire au partenaire défaillant et d'assurer le service à ses frais (au besoin en réquisitionnant les actifs et le personnel du partenaire).

30 Par exemple, les États membres de l'UE et les pays candidats à l'adhésion seront soumis aux règles de l'UE en matière d'aides d'État. De nombreux autres pays auront des restrictions équivalentes.

L'adaptabilité est l'obligation faite au partenaire privé d'améliorer, de modifier techniquement et/ou d'adapter le service (par exemple, sur le plan géographique, économique et/ou temporel), afin de répondre à l'évolution des besoins des usagers pendant la durée du projet ou de faire des propositions en ce sens à l'autorité contractante. Celle-ci peut également être habilitée à modifier unilatéralement des caractéristiques ou des modalités de prestation du service, à condition que ces aménagements soient dûment justifiés par l'intérêt public. Dans de telles situations, le partenaire privé a droit à un rétablissement de l'équilibre économique par divers moyens (compensation, prolongation de la durée du contrat, hausse des tarifs, etc.).

Cette notion de rééquilibrage se retrouve également dans les dispositions relatives au contrôle et au rétablissement de l'équilibre contractuel en cas de changements inattendus.

L'article contient par ailleurs une disposition spécifique concernant les concessions. Elle stipule que les conditions économiques et financières de réalisation du projet (y compris les obligations d'investissement et de prestation de services) doivent être établies et convenues entre les parties de manière à assurer la viabilité opérationnelle, économique et financière du projet pendant toute la durée du contrat, y compris un rendement de l'investissement suffisant pour le concessionnaire.

- i) Droits de douane et redevances. Le contrat doit définir les principes et les mécanismes utilisés pour établir, calculer et ajuster les droits et redevances au titre du service rendu ainsi que les autres charges dues au concessionnaire, et permettre à un concessionnaire raisonnablement efficace de satisfaire à ses obligations et de fournir le service public pendant toute la durée du contrat.
- ii) Contrôle et rétablissement de l'équilibre contractuel. Les changements imprévus du contexte économique, politique et/ou financier qui ont une incidence négative (au-delà d'un certain seuil) sur la viabilité économique et financière du projet peuvent être pris en compte par des mécanismes contractuels conduisant au rétablissement de cette viabilité (par exemple, l'octroi d'une compensation ou la modification d'autres droits ou obligations contractuels appropriés). Il s'agira par exemple de cas de force majeure, de modifications de la réglementation générale, des dispositions fiscales, des régimes douaniers ou de changements de la situation économique (circonstances imprévues), etc.

Paragraphe c) Programmes de maintenance. Le contrat doit prévoir un programme de maintenance et de contrôle des équipements et des actifs nécessaires à la bonne exécution du service, sous réserve, le cas échéant, de l'approbation de l'autorité contractante. Le partenaire privé peut être tenu de rénover, de réhabiliter ou de remplacer les infrastructures sur une base pluriannuelle dûment actualisée.

Paragraphe d) Coopération. Les parties sont encouragées à préciser les conditions dans lesquelles elles décident d'atteindre leurs objectifs communs, à savoir la satisfaction des utilisateurs de l'infrastructure/du service. Dans ce contexte, elles se réuniront régulièrement, conformément aux exigences spécifiées, pour contrôler la bonne réalisation des aspects techniques et financiers du projet.

Paragraphe e) Restitution des actifs. Pour assurer la continuité du service public à la fin du contrat ou en cas de résiliation anticipée, l'autorité contractante doit pouvoir obtenir et/ou avoir à disposition un ensemble d'actifs créés par le partenaire privé. Le texte précise que dans le cas d'une concession, le contrat peut devoir contenir des clauses spécifiques relatives :

- i) Au recensement de l'ensemble des actifs de toute nature nécessaires à la bonne exécution du service public à transférer à l'autorité contractante. Le transfert ou la formation du personnel nécessaire à la prestation du service est également envisageable.
- ii) À la résiliation anticipée. Les dispositions relatives au (re)transfert des actifs peuvent s'appliquer en cas de résiliation anticipée, notamment lorsque l'autorité contractante est en droit de résilier le contrat de manière anticipée pour des raisons d'intérêt public, alors même que le partenaire n'est pas en faute.

Article 33. Protection des droits et des intérêts des prêteurs et des investisseurs

Cet article permet aux parties d'un contrat de PPP d'inclure dans ce contrat ou dans l'accord direct les protections en faveur des prêteurs qu'elles jugent nécessaires pour assurer le succès du financement du PPP. Il peut s'agir de droits de substitution et des pouvoirs qui y sont associés (voir ci-dessus), mais aussi de droits découlant de contrats de crédit, qui requièrent l'approbation des prêteurs pour l'exercice de droits et de pouvoirs spécifiques dans le cadre du contrat de PPP ou empêchent la prise de certaines mesures sans leur consentement. L'article confirme par ailleurs que, dans les limites du droit applicable, le partenaire privé peut accorder toute la gamme des sûretés financières sur les actifs et droits compris dans un PPP, et en cite quelques exemples.

