



Facilité euro-méditerranéenne d'investissement et de partenariat • Facilité euro-méditerranéenne d'investissement et de partenariat

# FEMIP

Étude sur les cadres juridique et financier des PPP  
dans les pays partenaires méditerranéens

Volume 1 – Une approche régionale



**BANQUE EUROPÉENNE D'INVESTISSEMENT – ÉTUDE DU  
CADRE JURIDIQUE ET FINANCIER DES PPP DANS LES  
PAYS PARTENAIRES MÉDITERRANÉENS**

---

**VOLUME 1  
UNE APPROCHE RÉGIONALE  
Mai 2011**

---

Opérationnelle depuis octobre 2002, la Facilité euro-méditerranéenne d'investissement et de partenariat (FEMIP) regroupe l'ensemble des instruments d'intervention mis en œuvre par la Banque européenne d'investissement dans les pays partenaires méditerranéens (Algérie, Égypte, Gaza-Cisjordanie, Israël, Jordanie, Liban, Maroc, Syrie et Tunisie).

L'étude est financée par le Fonds fiduciaire de la FEMIP. Établi en 2004 et abondé jusqu'à présent par 15 États membres de l'UE et par la Commission européenne, ce fonds est destiné à soutenir le développement du secteur privé au travers de prises de participation et du financement d'études et de mesures d'assistance technique.

Le contenu du présent volume a été élaboré par des consultants externes. Les points de vue présentés sont ceux des consultants et ils ne représentent pas nécessairement ceux de la Banque européenne d'investissement.

Le présent volume n'entend pas fournir de conseils de nature professionnelle dans un domaine quelconque. Il ne doit donc pas être utilisé comme base de référence pour la prise de décisions de nature juridique, commerciale ou financière.



## TABLE DES MATIÈRES<sup>1</sup>

<b>LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS</b>	<b>2</b>
<b>RÉSUMÉ ANALYTIQUE</b>	<b>4</b>
<b>1. INTRODUCTION</b>	<b>12</b>
<b>2. CAPACITÉ DE FINANCEMENT ET DISPONIBILITÉ DES RESSOURCES</b>	<b>18</b>
<b>3. QUESTIONS D'ORDRE INSTITUTIONNEL</b>	<b>28</b>
<b>4. CADRE LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE</b>	<b>40</b>
<b>5. PROCÉDURES DE LA COMMANDE PUBLIQUE</b>	<b>49</b>
<b>6. RÉDACTION DU CONTRAT ET RÉPARTITION DES RISQUES</b>	<b>58</b>
<b>7. MÉCANISME DE PAIEMENT ET RISQUES MACROÉCONOMIQUES</b>	<b>79</b>
<b>8. PROPENSION DES INVESTISSEURS ET BAILLEURS DE FONDS À INVESTIR DANS LES PPP ET AUTRES PROJETS EN FINANCEMENT SUR PROJET</b>	<b>84</b>
<b>APPENDICE 1 – ANALYSE DES RISQUES D'UN PROJET EN PPP</b>	<b>94</b>

---

<sup>1</sup> Le présent document fait partie d'un rapport en trois volumes : « Volume 1 – Une approche régionale », « Volume 2 – Analyse par pays » et « Volume 3 – Meilleures pratiques et enseignements tirés de l'expérience – Expérience acquise dans quelques autres pays ». Voir l'introduction ci-dessous pour de plus amples informations.

## REMERCIEMENTS

Pour l'élaboration du présent rapport, le consortium a bénéficié de l'assistance de M<sup>me</sup> Paloma PEREZ de VEGA et de MM. Francesco TOTARO et Nicholas JENNETT de la Banque européenne d'investissement, ainsi que de la collaboration de la société Willis Limited (en ce qui concerne les questions d'assurance) et des experts suivants dans les différents pays :

### Pays partenaires méditerranéens

#### Algérie

- Cabinet juridique Ghellal & Mekerba
- Mazars Hadj Ali

#### Égypte

- Cabinet juridique Sharkawy & Sarhan
- Mazars Mostafa Shawki

#### Israël

- Cabinet juridique Glusman Shem-Tov Chowers Broid & Co
- MBT Consultants

#### Jordanie

- Cabinet juridique J.C. Law
- Mazars (EAU)

#### Liban

- Cabinet juridique Takla, Trad&Daouk
- Mazars (Liban)

#### Maroc

- Cabinet juridique UGGC & Associés
- Mazars Masnaoui

#### Syrie

- Cabinet juridique Syrian Legal Bureau
- Mazars (EAU)

#### Tunisie

- Cabinet juridique Ferchiou et Associés
- Mazars (Tunisie)

#### Cisjordanie

- Cabinet juridique A. F. & R. Shehadeh
- El Wafa Company

### Pays de référence

#### France

- Salans
- Mazars France

#### Mexique

- COMAD, S.C.
- Mazars Mexico

#### Pologne

- Salans
- Mazars Poland

#### Afrique du Sud

- Webber Wentzel
- Mazars South Africa

Le consortium est reconnaissant du soutien qui lui a été accordé.

## LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

**Bailleurs de fonds** : organismes (banques, en général) qui, aux côtés des investisseurs en fonds propres, financent un projet au moyen de prêts

**BEA** : bail emphytéotique administratif (France)

**BEE** : Black Economic Empowerment (émancipation économique des Noirs)

**BEI** : Banque européenne d'investissement

**BSF** : Building Schools for the Future (Royaume-Uni)

**BCT** : Banque centrale de Tunisie

**CCI** : Chambre de commerce internationale

**CE** : Commission européenne

**CNUDCI** : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

**Consortium** : le consortium, composé de Pinsent Masons LLP, Mott MacDonald Limited, Mazars LLP et Salans LLP, nommé par la BEI aux fins de réaliser l'étude et le rapport

**DDP** : demande de proposition

**EL** : expert local

**É.-U.** : États-Unis d'Amérique

**EUR** : euro

**Évaluation croisée entre pays** : l'évaluation des cadres des PPP dans les pays partenaires méditerranéens

**Évaluation sur base comparative** : la comparaison des cadres des PPP existant dans les pays partenaires méditerranéens avec les cadres existant dans les pays de référence, telle que présentée dans ce premier volume du rapport

**FARAC** : Fideicomiso de Apoyo al Rescate de Autopistas Concesionadas (fonds fiduciaire pour le sauvetage des sociétés concessionnaires d'autoroutes)

**FEMIP** : Facilité euro-méditerranéenne d'investissement et de partenariat

**FONADIN** : Fondo Nacional de Infraestructura (fonds national pour les infrastructures, Mexique)

**GBP** : livre sterling

**GMWDA** : Greater Manchester Waste Disposal Authority (Royaume-Uni)

**IDE** : investissement direct étranger

**IFI** : institution financière internationale

**EPC** : *Engineering-procurement-construction* (ingénierie, approvisionnement et construction)

**IUK** : Infrastructure UK (Royaume-Uni) – anciennement Partnerships UK

**JOUE** : Journal officiel de l'Union européenne

**LCIA** : London Court of International Arbitration (Cour internationale d'arbitrage de Londres)

**MAPPP** : mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (France)

**MOD** : Ministry of Defence (ministère de la défense, Royaume-Uni)

**MXN** : peso mexicain

**NHS** : National Health Service (Service national de santé, Royaume-Uni)

**OCDE** : Organisation de coopération et de développement économiques

**OCE** : organisme de crédit à l'exportation

**OGC** : Office of Government Commerce (office du commerce, Royaume-Uni)

**OPAE** : offre économiquement la plus avantageuse

**Pays de référence** : Afrique du Sud, France, Mexique, Pologne et Royaume-Uni

**Pays partenaires méditerranéens :** Algérie, Cisjordanie, Égypte, Israël, Jordanie, Liban, Maroc, Syrie et Tunisie

**PFI :** Private Finance Initiative (programme de l'État pour le financement privé, Royaume-Uni)

**PFMA :** Public Finance Management Act 1999 (Afrique du Sud)

**PfS :** Partnerships for schools (Royaume-Uni)

**PFU :** Private Finance Unit (Royaume-Uni)

**PIB :** produit intérieur brut

**PEI :** production d'électricité indépendante

**PIN :** Plan national pour les infrastructures (Mexique)

**PLN :** zloty polonais

**PPO :** office des marchés publics (Pologne)

**PPP :** partenariat public-privé

**PRG :** Project Review Group (Royaume-Uni)

**PUK :** Partnerships UK

**Rapport :** un rapport comprenant trois volumes intitulés « Volume 1 – Une approche régionale », « Volume 2 – Analyse par pays » et « Volume 3 – Meilleures pratiques et enseignements tirés de l'expérience – Expérience acquise dans quelques autres pays » – le présent volume étant le volume 1

**Réglementations :** la réglementation des contrats publics (SI 2006/5) et la réglementation des contrats d'intérêt général (SI 2006/6), Royaume-Uni

**RU :** Royaume-Uni

**SDP :** société de projet

**SoPC4 :** contrat de PFI standard – version 4 (Royaume-Uni)

**TI :** technologies de l'information

**TIFU :** Treasury Infrastructure Finance Unit (Royaume-Uni)

**UI :** unité d'investissement (Mexique)

**UE :** Union européenne

**USD :** dollar des États-Unis d'Amérique

**ZAR :** rand sud-africain



## RÉSUMÉ ANALYTIQUE

### ***Objet et structure du présent rapport***

Le présent rapport fait la synthèse d'une étude du Fonds fiduciaire de la FEMIP (Facilité euro-méditerranéenne d'investissement et de partenariat) qui a analysé les cadres financier et juridique des partenariats public-privé (PPP) dans chacun des pays partenaires méditerranéens. Aux fins du présent rapport, le PPP se définit comme un partenariat entre les secteurs public et privé dans le cadre d'un accord contractuel à long terme portant sur la conception, la construction, le financement, l'exploitation et l'entretien d'infrastructures. Le montage de ces opérations est de type financement sur projet. En d'autres termes, les bailleurs de fonds assument les risques liés au projet et font principalement reposer le remboursement du prêt consenti pour la construction des infrastructures concernées sur les actifs du projet eux-mêmes et sur les flux de trésorerie générés par le projet, au lieu de dépendre en premier lieu de la solvabilité générale de promoteurs privés.

### ***Le PPP constitue une option viable pour les pays partenaires méditerranéens...***

L'étude indique clairement que, dans de nombreux secteurs et pays partenaires méditerranéens, les PPP peuvent constituer un mode rentable de réalisation de projets d'équipements, avec un transfert des risques approprié qui profite au secteur public. Un des principaux avantages des PPP bien structurés utilisant le financement sur projet réside dans la discipline qu'ils engendrent, contrairement aux marchés publics classiques<sup>2</sup>. La plupart des pays de la FEMIP ont déjà quelques succès à leur actif avec les PPP et d'autres se préparent à introduire les réformes structurelles nécessaires à leur fonctionnement. Toutefois, ce type de montage doit remplir certaines conditions et le PPP ne convient pas à tous les projets. Il est essentiel de faire preuve de minutie dans la sélection et la réalisation des projets, dans le contexte d'un environnement juridique, réglementaire et financier approprié et parfaitement maîtrisé.

### ***... qui présentent des niveaux de maturité variés dans ce domaine.***

Au cours des années, **l'Algérie** a développé un modèle de PPP très performant pour les installations de dessalement de l'eau de mer et a acquis une solide expérience de projets de type PEI (producteurs d'énergie indépendants). Toutefois, fort des revenus que lui procurent les hydrocarbures, l'État recourt actuellement, pour ses marchés d'infrastructures, à d'autres modes de commande publique que le partenariat public-privé. Le pays se prépare à mettre en œuvre un programme d'investissement d'envergure et soutenu mais, à ce jour, n'encourage pas activement la participation internationale.

Le bouclage aisé du montage pour le nouveau projet de station d'épuration des eaux usées au Caire témoigne des perspectives qui existent pour les marchés de type PPP en **Égypte**. Même si les banques égyptiennes ne disposent pas de toutes les ressources nécessaires pour financer des PPP, le soutien des autorités et un environnement propice à ce genre d'opérations (et notamment une loi sur les PPP adoptée récemment) pourraient faire de l'Égypte un marché des PPP dynamique, capable d'attirer les investissements étrangers dans différents secteurs, comme le traitement des eaux usées, les transports et les soins de santé.

**Israël** affiche des antécédents solides de projets en PPP réalisés par différents pouvoirs adjudicateurs dans plusieurs secteurs – routes, métros légers, dessalement de l'eau de mer. Ces atouts, combinés à un secteur bancaire national performant ayant l'expérience des prêts pour les PPP, et à la capacité des pouvoirs publics d'assurer la rémunération des PPP font du marché des partenariats public-privé en Israël un marché « mature ».

En **Jordanie**, la réussite d'opérations en PPP et en financement sur projet dans le cadre de projets récents à forte visibilité (comme l'aéroport international Queen Alia) a démontré le

---

<sup>2</sup> Les marchés classiques sont, par exemple, des opérations sans partenariat à long terme entre les secteurs public et privé, dans lesquelles les actifs ne sont pas financés par les recettes du projet (comme dans le cas d'un marché de construction pour un actif dont le financement est assumé par l'autorité publique adjudicatrice).

potentiel de développement futur des PPP. La Jordanie a mis sur pied, au sein de l'administration centrale, des institutions qui se consacrent spécifiquement aux PPP. En outre, le pays est sur le point d'adopter une loi dans ce domaine. Plusieurs marchés dans les secteurs de l'énergie, des routes et du rail sont actuellement en cours d'attribution. La sélection de futurs projets et la délimitation de leur champ d'application constitueront pour le nouveau cadre institutionnel la première occasion de faire ses preuves.

Le **Liban** a commencé à mettre en œuvre une politique officielle en faveur des PPP dans le but d'adopter une loi « PPP » qui institutionnaliserait cette option de commande publique. Les banques libanaises pourraient être en mesure d'accorder des prêts pour des opérations de type PPP, mais, à l'instar des institutions gouvernementales, elles manquent d'expérience dans ce domaine. En effet, il n'y a au Liban aucun projet antérieur de type PPP dont s'inspirer.

Le **Maroc** a fait ses preuves dans le domaine des projets en concession dans lesquels le risque lié à l'utilisation ou à la demande est assumé par le partenaire privé. Les marchés en PPP rémunérés par des redevances de disponibilité profitent de ces antécédents et permettent de maintenir l'intérêt des investisseurs locaux et internationaux. Bien que plusieurs fonds d'infrastructure apportent un soutien supplémentaire, le marché bénéficierait certainement d'une stratégie plus unifiée aux niveaux politique et institutionnel (en particulier avec un organe central en charge des PPP et une législation spécifique en la matière).

La **Syrie** a adopté un premier train de mesures pour créer un environnement propice aux partenariats public-privé. Cela dit, l'expérience pratique en matière de PPP fait toujours défaut dans ce pays. À ce jour, seuls deux projets portuaires générateurs de devises, confiés à des opérateurs privés, ont été réalisés. Par ailleurs, la Syrie n'a encore aucune expérience des projets en PPP (ou en concession) impliquant le financement d'activités de construction. Le pays a récemment lancé un appel d'offres pour un premier PPP dans le secteur de l'énergie (Al Nasserieh) et a présélectionné 16 soumissionnaires, ce qui constitue un signe de succès. En l'absence d'une capacité bancaire locale suffisante, la première phase du programme de PPP syrien sera probablement financée par des emprunts en monnaies étrangères, principalement par l'intermédiaire d'IFI et d'OCE.

La **Tunisie** a l'expérience des projets en concession financés par les redevances des usagers et offre un environnement potentiellement intéressant pour les investissements de type PPP. Bien que le secteur bancaire tunisien présente des moyens limités, les ressources à long terme en monnaies étrangères peuvent constituer une option viable pour le financement des projets actuellement envisagés dans les secteurs de l'eau et de l'électricité. Une orientation stratégique plus marquée, où le rôle des PPP s'inscrirait dans le contexte de priorités élargies en matière d'infrastructures, profiterait au développement de ce marché en Tunisie.

La **Cisjordanie** n'a aucune expérience passée ou en cours de PPP fondés sur le financement sur projet. En effet, les projets d'infrastructures sont, pour l'essentiel, financés par des aides non remboursables. Si l'on peut voir un signe positif dans la participation du secteur privé aux appels d'offre pour les projets d'infrastructures, la stabilité politique et le développement des institutions sont indispensables à l'essor d'un marché des PPP.

Les bouleversements politiques qui secouent plusieurs pays partenaires méditerranéens depuis le début de 2011 inciteront sans doute les investisseurs à regarder avec prudence les perspectives de PPP dans ces pays et à attendre une clarification de la situation. Ces considérations politiques et leurs conséquences sortent du champ d'étude du présent rapport.

Ce rapport aborde les possibilités de consolidation des cadres propices aux PPP dans les pays partenaires méditerranéens pour répondre aux besoins en matière d'infrastructures et favoriser une utilisation accrue du modèle de PPP lorsque cela s'annonce profitable pour le pays concerné.

### ***Le PPP impose de nouvelles exigences au secteur public ...***

Pour sélectionner un projet adéquat en vue de sa réalisation sous forme de PPP, il convient de définir les caractéristiques d'un PPP réussi et l'environnement propice à sa bonne mise en

œuvre. On peut s'appuyer pour cela sur le savoir-faire développé dans un pays, mais aussi sur une expérience plus étendue acquise dans d'autres pays. Le présent rapport se penche également sur l'expérience des PPP accumulée au Royaume-Uni, en France, au Mexique, en Pologne et en Afrique du Sud (les pays de référence). On observe que, dans tous les pays, les PPP imposent de nouvelles exigences aux administrations publiques, dont les fonctionnaires doivent acquérir de nouvelles compétences pour spécifier les résultats attendus, comprendre des montages financiers complexes, et répartir et gérer les risques de manière aussi efficiente que possible. Dans la plupart des pays de référence, cet objectif est atteint (ou est en passe de l'être) par la création d'unités centralisées de conseil en PPP, qui exploitent l'expérience ainsi acquise et la maîtrise des meilleures pratiques. Le présent rapport s'appuie sur ces antécédents et formule des recommandations concrètes pour créer de telles unités et leur affecter les ressources appropriées.

**... avec des défis particuliers en matière de passation des marchés ...**

L'expérience acquise dans différents pays démontre que la passation de marchés de type PPP doit être structurée de manière à :

- indiquer clairement les résultats attendus par les autorités ;
- être transparente ;
- s'appuyer sur des critères d'évaluation tenant compte de la complexité des exigences des pouvoirs publics.

Une telle ligne de conduite devrait encourager la concurrence entre davantage de fournisseurs et, partant, contribuer à améliorer la qualité et à favoriser des prix concurrentiels. Bien que les principes des bonnes pratiques en matière de passation des marchés s'appliquent de manière identique dans les procédures « classiques », ils sont d'autant plus importants dans le cadre d'un PPP. Dans le cas d'un projet de type PPP, la passation des marchés rassemble des compétences diverses, comme la conception, le financement, la construction, l'exploitation et l'entretien d'actifs d'infrastructures complexes. Les prestataires privés courent le risque de ne pas être payés tant que tel ou tel actif n'est pas achevé (et de voir leurs recettes amoindries en cas de résultats insuffisants). Pour cette raison, les questions souvent laissées en suspens dans les procédures classiques de passation des marchés doivent être résolues avant la signature du contrat dans le cas des PPP. L'encadré 1 ci-dessous décrit des pratiques différentes de passation des marchés dans certains pays partenaires méditerranéens.

**Encadré 1 – Procédures d'appels d'offres dans les pays partenaires méditerranéens**

Pour permettre au pouvoir adjudicateur d'établir un cahier des charges assorti d'un prix convenable, il peut s'avérer nécessaire dans certains cas (projets complexes ou projets pour lesquels il n'y a pas d'antécédents d'opérations analogues, par exemple) de discuter en amont avec les soumissionnaires. Cela diffère des procédures dans lesquelles les soumissionnaires sont simplement invités à concourir pour des marchés prédéterminés. Le fait d'aborder les diverses solutions possibles durant la procédure de passation des marchés permet aux pouvoirs publics d'affiner leurs exigences et d'identifier la solution qui présente le meilleur rapport coût-résultats.