L'article vise à lever les doutes et les incertitudes susceptibles de naître dans les pays qui recourent pour la première fois aux PPP, s'agissant de la nécessité ou de la possibilité de protéger ou privilégier les droits et les pouvoirs des prêteurs commerciaux, de manière contractuelle ou par des cautionnements. Le sujet est encore plus sensible lorsque des infrastructures publiques, des actifs appartenant à l'État et des services publics sont en jeu. L'article reconnaît que la protection de ces droits peut s'avérer nécessaire et que les parties sont habilitées à y pourvoir le cas échéant. Les droits de substitution risquent cependant de poser problème dans certaines juridictions, de sorte qu'un pays hôte qui décide (ou est légalement tenu) de mettre en place ces protections sera amené à modifier l'article en conséquence. Dans ce cas, il convient de réfléchir soigneusement aux effets potentiellement négatifs de la mise en œuvre de certains principes ou de restrictions sur la « bancabilité » des projets de PPP. Si l'élaboration de nouveaux principes ou la levée de certaines restrictions s'avèrent nécessaires, le cadre de PPP peut constituer un outil adéquat, avec au besoin la modification ou l'abrogation des lois existantes.

En vertu du paragraphe 3, dans un pays hôte, un PPP peut être soumis à toute forme de sûreté prévue par le droit applicable sur ses actifs, à l'exception des biens publics, spécifiquement exclus de cette procédure. Le paragraphe 4 confirme que les actionnaires du partenaire privé peuvent accorder des garanties similaires sur leurs participations dans la société de projet. Le paragraphe 5 énonce toutefois (en accord avec la CNUDCI) que tout transfert des droits *et obligations* du partenaire privé nécessite le consentement de l'autorité contractante, comme précisé dans le contrat de PPP. S'agissant de cette disposition, une certaine prudence s'impose, car elle ne doit pas faire obstacle à ce que l'on appelle dans les pays de *common law* les cessions à titre de garantie (c'est-à-dire que les prêteurs peuvent faire valoir les droits du partenaire privé au titre de ses contrats, sans avoir à exécuter ses obligations). Le but est d'empêcher le transfert intégral de ces *obligations*, ainsi que des droits, ce qui reviendrait en fait à remplacer le partenaire privé. De tels transferts directs ou indirects des obligations d'un contrat de PPP devraient toujours être soumis au consentement de l'autorité contractante, même lorsque ce consentement est systématiquement prévu dans un accord direct. Les sous-contrats et les sous-locations d'une partie de ces obligations sont également autorisés.

Article 34. Protection des utilisateurs finals et du grand public

Cet article sensibilise les pouvoirs publics à l'importance d'assurer une protection adéquate du grand public et des usagers des services publics lors de la mise en œuvre des PPP. Cet aspect des principes des PPP axés sur la réalisation des ODD est absolument fondamental. L'article fait obligation aux pouvoirs publics de tenir dûment compte, dans leurs projets de PPP (et leurs réglementations), des besoins et de l'intérêt supérieur des membres du grand public et des utilisateurs finals qui risquent d'être affectés par la mise en œuvre de ces projets. Des mécanismes appropriés doivent être mis en place pour permettre à ces personnes de déposer des objections formelles ou d'autres plaintes ou réclamations, notamment une procédure de médiation réglementaire ou parlementaire, selon le cas. Il se peut que les systèmes juridiques des pays hôtes disposent déjà d'une série de procédures, de droits et de recours visant un objectif similaire. Si tel est le cas, il suffira peut-être de les étendre ou de les adapter aux projets de PPP.

Le paragraphe 3 permet à l'autorité contractante d'exiger du partenaire privé qu'il mette en place un « mécanisme opérationnel de réclamation », conçu pour faciliter le traitement efficace des plaintes et des réclamations du public. Ce mécanisme devra être prévu dans le contrat de PPP. En vertu du paragraphe 4, le partenaire privé a le droit d'établir des règles régissant l'utilisation de l'infrastructure publique par des tiers et par le public.