En fonction des pays partenaires méditerranéens, on observe des pratiques différentes dans la manière d'aborder la participation du soumissionnaire à la procédure de passation des marchés.

En Algérie et au Maroc, les procédures en vigueur ne permettent pas au pouvoir adjudicateur d'avoir des discussions structurées et simultanées avec les soumissionnaires en compétition. En revanche, ce genre de discussions est autorisé en Israël et en Égypte. Là où le recours aux PPP est nouveau, la possibilité d'aborder certaines questions spécifiques au projet avec les soumissionnaires permettra au secteur public de tirer les leçons de l'expérience acquise par la communauté des prestataires. D'un autre côté, une approche plus restrictive (sans aucune discussion active) peut s'avérer plus intéressante lorsque les PPP sont relativement développés dans le secteur concerné, que les contrats sont normalisés et que les différentes problématiques sont bien comprises par toutes les parties.

Les méthodes fondées sur l'évaluation des offres auront également un impact sur le rapport coûts-résultats associé au choix du montage en PPP pour le pouvoir adjudicateur. Là encore, on observe des pratiques différentes parmi les pays partenaires méditerranéens. En général, on suit une procédure en deux phases : la première phase consiste à évaluer les offres techniques et, si celles-ci répondent aux exigences, la seconde phase permet d'étudier l'offre financière et de sélectionner la solution la moins onéreuse. Cela peut fausser le processus d'évaluation en faisant de l'offre technique un simple filtre. Il est important d'analyser minutieusement les critères d'acceptation et de veiller à ce qu'ils soient suffisamment solides. Une autre solution consisterait à évaluer les propositions sur la base de « l'offre

économiquement la plus avantageuse » (ou analogue) reposant sur une pondération de différents aspects de l'offre, ce qui permettrait aux autorités de se concentrer sur les éléments importants du projet.

### **... et pose la question des capacités du secteur privé.**

L'acquisition de compétences dans le secteur privé – parmi les promoteurs, les prestataires et les banques – sera également importante. Lorsque des organisations internationales participent à un projet en PPP, il peut effectivement se produire un transfert naturel de compétences ; mais il faut aussi prévoir de véritables programmes de formation pour que la discipline du financement sur projet dans le secteur privé soit bien comprise et que le secteur public prenne dûment en compte la capacité, l'appétit et les préoccupations du marché. Il convient également de sonder le marché assez rapidement une fois le projet identifié. En outre, des réserves et programmes de projets doivent être préparés en vue d'attirer les soumissionnaires et les investisseurs nationaux et internationaux, de stimuler la concurrence et d'améliorer le rapport coûts-résultats ou la rentabilité du projet.

### **Une réforme juridique s'avérera souvent nécessaire ...**

La complexité des projets de type PPP, la nécessité d'interfaces et la situation particulière consistant à confier en partie au secteur privé la fourniture d'un service public ont incité la plupart des pays ayant élaboré des programmes de PPP réussis à modifier leur législation pour atteindre cet objectif.

Bien que certains pays aient élaboré des projets de type PPP sur la base d'une législation existante (habituellement, les lois sur les concessions), l'expérience acquise dans les pays de référence démontre qu'un programme de PPP bénéficiera grandement de l'adoption d'une législation claire permettant de conclure des opérations capables de répondre aux attentes du marché et suffisamment souples pour s'adapter à l'évolution des pratiques de ce dernier. Dans l'encadré 2, on trouvera quelques exemples de pays partenaires méditerranéens qui ont modifié ou sont en train de modifier leur législation.

#### **Encadré 2 – Lois relatives aux PPP dans les pays partenaires méditerranéens**

La plupart des pays partenaires méditerranéens présentent des régimes politiques fondés sur le droit civil (droit romain). Israël n'est pas un pays de droit exclusivement civil et ne dispose d'aucune législation spécifique aux PPP, mais la passation de marchés de type PPP y est relativement développée et n'est pas entravée par l'absence de lois spécifiques en la matière. Les autres pays dont la tradition juridique repose sur des lois écrites gagneraient à se doter d'une législation spécifique si les marchés en PPP doivent être une priorité. L'adoption récente d'une loi spéciale sur les PPP en Égypte et les initiatives visant à introduire ce type de législation en Jordanie, au Liban et en Syrie reflètent cette vision des choses. Toute législation sur les PPP devrait aborder des thèmes essentiels comme les procédures de commande publique et la capacité à émettre des garanties souveraines, si nécessaire, pour couvrir les obligations du pouvoir adjudicateur en matière de paiement. Des dispositions plus détaillées pourraient prendre la forme d'une réglementation secondaire (par exemple des décrets d'application précisant les différentes phases et périodes de la procédure de passation des marchés), mais les lois ne devraient pas « sur-légiférer » en détaillant des dispositions qui sont habituellement stipulées dans les contrats de PPP, dans lesquels elles peuvent aussi être affinées en fonction de l'opération concernée.

Le Maroc et la Tunisie ont des « lois sur les concessions », mais leur applicabilité aux projets en PPP dans lesquels le secteur privé n'assume pas le risque lié à la demande ne présente pas le degré de certitude que les bailleurs de fonds internationaux auront généralement tendance à rechercher. Si ces pays désirent continuer à appliquer d'autres modèles de PPP (par exemple ceux basés sur des redevances de disponibilité), l'adoption de lois claires applicables à ces structures sera bénéfique pour l'investissement car elle offrira un degré de certitude supérieur quant à la capacité de la personne publique à acquitter ses paiements pendant la phase d'exploitation du projet.

Compte tenu du caractère relativement récent des PPP dans l'ensemble de la région, l'adoption d'une législation sur les PPP peut être un moyen d'afficher un engagement politique à cet égard. Toutefois, cette démarche n'est pas nécessaire lorsque le cadre juridique en vigueur est clair et complet et lorsqu'il a fait ses preuves dans la pratique (comme dans le cas d'Israël, par exemple).

### **... les mécanismes de règlement des litiges doivent être équitables ...**

En outre, le système juridique doit offrir un espace permettant de régler les litiges avec efficacité, transparence et impartialité, et fournir l'expérience nécessaire pour arbitrer les

différents commerciaux complexes. Dans de nombreux cas, l'espace privilégié sera une procédure d'arbitrage régie par des règles internationales. Toutefois, dans certains pays de référence, l'arbitrage est régi par les règles locales (Royaume-Uni) ou les tribunaux (France).

#### **Encadré 3 – Règlement des litiges dans les pays partenaires méditerranéens**

Dans les pays partenaires méditerranéens, les pouvoirs adjudicateurs devraient envisager de recourir à l'arbitrage international, car cela s'avèrera probablement une exigence essentielle pour les investisseurs et bailleurs de fonds étrangers. Ces derniers, en effet, voudront s'assurer que l'espace ultime de règlement des litiges présente bien une capacité de maîtrise complète de toutes les subtilités des marchés en PPP.

À ce jour, plusieurs promoteurs de projets réalisés en Algérie, au Maroc, en Jordanie et en Tunisie ont choisi de recourir à l'arbitrage international (régé par différentes règles comme celles de la CCI, de la LCIA ou de la CNUDCI). Cela encourage des investisseurs privés internationaux à s'engager, contribuant ainsi à renforcer la concurrence lors des appels d'offres. En Israël et en Égypte, les litiges sont habituellement soumis à une procédure d'arbitrage nationale. En Syrie, l'arbitrage international constitue désormais le recours ultime privilégié pour le règlement des litiges. Si le Liban et la Cisjordanie veulent poursuivre dans la voie des PPP, il leur serait recommandé de choisir les règles de l'arbitrage international pour régir les contrats.

#### ***... et les exigences légitimes des bailleurs de fonds doivent être reconnues.***

Sur la base des réussites et des échecs enregistrés dans les pays de référence et dans quelques pays partenaires méditerranéens, on constate que le cadre juridique devrait au minimum autoriser certaines caractéristiques fondamentales des marchés en PPP. Ces caractéristiques sont :

- la clarté absolue quant à la capacité juridique d'une autorité à passer contrat ;
- la capacité de la société de projet à accorder une sûreté appropriée concernant son actif, ses parts de capital et ses flux de revenus ;
- la capacité des bailleurs de fonds à intervenir dans le projet pour le sauver ;
- le paiement d'un dédommagement adéquat en cas de résiliation ;
- la capacité de l'État à garantir les obligations contractuelles du pouvoir adjudicateur si ce dernier ne présente pas une solvabilité suffisante à lui seul ;
- le degré de certitude concernant les droits contractuels (y compris la clause pénale et les indemnités de résiliation).

Des lois adéquates existent dans la plupart des pays partenaires méditerranéens. Cela dit, l'adoption de règles normalisées pour la passation des marchés permettrait d'accroître la capacité d'un pays à atteindre les objectifs attendus.

#### ***La répartition des risques est cruciale dans tout PPP ...***

Tout marché s'accompagne d'une répartition des risques. L'expérience montre que la tentation d'affecter trop de risques soit au secteur public soit au secteur privé alors qu'il est incapable de les gérer efficacement nuit au rapport coûts-résultats et à la rentabilité, et risque, justement, de conduire à l'échec du projet. Au niveau mondial, le marché de type PPP avec financement sur projet est suffisamment bien encadré pour garantir une certitude suffisante quant à la répartition des risques principaux dans les projets PPP couronnés de succès. Ces normes internationales devraient s'appliquer aux pays partenaires méditerranéens pour permettre l'établissement et le maintien de programmes de PPP performants.

#### **.... tout comme la gestion des risques par des spécialistes.**

Tous les risques que le partenaire privé ne peut maîtriser ne doivent pas nécessairement être dévolus au secteur public.

Ainsi, lorsqu'un événement échappant au contrôle du secteur privé survient, il pourrait faire l'objet d'une compensation équitable (en temps et en argent) fondée sur la définition, dans le contrat, de principes de « mesures libératoires » ou « d'événements donnant lieu à une indemnisation », ou sur l'identification d'une indemnisation convenue entre les parties et appelable en cas d'application de la théorie de l'imprévision issue du droit civil (rééquilibrage économique). Le partenaire privé est souvent en mesure de gérer ses risques par l'assurance. Pour cette raison, la disponibilité de polices d'assurances à des conditions concurrentielles est essentielle à tout marché de type PPP actif. Dans le même ordre d'idée, le secteur public doit se montrer très prudent lorsqu'il consent à des clauses de force majeure de portée inutilement large dans les contrats PPP. Là encore, les règles et normes internationales constituent en l'occurrence des lignes conductrices utiles, mais il convient d'être particulièrement attentif quant à une éventuelle non-assurabilité.

#### ***Le mécanisme de paiement soutient le transfert des risques ...***

Tandis que, dans le cas d'un projet en PPP, c'est systématiquement le partenaire privé qui assume le risque lié aux performances, la répartition des risques liés à la demande et les mécanismes de paiement destinés à rémunérer la prestation d'un service ou la fourniture d'un résultat varient d'un projet à l'autre. Il existe deux mécanismes de paiement fondamentaux : l'un basé sur la disponibilité et l'autre sur la demande. Dans les pays de référence, le mécanisme basé sur la disponibilité est utilisé dans de nombreux secteurs. Dans ce système, l'autorité publique ne paie que les services ou les résultats fournis et le montant à payer fait l'objet de déductions en cas d'indisponibilité ou de performances insuffisantes conformément à la formule prédéfinie. Le partenaire privé assume donc un risque pendant les phases de construction et d'exploitation de l'infrastructure, mais n'assume aucun risque lié au volume ou à l'utilisation du projet. Dans le cas d'un scénario de risque lié à la demande, le secteur privé assume le risque du marché. La volonté du secteur privé d'accepter de tels risques dépendra de son analyse des prévisions commerciales.

#### ***... et la solution appropriée peut être très différente d'un secteur à l'autre.***

C'est dans le secteur des transports que le risque lié à la demande est le plus courant, mais très souvent, les autorités fournissent une garantie de paiement minimum, absorbant ainsi une partie, voire la totalité, du risque. La plupart des pays partenaires méditerranéens ont coutume d'adjuger les marchés de projets de production d'électricité indépendante selon la formule des redevances de capacité et de disponibilité, où la production est achetée à un prix unitaire spécifié dans un contrat d'achat à long terme qui garantit des flux de recettes. Les redevances de disponibilité sont également très utilisées dans certains pays partenaires méditerranéens, notamment dans le cadre de projets de stations d'épuration et d'usines de dessalement de l'eau de mer en Algérie, en Égypte et en Israël.

#### ***Le mode de financement des projets influence également la répartition des risques ...***

Dans la plupart des pays de référence, la capacité et la profondeur des marchés des capitaux permettent de financer des projets dans la monnaie locale (à l'exception des projets en Pologne, qui sont généralement financés en euros et des premiers projets au Mexique, qui ont été financés en USD). Toutefois, dans la majorité des pays partenaires méditerranéens (hormis l'Algérie et Israël), les marchés des capitaux en monnaie locale ne sont pas suffisamment profonds pour financer une part conséquente des programmes de PPP envisagés. En conséquence, dans la plupart des cas et en particulier pour les projets d'envergure, les PPP mis en œuvre dans les pays partenaires méditerranéens nécessiteront probablement un financement essentiellement en devises, le pouvoir adjudicateur assumant le risque de change. Cela principalement en raison de la difficulté pour le secteur privé de couvrir ce risque sur le marché à un prix raisonnable. Toutefois, dans le cas d'une dette libellée dans une monnaie étrangère (EUR ou USD par exemple), le risque lié au taux d'intérêt peut être transféré à la

société de projet qui peut alors le couvrir sur le marché. Le risque lié à l'inflation nationale (qui concerne l'élément de coût « domestique » relatif à la fourniture des services pendant l'exploitation) restera aussi probablement l'apanage du secteur public.

En effet, les soumissionnaires et les investisseurs considèrent que ce risque échappe à leur contrôle car il s'agit surtout d'une variable macroéconomique ou politique.

#### **Encadré 4 – Principes généraux de la répartition du risque de change dans les PPP**

Si un projet fait l'objet d'un prêt ou d'un apport de fonds propres en monnaie étrangère, les pouvoirs publics devront probablement assumer un risque de change dans le mécanisme de paiement afin d'optimiser le rapport coût-résultats du projet. Dans de tels cas, les paiements destinés au projet (autres que ceux servant à couvrir les frais en monnaie locale ou la part de financement en monnaie locale) doivent être modifiés en fonction des variations de change, soit par le choix de libeller lesdits paiements directement dans la monnaie étrangère, soit par l'indexation des paiements en monnaie locale. Il n'y a aucun marché, parmi tous les pays partenaires méditerranéens, dans lequel la société de projet soit en mesure de couvrir le risque de change en monnaie locale pendant toute la durée du projet. Les soumissionnaires et les bailleurs de fonds considéreront que ce risque échappe à leur contrôle. En effet, il s'agit d'une variable largement macroéconomique ou politique, en particulier lorsque les taux de change sont gérés ou contrôlés par l'État, comme c'est le cas dans de nombreux pays partenaires méditerranéens.

***... et l'utilisation de sources de financement internationales (surtout en provenance des IFI) permettra de tirer parti du savoir-faire en la matière.***

La communauté internationale du financement sur projet jouit d'une expérience considérable qui peut être mise à profit pour contribuer à l'élaboration de structures de financement et de mécanismes de répartition des risques performants, ainsi qu'au transfert de savoir-faire vers les institutions financières nationales. Les institutions financières internationales (IFI) et les organismes de crédit à l'exportation (OCE) jouent un important rôle de catalyseur en incitant d'autres bailleurs de fonds à soutenir les projets. En effet, leurs exigences rigoureuses en matière d'appels ouverts à la concurrence, de viabilité économique et d'évaluation des risques contribuent à instaurer un climat de confiance à l'égard de la solvabilité et de la solidité des projets.

***Certaines modifications seront nécessaires pour faire des PPP une méthode de mise en œuvre efficace.***

Dans de nombreux pays partenaires méditerranéens, la viabilité des PPP peut être renforcée afin d'améliorer la mise en œuvre d'équipements et de répondre ainsi aux besoins socio-économiques en se concentrant sur un nombre relativement faible de nécessités essentielles, en particulier :

- le développement des marchés financiers locaux de manière à assurer le caractère durable du financement local (parallèlement aux prêts en devises) ;
- l'adoption d'une législation claire sur les PPP, conforme aux normes internationales en la matière ;
- la création d'institutions dans le but de développer les meilleures pratiques, d'assurer la cohérence et de garantir une réserve de projets dans le cadre d'un programme durable ;
- l'élaboration d'une vision de la répartition des risques qui garantisse des ressources financières pour le secteur public en affectant au secteur privé uniquement les risques qu'il est le mieux à même de gérer ;
- la prise en considération des exigences des bailleurs de fonds en matière de dispositifs de sûreté et de protection de leurs investissements, par exemple en autorisant et en reconnaissant les droits de substitution des créanciers et en octroyant des garanties souveraines qui couvrent les obligations du partenaire public lorsqu'il existe des doutes quant à sa solvabilité.

Le secret d'un PPP réussi réside dans le partenariat proprement dit, dans lequel les partenaires public et privé reconnaissent leurs intérêts mutuels. Un projet détaillé et bien conçu s'inscrivant dans le cadre d'une stratégie nationale large, des procédures de passation des marchés transparentes et concurrentielles et une répartition équilibrée des risques afférents au projet sont autant de facteurs essentiels pour la réussite d'un projet en PPP.



## 1. INTRODUCTION

### **Contexte et objectifs**

La Banque européenne d'investissement (BEI) a commandé une étude du *Cadre juridique et financier des partenariats public-privé dans la région d'intervention de la Facilité euro-méditerranéenne d'investissement et de partenariat (FEMIP)*. Cette étude a été réalisée par Pinsent Masons LLP, Mazars LLP et Salans LLP.

L'étude est financée par le Fonds fiduciaire de la FEMIP. Établi en 2004 abondé jusqu'à présent par quinze États membres de l'Union européenne (UE) et par la Commission européenne (CE), ce fonds est destiné à soutenir le développement du secteur privé via le financement d'études, des missions d'assistance technique et l'apport de capital-investissement.<sup>3</sup>

L'étude vise à évaluer les perspectives en matière de PPP et à promouvoir la réalisation de programmes de PPP performants dans les pays partenaires méditerranéens. Le rapport comprend (a) une évaluation croisée détaillée des cadres juridiques et financiers applicables aux projets réalisés en partenariat public-privé (PPP) existant dans chacun des pays partenaires méditerranéens (Algérie, Cisjordanie, Égypte, Israël, Jordanie, Liban, Maroc, Syrie et Tunisie) et du degré de préparation de ces différents pays et (b) une comparaison des cadres juridiques et financiers existant dans les pays partenaires méditerranéens avec les bonnes pratiques mises en œuvre dans cinq pays de référence (Afrique du Sud, France, Mexique, Pologne et Royaume-Uni).

### **Structure du rapport**

Le rapport comprend trois volumes :

#### **Volume 1 – Une approche régionale (le présent volume)**

Le volume 1 présente une analyse détaillée des questions financières et juridiques intéressant les PPP dans les pays partenaires méditerranéens et établit une comparaison entre celles-ci et les aspects essentiels de l'expérience accumulée en la matière dans les pays de référence.

#### **Volume 2 – Analyse par pays**

Le volume 2 présente les principaux éléments du cadre juridique et financier existant dans chacun des neuf pays partenaires méditerranéens.

#### **Volume 3 – Meilleures pratiques et enseignements tirés de l'expérience – Expérience acquise dans quelques autres pays**

Le volume 3 présente, sous une forme résumée, les principaux éléments des cadres juridique et financier existant dans chacun des cinq pays de référence, les raisons qui ont justifié la sélection de ces pays et les questions juridiques et financières recensées grâce à l'expérience accumulée par ces pays.