CHAPITRE VII. Droit applicable et règlement des litiges

Article 35. Droit applicable

Le paragraphe 1 permet aux parties à un contrat de PPP de choisir et de convenir du système de droit qui régit ce contrat. S'il convient de mettre l'accent sur l'utilisation du cadre juridique du pays hôte, il peut parfois être utile, en particulier au cours des premières phases d'un programme de PPP, d'appliquer le droit d'une autre juridiction (par exemple, lorsque des concepts essentiels à la réussite du projet ne sont pas reconnus par le droit du pays hôte). Au fil de l'évolution du cadre juridique pour les PPP du pays hôte, pour refléter la pratique internationale ou pour faciliter la mise en œuvre des PPP au niveau local, ces exceptions devraient devenir inutiles. Mais lorsqu'un droit autre que le droit local sert de référence ou est appliqué (par exemple, pour faciliter la bancabilité du projet), il convient de s'assurer que la capacité des citoyens locaux ou des partenaires privés à défendre leurs intérêts n'est pas entravée par l'utilisation d'une législation étrangère qui leur est probablement peu familière. Les parties veilleront par ailleurs à ce que les clauses traitant de la résolution des litiges ou de l'arbitrage fassent référence aux moyens de défense et aux tribunaux locaux situés dans le pays hôte du projet, afin de ne pas nuire à la liberté des entreprises ou des citoyens locaux de défendre leurs intérêts.

En cas de projet de PPP transfrontalier, si les parties, le financement et/ou les actifs relèvent de différentes juridictions, il peut être nécessaire d'appliquer au contrat un système de droit « neutre ». Cela peut se faire par accord des parties et par une loi qui (par définition) ne sera pas celle d'un ou de plusieurs des pays concernés³¹. La Norme permet aux parties de choisir un système de droit applicable autre que celui du pays hôte.

Bien qu'il soit possible de choisir un système de droit applicable étranger, les contrats de PPP sont généralement régis, ne serait-ce que partiellement, par le droit local. À titre d'exemple, les actifs sous-jacents d'un projet, tels que les biens immobiliers, sont habituellement régis par le droit local, tout comme les infrastructures et les services publics. Il sera politiquement difficile pour un gouvernement d'accepter le recours à un droit étranger dans le cadre d'un projet d'infrastructure de grande envergure et très médiatisé. L'article établit donc une « présomption » d'application du droit local, sauf circonstances exceptionnelles. Si le contrat ne prévoit pas expressément le contraire, la loi locale sera appliquée.

D'autres accords et documents relatifs au PPP ne seront vraisemblablement pas concernés par le choix du droit applicable. Le paragraphe 2 permet aux parties de sélectionner le système légal qui les régit, en tenant compte des prescriptions du droit applicable. Il s'agira probablement du droit local pour les documents relatifs aux sûretés et aux contrats de sous-traitance purement nationaux, et d'un système de droit étranger internationalement reconnu pour les conventions de crédit et les autres contrats commerciaux importants.

31 L'exemple le plus célèbre est le tunnel sous la Manche, dont la convention de concession a été soumise (en termes généraux) à des « principes communs » relevant à la fois du droit anglais et du droit français, avec des dispositions spécifiques pour résoudre les incohérences entre ces deux droits.

Article 36. Prévention des différends et mode alternatif de règlement des litiges

Cet article énonce à nouveau le principe de liberté contractuelle des parties pour l'élaboration de mécanismes appropriés de règlement des différends dans le contexte du contrat de PPP. Il mentionne un large éventail d'options, mais certains systèmes juridiques imposeront des procédures spécifiques, ce que reconnaît l'article. En cas de problème, il se peut qu'il faille amender la législation pertinente conformément à l'article 40. L'arbitrage international dans le cadre d'un système ou d'un ensemble de règles dûment reconnu (par exemple, la Cour pénale internationale (CPI), la CNUDCI, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ou la London Court of International Arbitration (LCIA)) est généralement la condition « *sine qua non* »³² de tout contrat de PPP bancable. Le paragraphe 7 confirme la renonciation à l'immunité souveraine de l'autorité contractante incluse dans le contrat, une renonciation essentielle pour pouvoir engager une procédure judiciaire à l'encontre de l'autorité contractante ou d'un autre organe souverain.

32 Cette condition est très souvent inévitable.

CHAPITRE VIII. Mise en œuvre et suivi des PPP

La compilation précise d'informations complètes et détaillées à propos de la mise en œuvre et du fonctionnement des PPP, y compris les difficultés rencontrées tout au long de leur durée de vie, est essentielle au bon développement du système de PPP dans son ensemble. Les projets et systèmes de PPP doivent être contrôlés et évalués en toute cohérence par les pouvoirs publics qui les mettent en œuvre. Ces articles et la Norme visent à y pourvoir.

Article 37. Suivi de la mise en œuvre des PPP et établissement de rapports

Le paragraphe 1 confirme que l'autorité contractante est habilitée à exercer les pouvoirs de supervision et de suivi de ses PPP, indispensable pour vérifier le respect des dispositions établies lors de leur mise en œuvre. Des rapports, une documentation et l'accès physique au site sont autorisés. Les exigences et procédures détaillées seront toutes définies dans les contrats de PPP, étant entendu que ces pouvoirs ne doivent en aucun cas entraver la mise en œuvre et la bonne gestion des projets. L'article encourage toutefois les parties à prendre des dispositions appropriées à cet égard.