### **Méthodologie**

Le consortium a étudié cinq pays de référence, en dehors des pays partenaires méditerranéens. Ces cinq pays ont été sélectionnés en raison de leur environnement favorable aux PPP, du caractère unique de leur expérience en matière de PPP et (ou) du fait que les enseignements tirés de leur expérience peuvent guider la mise en place de bonnes pratiques dans les économies moins développées. Le but de la recherche a été de mettre en évidence les caractéristiques typiques des PPP dans les cinq pays de référence et de recenser les raisons de la réussite de leurs régimes de PPP ainsi que toutes les lacunes éventuelles.

<sup>3</sup> Pour plus d'informations sur le Fonds fiduciaire de la FEMIP, on pourra se reporter à l'adresse suivante : [www.bei.org/fff](http://www.bei.org/fff).

**L'enquête menée dans les pays de référence a permis d'identifier les principaux enjeux, répartis en sept grands chapitres :**

- la capacité de financement et la disponibilité des ressources ;
- les questions institutionnelles ;
- le cadre juridique et réglementaire ;
- la procédure d'appel à la concurrence ;
- l'architecture du contrat et la répartition des risques ;
- les risques financiers et les modalités de paiement ;
- l'appétit des bailleurs de fonds et des investisseurs pour les projets en PPP ou en financement sur projet.

**Le consortium a également réalisé une analyse détaillée des pays partenaires méditerranéens (« l'évaluation croisée »), structurée en fonction de chacun de ces chapitres.** Cette analyse s'est faite à partir des informations tirées d'un questionnaire normalisé élaboré par le consortium. Les réponses à ce questionnaire ainsi que les entretiens avec des acteurs clés dans les différents pays partenaires méditerranéens ont constitué la base de l'analyse réalisée par le consortium. Cette procédure, qui a duré environ huit mois (de février à septembre 2010), a permis de rédiger des rapports détaillés par pays, qui seront présentés séparément à chacun des neuf pays partenaires méditerranéens. Les résumés analytiques des neuf rapports « nationaux » forment le volume 2 du présent rapport.

**L'étape suivante a consisté à comparer les pays partenaires méditerranéens et les pays de référence.** Pour chacun des chapitres susmentionnés, les caractéristiques d'un environnement propice aux PPP ont été identifiées et des recommandations ont été faites pour l'amélioration des cadres juridiques et financiers des pays partenaires méditerranéens sur la base des bonnes pratiques et des enseignements tirés de l'expérience des pays de référence.

**Le rapport recense les facteurs de réussite et il présente des recommandations initiales pour la mise en place ou le développement d'un programme de PPP dans les différents pays partenaires méditerranéens.** Dans chaque cas, ces recommandations sont conformes aux meilleures pratiques internationales, tout en tenant compte des aspects propres à chaque pays, tels que le degré de développement des PPP et le contexte spécifique du pays concerné.

**Sauf indication contraire, le rapport, y compris toutes les références qu'il contient, fait état de la situation au 1<sup>er</sup> octobre 2010.** S'il est vrai que l'éventualité de changements politiques importants aura un impact sur l'appétit de la communauté internationale pour les investissements dans des projets en PPP, le rapport se base sur l'hypothèse que ces changements ne modifieront pas substantiellement les principales conditions d'un programme de PPP réussi. Ces aspects politiques n'entrent pas dans le champ du rapport et le consortium estime que la description de l'environnement juridique et financier ainsi que les recommandations restent valables sous réserve que les problèmes politiques soient résolus.

#### ***Projets couverts par le rapport et utilisation de l'expression « PPP »***

**Dans son acception courante, l'expression « PPP » couvre plusieurs structures de commande publique et de fourniture de services. Le rapport porte principalement sur les projets d'équipements montés en financement sur projet.** Aux fins du présent rapport, un PPP est défini comme un partenariat entre les secteurs public et privé régi par un accord contractuel à long terme portant, dans la plupart des cas, sur la conception, la construction, le financement, l'exploitation et l'entretien d'équipements.

**Habituellement, dans un PPP, la personne publique spécifie les services et les résultats attendus (sur le plan de la qualité et des quantités) et négocie des contrats qui sont gage du respect de ces exigences.** Le principe de base est que le versement des paiements au partenaire privé dépend de la mesure dans laquelle sont respectées les exigences du projet pour ce qui est de la prestation du service et de la réalisation des résultats. Les accords à long terme précisent également les obligations incombant à la collectivité publique qui attribue le marché.

**Le financement sur projet est une technique de structuration de la dette employée dans le financement de projets à forte intensité de capital.** Dans une telle structure, les bailleurs de fonds comptent principalement sur les flux de trésorerie générés par le projet et sur les actifs du projet, y compris les droits découlant des contrats y afférents (tout particulièrement, les flux de recettes) pour le remboursement de leur prêt. Par conséquent, au lieu de se fonder avant tout sur la solvabilité générale des promoteurs privés, ils considèrent que les cash-flows, les montants à recevoir et les actifs du projet constituent la sûreté du prêt. La participation des bailleurs de fonds au montage du projet impose une discipline souvent salutaire, car elle incite le partenaire privé à s'acquitter de ses obligations dans les délais prescrits et sans dépassement de coûts.

**Parmi les exemples de PPP couverts par le présent rapport, on peut citer :**

- les projets de production d'électricité et d'assainissement d'eau ;
- les projets routiers et autres projets du secteur des transports ;
- les projets d'équipements sociaux (par exemple, écoles ou hôpitaux).

**Dans chaque cas, le versement des paiements au partenaire privé est lié à l'obtention des résultats prévus.** Toutefois, ces résultats peuvent être définis en termes de :

- disponibilité – c'est-à-dire la mise à disposition des services ou des actifs pour utilisation (généralement, c'est le cas, par exemple avec les projets portant sur les écoles, dans lesquels la collectivité publique convient de payer pour l'entretien et le fonctionnement de l'établissement pendant toute la durée du contrat) ; ou
- demande – par exemple, un projet dans lequel un concessionnaire s'appuie uniquement sur les redevances acquittées par les usagers (route à péage ou aéroport, par exemple) ; ou encore
- disponibilité et demande – par exemple, un projet dans le cadre duquel la collectivité publique convient de payer des commissions de service pour la construction et l'entretien d'une route en fonction de la disponibilité de l'équipement, la rémunération du concessionnaire étant également liée, en partie, à la demande (péages).

Le présent rapport couvre les projets souvent décrits comme des « concessions » (projets dans lesquels le partenaire privé perçoit des redevances acquittées par les usagers et assume le risque lié à la demande) dans la mesure où ces opérations reposent sur une structure de financement sur projet.

**Les marchés publics classiques et les privatisations n'entrent pas dans le champ du présent rapport.** Le rapport ne porte pas sur les projets dans le cadre desquels les autorités attribuent un marché pour la construction d'une infrastructure, indépendamment de l'exploitation de celle-ci, ou pour la fourniture d'un service, indépendamment de la construction de l'infrastructure (marché public « classique ») ; le présent rapport ne porte pas non plus sur les projets dans le cadre desquels l'entité privée fournit le service indépendamment de la personne publique et est soumise uniquement aux lois et réglementations générales, plutôt qu'aux dispositions d'un contrat (par exemple, les entreprises de service public privatisées). La décision d'exclure ce type de projets du périmètre du rapport ne signifie pas que les procédures de commande publique concernées sont jugées inappropriées. Au contraire, pour certains projets (par exemple, ceux reposant sur l'utilisation de technologies particulièrement innovantes

ou complexes et pour lesquels le secteur privé n'est peut-être pas prêt ou apte à assumer le risque), il peut s'avérer plus économique de recourir intégralement aux marchés publics classiques. Un des éléments d'un processus de sélection et d'attribution des marchés performant consiste à veiller à utiliser la méthode de commande publique la plus appropriée.

### **Évaluation sur base comparative**

*L'évaluation sur base comparative figurant aux points 2 à 8 ci-dessous de ce premier volume présente une analyse comparative des cadres juridiques et financiers des PPP dans les pays partenaires méditerranéens et dans les cinq pays de référence. Elle signale également les principaux enseignements tirés de l'étude des pays de référence et leurs implications, sur le plan des meilleures pratiques, pour les pays partenaires méditerranéens.*

Les principaux enjeux ressortant de l'étude des pays de référence peuvent être classés en sept grands chapitres. Chacun de ces chapitres est divisé en sections traitant des questions ou des enjeux principaux qui semblent déterminants pour la réussite ou l'échec des programmes de PPP :

**Capacité de financement et disponibilité des ressources** – comment les pays peuvent s'assurer des financements nécessaires pour les investissements d'infrastructure

- Dans quelle mesure le pays et son programme de PPP attirent-ils les investisseurs et les bailleurs de fonds (nationaux et étrangers) ?
- Le pays dispose-t-il d'une capacité de prêt suffisante pour financer son programme de PPP à long terme ?
- Le secteur financier national dispose-t-il d'un savoir-faire suffisant pour structurer des opérations de PPP complexes et, à défaut, comment ce savoir-faire peut-il être développé ?

**Questions institutionnelles** – comment les pays mettent en place le cadre stratégique adéquat pour les PPP

- L'État a-t-il une politique claire qui identifie les PPP comme un outil important pour la commande publique et le développement des infrastructures ?
- Quelles entités participent à l'identification des projets et comment cette identification est-elle liée aux budgets ? Existe-t-il un processus clair pour allouer les enveloppes budgétaires destinées au développement des projets en PPP et aux paiements d'exploitation périodiques ?
- L'État a-t-il pris des mesures pour soutenir l'option des PPP au travers de la création d'institutions et d'organes de conseil spécialisés disposant de ressources financières et de moyens en personnel suffisants ?
- Y a-t-il différents niveaux d'État (local, municipal, national) associés à la commande publique de marchés en PPP ou existe-t-il un potentiel pour ce faire ?
- Les propositions de projets en PPP sont-elles étudiées d'une manière approfondie et leur faisabilité est-elle évaluée minutieusement avant leur lancement sur le marché ?
- Comment les projets peuvent-ils être mis en œuvre efficacement et faire l'objet d'un suivi performant ?

**Cadre juridique et réglementaire** – les conditions juridiques préalables à la mise sur pied de programmes de PPP performants

- Pourquoi un pays doit-il mettre en place un cadre juridique solide et attrayant pour les projets en PPP ?
- Le cadre juridique définit-il suffisamment le rôle et les prérogatives des pouvoirs adjudicateurs ?
- La législation nationale régissant les contrats relatifs aux projets et à leur financement donne-t-elle aux bailleurs de fonds et aux investisseurs potentiels les assurances voulues ?
- Le système judiciaire national et le mécanisme de résolution des litiges commerciaux donnent-ils aux bailleurs de fonds et aux investisseurs potentiels les assurances voulues ?

**Procédure d'appel d'offres** – le rôle de la passation des marchés pour assurer la concurrence et l'obtention du meilleur rapport coûts-résultats

- La législation énonce-t-elle clairement les procédures d'appel à la concurrence qui sont appropriées pour les structures de type PPP ?
- La procédure de passation des marchés a-t-elle une structure adaptée à la complexité du projet ?
- La procédure de passation des marchés respecte-t-elle les principes essentiels d'équité, de transparence et d'égalité ?
- Les soumissionnaires non sélectionnés sont-ils dûment avisés et disposent-ils du droit de contestation ?
- Le secteur public doit-il rendre compte de ses décisions ?

**Architecture du contrat et répartition des risques** – assurer une répartition des risques optimale, particulièrement en ce qui concerne :

- les risques liés à la conception, à la construction et aux spécifications techniques ;
- les questions d'urbanisme/aménagement et les autorisations ;
- les prorogations de délai et les événements donnant lieu à une indemnisation ;
- les résultats d'exploitation ;
- les modifications du cadre législatif ;
- la résiliation et les indemnités de résiliation.

**Risques financiers et modalités de paiement**

- Comment les pouvoirs publics créent-ils les conditions propres à inciter le secteur privé à fournir un service ou un résultat au coût le moins élevé pour la collectivité tout en faisant en sorte que le projet soit bancable ?

- Les risques macroéconomiques (inflation, taux de change, taux d'intérêt) sont-ils efficacement répartis ?

**Appétit des bailleurs de fonds et des investisseurs pour les projets en PPP et en financement sur projet** – les éléments incitatifs et les protections dont on a besoin les bailleurs de fonds et les investisseurs

- Quels sont les éléments incitatifs clés et les principales contraintes pour les investissements étrangers ?
- Des garanties appropriées sont-elles fournies en cas de nécessité ?
- Existe-t-il un dispositif de sûreté solide ?
- Quel est l'impact des questions fiscales et comptables sur l'accessibilité économique des PPP ?
- Existe-t-il des réglementations ou des pratiques économiques générales susceptibles de nuire à la bonne mise en œuvre des PPP ?

Chacune de ces questions fait l'objet d'une réponse par rapport aux pays de référence dont l'expérience est la plus pertinente et à chacun des pays partenaires méditerranéens. Les encadrés figurant à la fin de chaque point présentent des recommandations préliminaires et identifient les facteurs de réussite.

## 2. CAPACITÉ DE FINANCEMENT ET DISPONIBILITÉ DES RESSOURCES

La situation macroéconomique d'un pays, son climat d'investissement, sa capacité de prêt ainsi que son savoir-faire institutionnel et financier sont autant d'éléments cruciaux pour attirer et appuyer les investissements d'infrastructure à long terme. Ces facteurs ont un impact sur la capacité des pouvoirs publics à soutenir un programme de partenariats public-privé (PPP) ainsi que sur la capacité des marchés financiers locaux et internationaux à financer un tel programme.

Il est clair que certains pays financent et peuvent continuer à financer des projets entièrement ou principalement au moyen de ressources locales. L'analyse exposée dans le présent chapitre montre que, dans de nombreux cas, le développement d'un programme de PPP (ou d'un programme d'infrastructure quelconque) devrait exiger un recours accru au financement par la communauté internationale, outre les ressources financières et le savoir-faire en matière de réalisation de projets qui sont disponibles au sein du pays concerné. Le présent chapitre passe en revue les questions qui ont une incidence sur le financement local et international.

*Afin d'analyser la viabilité à long terme d'un programme de PPP et la mesure dans laquelle il satisfait les critères bancaires, le présent chapitre traite des questions suivantes :*

- Dans quelle mesure le pays et son programme de PPP attirent-ils les investisseurs et les bailleurs de fonds (locaux et étrangers) ?
- Le pays dispose-t-il d'une capacité de prêt suffisante pour financer son programme de PPP à long terme ?
- Le secteur financier du pays dispose-t-il d'un savoir-faire suffisant pour structurer des opérations de PPP complexes et, à défaut, comment ce savoir-faire peut-il être développé ?

**Dans quelle mesure le pays et son programme de PPP attirent-ils les investisseurs et les bailleurs de fonds (locaux et étrangers) ?**

*Pays de référence*

**Les pays de référence sont en mesure d'accéder aux marchés des capitaux nationaux et étrangers grâce à la stabilité de leur situation macroéconomique et à leurs cotes de crédit élevées (valeur d'investissement).** La France et le Royaume-Uni, qui bénéficient d'une cote de crédit souverain AAA, attirent facilement les bailleurs de fonds et les investisseurs en fonds propres pour financer des programmes de PPP s'élevant à plusieurs milliards d'EUR. Le Mexique (cote de crédit souverain BBB), un pays membre de l'OCDE, a d'ores et déjà mis en œuvre des PPP dans plusieurs domaines : infrastructures routières, secteur énergétique, aéroports, santé, enseignement et infrastructures hydrauliques. Par exemple, un important programme d'investissement dans les routes à péage a été mis en œuvre, avec de bons résultats, en raison de la nécessité de sauver de l'échec des projets de routes à péage lancés dans les années 90. L'Afrique du Sud (cote de crédit souverain BBB+) a fait appel, avec succès, aux banques commerciales privées locales pour financer de petits projets en PPP mais recourt au financement de banques commerciales internationales, avec la garantie d'OCE, pour la réalisation de grands projets de production d'électricité. De même, la Pologne (cote de crédit souverain A-) finance essentiellement son modeste programme de PPP grâce à un ensemble de banques commerciales, d'IFI et d'OCE. Pour une liste détaillée des cotes de crédit des pays de référence, se reporter au tableau 1 ci-dessous.

**Les pays de référence conçoivent des programmes de PPP spécifiques afin d'attirer un nombre suffisant d'investisseurs, désormais engagés stratégiquement dans ces programmes.** Dans la plupart des pays de référence, ce processus fonctionne dans les deux

sens, à savoir que les pouvoirs publics ont commencé par mettre au point un programme de PPP conçu pour attirer les investisseurs ; ensuite, les bons résultats générés par les projets pilotes ont attiré de nouveaux bailleurs de fonds, ce qui a renforcé la concurrence, au sein du secteur privé, pour le financement des projets en PPP et a amélioré la tarification et les conditions offertes aux autorités publiques. L'exemple du Royaume-Uni et de la France, dont les programmes de PPP sont à l'avant-garde du développement des marchés et du savoir-faire relatifs aux PPP en Europe, démontre l'importance de disposer d'une réserve de projets appréciable, sans être trop ambitieux pour ce qui est de la taille ou de la complexité des projets. Les soumissionnaires et les investisseurs sont attirés par le programme de PPP d'un pays s'ils perçoivent la possibilité de récupérer, au travers d'offres futures pour des projets similaires, les ressources (en temps et en argent) investies dans la formulation d'une offre rejetée.

**Dans certains pays comme le Royaume-Uni et la France, les premiers programmes de PPP ont été motivés, en partie, par la volonté des pouvoirs publics d'obtenir des financements pour des projets d'infrastructure qui ne seraient pas comptabilisés dans la dette du secteur public.** Initialement, on a fait valoir qu'étant donné que les risques liés de construction et d'exploitation étaient transférés au secteur privé, les engagements financiers des pouvoirs publics au titre des projets en PPP n'avaient pas à être comptabilisés dans les comptes de l'État (déconsolidation). Depuis, le système comptable a fait l'objet de discussions et de précisions, ce qui a entraîné la reclassification de certains projets et leur consolidation dans le bilan du secteur public (c'est-à-dire que la composante de capital des paiements liés au PPP est comptabilisée comme une dette publique). La question de savoir si un projet devra figurer au bilan ne doit pas être le facteur déterminant pour décider de structurer ce projet sous la forme d'un PPP. Le point essentiel est de vérifier que les paiements dus au titre des contrats de PPP sont financièrement abordables et économiquement justifiés en ce que les projets génèrent une rentabilité économique et des avantages sociaux suffisants pour compenser leurs coûts, quel que soit leur traitement comptable.

**Tableau 1 – Cotes de crédit des différents États (risque souverain) au 3 février 2011<sup>4</sup>**

Pays	Cote de crédit	Agence de notation
France	Aaa/AAA	Moody's/Fitch/S&P
Royaume-Uni	Aaa/AAA	Moody's/Fitch/S&P
Israël	A1/A	Moody's
Pologne	A2/A-	Moody's/Fitch/S&P
Afrique du Sud	A3/BBB+	Moody's/Fitch/S&P
Tunisie	Baa3/ BBB	Moody's/Fitch/S&P
Mexique	Baa1/BBB	Moody's/Fitch/S&P
Maroc	Ba1/BBB-	Fitch/S&P
Égypte	Ba2/BB	Moody's/Fitch/S&P
Jordanie	Ba2/BB	Moody's/ S&P
Liban	B1/B	Moody's/Fitch/S&P
Algérie	n.d.	Pas de note
Syrie	n.d.	Pas de note
Cisjordanie	n.d.	Pas de note

**La plupart des pays de référence ont mis sur pied des programmes de PPP crédibles en se lançant d'abord dans des projets relativement simples, avant d'appliquer cette expérience à des projets plus complexes sur le plan contractuel.** C'est le cas, notamment, du Mexique où les programmes de PPP dans le domaine des infrastructures sociales (hôpitaux, universités, etc.), qui sont plus complexes sur le plan contractuel, n'ont été introduits qu'après que le pays eut lancé, avec succès, des programmes de PPP dans des secteurs déjà bien maîtrisés au niveau international (notamment, routes et production d'électricité). En Pologne, les opérations réalisées en PPP à ce jour sont peu nombreuses ; il s'agit, pour la plupart, de projets dans le secteur des énergies renouvelables qui présentent certains éléments d'une structure PPP (voir le rapport concernant la Pologne, dans le volume 3), sans constituer des PPP au sens plein de la définition qui en est donnée dans le présent rapport. Le tableau 2 ci-

<sup>4</sup> Note de la dette à long terme en monnaie du pays ; pays partenaires méditerranéens en bleu.



dessous présente un aperçu des projets en PPP qui ont été signés, depuis 2006, dans les pays de référence.