Le paragraphe 2 fait obligation à l'autorité contractante de fournir au gouvernement central des rapports périodiques sur ses PPP, dont des copies sont généralement mises à la disposition du public, ainsi que toutes les informations spécifiques requises de temps à autre.

Le paragraphe 3 traite des informations supplémentaires à propos du projet de PPP que l'autorité contractante peut être amenée à communiquer à d'autres organismes publics.

Le paragraphe 4 impose aux autorités contractantes de tenir à jour des dossiers précis et exhaustifs des décisions prises et des procédures suivies en rapport avec tous les aspects de la mise en œuvre des PPP au titre du cadre de PPP. Cet aspect est déterminant pour la transparence et la responsabilisation (deux éléments clés des PPP axés sur la réalisation des ODD).

Article 38. Base de données et registre des PPP

Cet article prévoit la création et la tenue à jour d'une base de données centrale couvrant tous les PPP mis en œuvre dans le pays hôte, contenant des informations aussi complètes, actualisées, claires et accessibles au public que possible. Cette base vise à promouvoir la transparence de l'ensemble du système, ce qui sert les intérêts de l'ensemble des parties prenantes. Le fonctionnement détaillé de la base de données peut être décrit dans les règlements.

CHAPITRE IX. Dispositions transitoires et finales

Les trois derniers articles traitent des formalités d'entrée en vigueur du cadre de PPP. Ils prévoient l'annulation de certaines lois existantes (à énumérer), la non-application de dispositions de lois existantes à des PPP ultérieurs, et la modification subséquente, le cas échéant, d'autres lois (avec soit l'établissement d'une liste des amendements, soit l'octroi d'un délai pour effectuer les modifications, soit les deux options). L'article 40 énonce par ailleurs la primauté de la Norme sur les autres lois relatives aux PPP, en cas de litige. Les pays hôtes adapteront au besoin ces articles à leur contexte législatif.

Norme relative au cadre juridique des concessions et des partenariats public-privé axés sur la réalisation des objectifs de développement durable et son guide d'accompagnement

Lorsqu'ils sont correctement structurés et mis en œuvre, les partenariats public-privé (PPP) peuvent remplir une série de buts et d'objectifs précieux au profit de la société et du bien commun. Ils peuvent contribuer à la conception, la fourniture et l'exploitation à moindres frais d'infrastructures et de services publics en tirant parti, de la façon la plus efficace et la plus durable possible sur le long terme, des compétences, des ressources, du savoir-faire et du financement du secteur privé, ainsi qu'à la structuration des projets de manière à répartir judicieusement les risques et les responsabilités tout au long de leur durée. Ainsi, ils peuvent favoriser la réalisation efficace des projets (qu'il s'agisse de la conception, de la construction, de la réhabilitation, de l'exploitation ou de l'entretien), encourager de nouvelles possibilités de financement et d'investissement, contribuer à combler les lacunes en matière d'infrastructures et de services publics, augmenter la qualité de ces derniers, faciliter l'accès du public à ces services, et ainsi contribuer à atteindre des objectifs économiques, environnementaux et sociaux d'ensemble. Ils peuvent également être la condition nécessaire de la réalisation de certains projets et ainsi favoriser la création d'emplois et le transfert de compétences. À terme, cela peut contribuer à favoriser la croissance économique et le développement social et ainsi promouvoir la réalisation des objectifs de développement durable (ODD), ce qui conduira à un avenir meilleur et plus durable pour tous.

La présente Norme a pour objet d'établir le cadre juridique des « partenariats public-privé axés sur la réalisation des ODD » et des contrats qui leur donnent effet au niveau national, y compris les règles et procédures régissant la sélection, la préparation, l'évaluation, la passation de marchés et la mise en œuvre, les principes contractuels et les dispositions institutionnelles qui leur sont applicables, ainsi que de contribuer à l'exécution ordonnée et coordonnée de ces partenariats. Elle s'applique aux PPP, l'accent étant mis sur les partenariats public-privé axés sur la réalisation des ODD, mais pas aux autres types de relations commerciales ou contractuelles entre les secteurs public et privé.

On trouvera dans le guide d'accompagnement des commentaires concernant certains aspects de la Norme, ainsi que des éclaircissements supplémentaires rédigés en un langage non juridique, sans toutefois qu'il y ait reprise ou reformulation de chaque disposition.

Information Service
United Nations Economic Commission for Europe

Palais des Nations
CH - 1211 Geneva 10, Switzerland
Telephone: +41(0)22 917 12 34
E-mail: unece_info@un.org
Website: <http://www.unece.org>