**Tableau 2 – Financements sur projet en faveur de PPP dans les pays de référence (janvier 2006 à novembre 2010)<sup>5</sup>**

	PAYS DE RÉFÉRENCE				
	France	Mexique	Pologne	Afrique du Sud	Royaume-Uni
Volume global des prêts (millions d'EUR)	7 093	7 214	1 069	1 264	32 363
Dont : projets de production d'électricité, y compris au moyen d'énergies renouvelables (millions d'EUR)	Non inclus dans les PPP	1 674	547	829	Non inclus dans les PPP
Nombre d'opérations	59	32	13	8	286
Dont : projets de production d'électricité, y compris au moyen d'énergies renouvelables (nombre d'opérations)	Non inclus dans les PPP	7	10	3	Non inclus dans les PPP

#### *Pays partenaires méditerranéens*

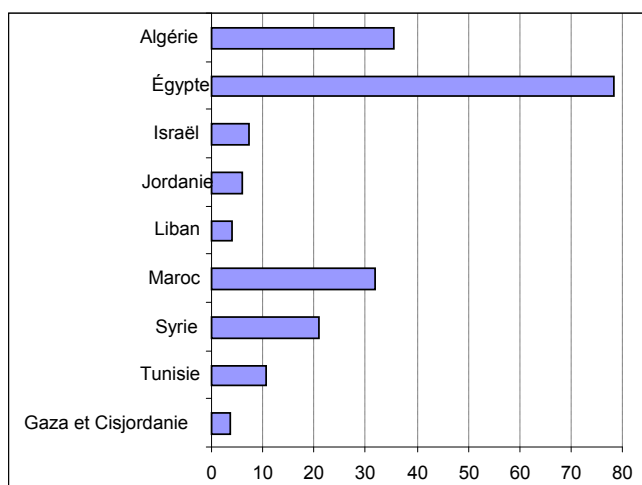
**Au cours des dernières années, dans de nombreux pays partenaires méditerranéens, les taux de croissance relativement élevés du PIB réel et le resserrement de la discipline budgétaire ont contribué à améliorer l'accès au financement pour les investissements d'infrastructure.** Cette tendance ressort du graphique 1 ci-dessous qui montre que la plupart des pays partenaires méditerranéens ont réussi à maintenir la croissance économique tout en réduisant l'endettement public ; les légères dégradations des finances publiques de certains pays partenaires méditerranéens constatées en 2008 et en 2009 s'expliquent, en général, par les programmes de relance budgétaire mis en œuvre suite à la crise financière.

**Le risque souverain de six des neuf pays partenaires méditerranéens fait l'objet d'une cote de crédit externe attribuée par des agences de notation internationales bien connues ; trois pays bénéficient d'une note de la catégorie « valeur d'investissement ».** L'attribution d'une cote de crédit internationale ou, pour les pays déjà notés, le relèvement de la note contribuerait à accroître l'appétit des investisseurs. Le tableau 1 ci-dessus présente, sous une forme résumée, les cotes de crédit internationales attribuées, en février 2011, aux différents pays concernés. Étant donné que cette note tient compte d'un ensemble de facteurs de risque (financiers, économiques, politiques et institutionnels), elle représente un indicateur important de la capacité d'un pays à honorer ses obligations. Parmi les pays partenaires méditerranéens, Israël, la Tunisie et le Maroc bénéficient d'une note de la catégorie « valeur d'investissement », ce qui donne confiance aux éventuels soumissionnaires et bailleurs de fonds. Les notes de l'Égypte, de la Jordanie et du Liban sont toutes inférieures à la catégorie « valeur d'investissement ». L'Algérie, la Syrie et la Cisjordanie ne sont pas notées par les agences internationales. Dans le cas de l'Algérie et de la Syrie, le niveau relativement peu élevé de l'endettement public est un élément rassurant quant à la capacité du pays à rembourser ses emprunts, malgré l'absence de notation. Toutefois, l'obtention d'une cote de crédit positive aiderait beaucoup à attirer des bailleurs de fonds pour le financement des programmes de PPP, car la notation externe tient compte de nombreux facteurs ayant un impact sur la solvabilité d'un pays.

<sup>5</sup> Source : Base de données en ligne de la publication *Infrastructure Journal*

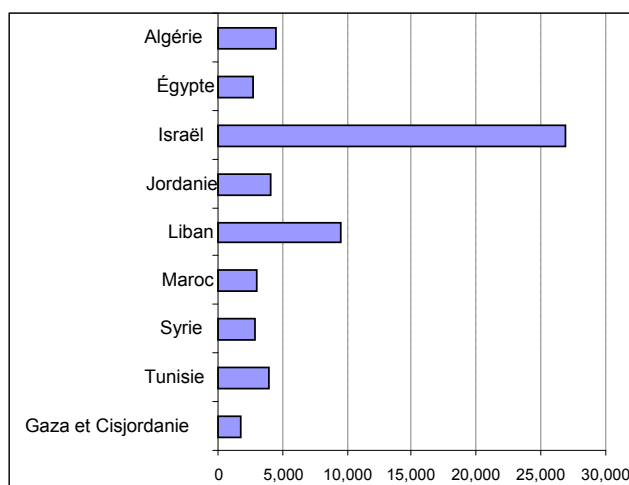
## Graphique 1 : Pays partenaires méditerranéens – principales comparaisons économiques

### Population (en millions, estimations 2010)



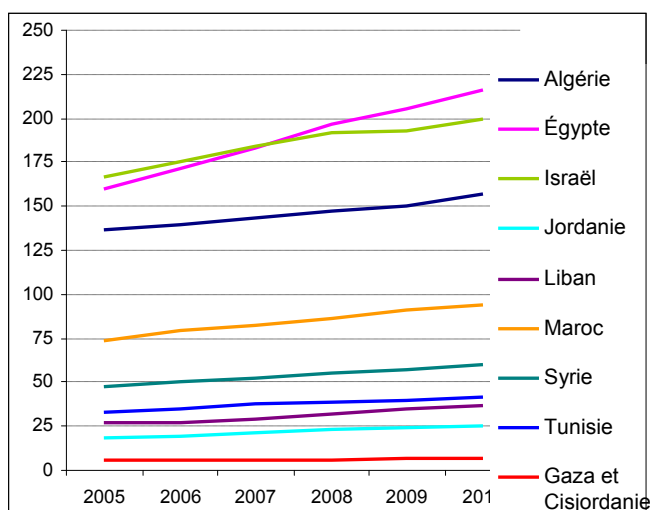
Source : Estimations du FMI pour 2010 (2008, dans le cas de la Cisjordanie)

### PIB par habitant (USD, 2010)



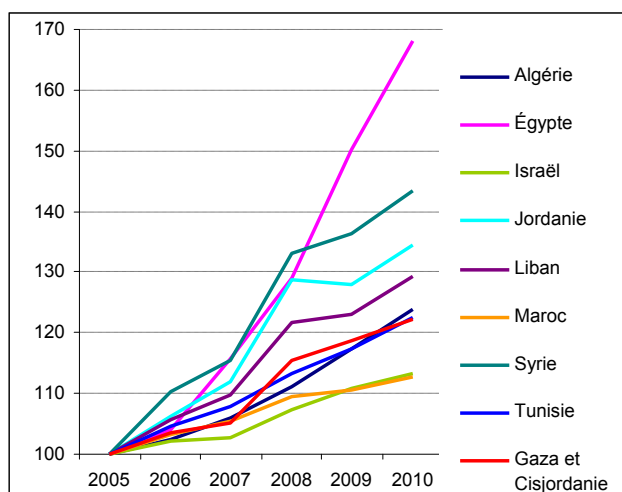
Source : Estimations du FMI

### PIB réel (milliards d'USD, aux taux de change de 2010)



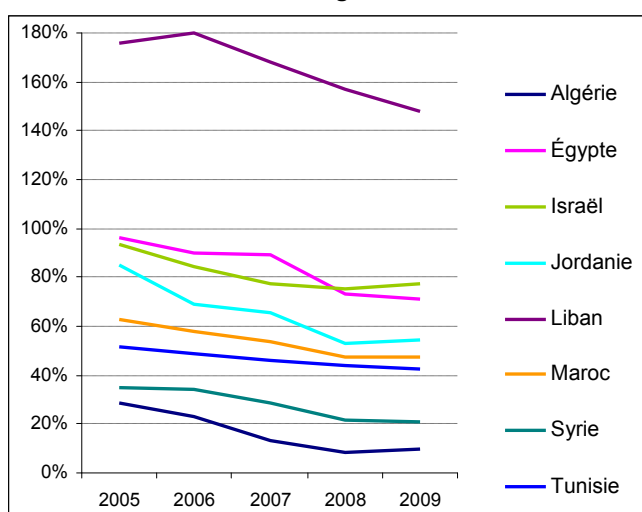
Source : Estimations du FMI pour 2010 (PIB à prix courants, actualisé au taux de croissance réel)

### Indices des prix à la consommation (2005 = 100)



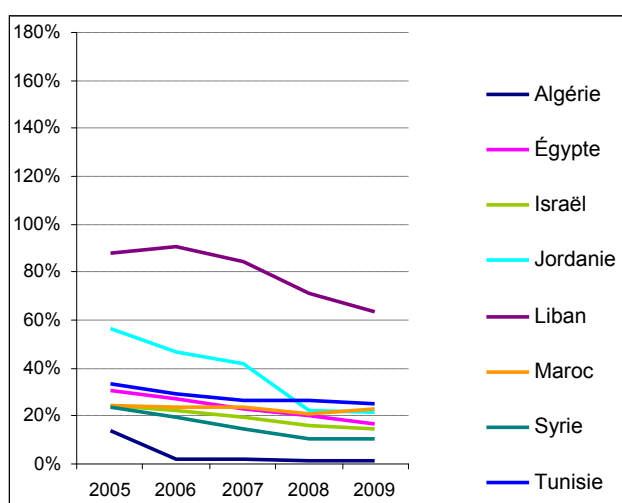
Source : Données du FMI

### Ratio de l'endettement global de l'État au PIB



Source : Données de la banque centrale ou du ministère des finances des différents pays

### Ratio de l'endettement externe de l'État au PIB



Source : Données de la banque centrale ou du ministère des finances des différents pays

**La stabilité politique et des institutions civiles solides sont des conditions préalables essentielles pour attirer les investissements à long terme dans des projets en PPP.** Dans certains pays partenaires méditerranéens – notamment la Cisjordanie et, dans une moindre mesure, le Liban –, la situation politique pèse sur les perspectives de réalisation de projets en PPP. Les bouleversements politiques qu’ont connus plusieurs pays partenaires méditerranéens depuis le début de 2011, qui ont accru l’incertitude et l’instabilité, inciteront sans doute les investisseurs à regarder avec prudence les perspectives de PPP dans ces pays et à attendre une clarification de la situation. Les époques de changement politique peuvent également être l’occasion de renforcer ou d’améliorer le cadre institutionnel. Dans des circonstances certes différentes, deux pays de référence, la Pologne et l’Afrique du Sud, ont connu des changements politiques majeurs durant les années 90 et ces deux pays ont préservé et renforcé efficacement leur cadre institutionnel pour l’investissement.

**La solidité des institutions civiles sous-jacentes contribue à déterminer l’intérêt des investisseurs à l’égard des projets à long terme, en fonction de la mesure dans laquelle ces institutions résistent aux crises politiques et sont rétablies après de telles crises.** L’analyse du risque politique dans les différents pays n’entre pas dans le champ de la présente étude. La perception qu’ont les investisseurs du risque politique se base sur une analyse complexe de la possibilité d’obtenir, à long terme, un taux raisonnable de rentabilité sur l’investissement, sans interférence arbitraire de l’État (sous quelque forme que ce soit) ni confiscation par l’intervention publique, par une bureaucratie excessive ou par la corruption. En outre, les investisseurs veulent s’assurer de l’existence d’un cadre institutionnel propre à protéger ces droits. Naturellement, la sécurité des personnes et des biens est également un facteur essentiel.

**Les pays partenaires méditerranéens ont mis au point différents programmes de PPP pour attirer les investisseurs, même si le nombre de projets de type PPP signés à ce jour reste relativement limité.** Comme le montre le tableau 3, qui présente une liste des opérations de type PPP en financement sur projet qui ont été signées dans la région, les pays où le volume des prêts est le plus élevé sont Israël et l’Égypte, ce qui s’explique par le fait que leurs marchés des PPP sont relativement « matures ». Toutefois, pour l’ensemble de la région, le nombre total des opérations est peu élevé (21 projets, entre 2006 et 2010). Avant de mettre en place une véritable politique en matière de PPP, la majorité des pays partenaires méditerranéens se sont « formés » aux techniques de PPP par la réalisation de projets de production d’électricité indépendante et l’attribution de concessions portuaires et aéroportuaires. Par exemple, Israël a développé des programmes de PPP dans les secteurs des transports, du dessalement de l’eau de mer, de l’énergie et de l’assainissement des eaux usées, avec des résultats contrastés : dans certains projets de transport, la signature du contrat de financement a nécessité beaucoup de temps ; en revanche, la passation des marchés relatifs aux projets de dessalement de l’eau de mer a été menée d’une manière efficace, avec application de conditions normalisées et répartition correcte des risques ; partant, ces projets ont attiré des bailleurs de fonds locaux et internationaux (IFI et banques commerciales). En 2010, l’Égypte s’est dotée d’une législation en matière de PPP et elle a signé son premier contrat de PPP hors des secteurs des ports et de l’électricité, en l’occurrence, dans celui de l’épuration des eaux usées (New Cairo Wastewater - NCWW). Suite aux bons résultats enregistrés dans le cadre du projet NCWW, grâce à des pratiques acceptées en matière de PPP et à une collaboration avec des conseillers internationaux, l’Égypte a attiré un grand nombre de manifestations d’intérêt pour les projets en PPP annoncés dans les secteurs de l’eau, des routes et de l’électricité. Des pays comme le Maroc, la Tunisie et l’Algérie réalisent depuis longtemps des projets en concession dans les secteurs de l’assainissement et des transports. En 2003 et 2004, un nombre non négligeable d’investisseurs étrangers ont répondu favorablement aux premiers appels à soumissionner pour des PPP dans le secteur du dessalement de l’eau de mer en Algérie, le gouvernement ayant annoncé une très importante réserve de projets dans ce secteur. Cette tendance pourrait s’inverser dans les années à venir, car l’Algérie a récemment adopté une législation (loi complémentaire de financement 2009, confirmée en 2010) qui risque de dissuader les promoteurs et les bailleurs de fonds étrangers de participer activement à son programme de PPP. En Tunisie, l’annulation en 2010, après réception des offres, d’une procédure de PPP pour une centrale électrique indépendante au profit d’un marché public classique aura probablement pour effet de dissuader, à l’avenir, les promoteurs de soumettre des offres pour des projets en PPP, du moins tant qu’un engagement

politique clair en faveur des PPP ne se sera pas concrétisé. À ce jour, la Syrie, le Liban et la Cisjordanie n'ont encore signé aucun PPP monté sous la forme d'un financement sur projet, bien que la Syrie et le Liban soient en train d'adopter des mesures importantes afin de mettre en place un cadre et un programme de PPP de nature à attirer les investisseurs.

**Tableau 3 – Financements sur projet en faveur de PPP dans les pays partenaires méditerranéens (janvier 2006 à novembre 2010)**

Pays	Volume global des prêts (millions d'EUR)	Nombre d'opérations
Algérie	830	5
Égypte	1 369	5
Israël	1 089	5
Jordanie	440	4
Liban	0	0
Maroc	108	1
Syrie	0	0
Tunisie	446	1
Cisjordanie	0	0

Source : Base de données en ligne de la publication *Infrastructure Journal*. Les financements dans le secteur des télécommunications sont exclus.

**Pour inciter les investisseurs à financer leurs programmes de PPP, les pays partenaires méditerranéens doivent veiller à ce que les programmes annoncés soient mis à exécution avec cohérence et transparence.** La cohérence dans l'approche confère aux premiers arrivés sur le marché des compétences spécialisées de base. Leurs bons résultats attirent, par la suite, de nouveaux bailleurs de fonds, ce qui a pour effets de renforcer la concurrence entre acteurs privés pour le financement des projets en PPP et d'améliorer la tarification et les conditions offertes aux collectivités publiques. Qu'il s'agisse d'entités locales ou étrangères, de prêts ou d'investissements en fonds propres, les bailleurs de fonds doivent être convaincus du potentiel d'investissement à long terme et de la viabilité économique du programme de PPP du pays, faute de quoi ils n'engageront pas les moyens en personnel et les ressources financières nécessaires pour soumettre des offres et financer les projets.

**Le pays dispose-t-il d'une capacité de prêt suffisante pour financer son programme de PPP à long terme ?**

*Pays de référence*

**Grâce à l'accès à des marchés des capitaux efficaces et liquides, dans les pays de référence, les projets bien structurés peuvent bénéficier de concours bancaires.** Les marchés des capitaux efficaces se caractérisent par la présence d'une variété d'institutions financières (nationales ou étrangères) actives sur le marché des prêts au secteur privé (y compris les grands prêts consortiaux), par l'existence de marchés obligataires sur lesquels les entités publiques et les grandes entreprises peuvent emprunter à long terme et par l'existence d'un marché boursier actif. Au sein de l'Union européenne, les marchés financiers sont fortement intégrés, de telle façon que, par exemple, des projets polonais en PPP obtiennent des financements non seulement de banques polonaises, mais aussi d'une vaste gamme de banques basées dans l'UE. L'existence de marchés obligataires liquides où se négocient des instruments à long terme libellés en EUR et en GBP sous-tend celle de marchés pour les contrats d'échange de taux d'intérêt à long terme dans ces devises, ce qui permet aux sociétés de projet de couvrir le risque de taux d'intérêt. Au Mexique, les projets en PPP ont bénéficié du renforcement des marchés obligataires locaux depuis la crise financière du début des années 90. L'Afrique du Sud est, elle aussi, en mesure de financer sur les marchés locaux tous ses projets, à l'exception des projets de très grande taille. Toutefois, lors de la récente crise

financière, les pays de référence ont rencontré d'importantes difficultés pour la réalisation de projets d'infrastructure en raison du manque de financement : les liquidités bancaires se sont asséchées lorsque les marchés de titrisation (qui permettaient aux banques de structurer et de vendre des portefeuilles de prêts) se sont effondrés, forçant les banques à réduire la taille de leurs bilans en diminuant leur activité de prêt (voir l'encadré 5 ci-dessous).

**Afin de garantir la disponibilité de financements pour le projet, les pays de référence requièrent souvent que les soumissionnaires, lors de la présentation de l'offre, fournissent des preuves solides du soutien des bailleurs de fonds.** Ces preuves peuvent prendre la forme d'une lettre d'engagement conditionnelle par laquelle les banques indiquent que, si l'offre du soumissionnaire est retenue, elles fourniront un financement aux conditions spécifiées, sous réserve de la conclusion satisfaisante de l'audit préalable du projet. Bien que les lettres de ce type contiennent également d'autres « clauses de sortie », telle qu'une clause d'absence de changement significatif dans les conditions du marché, elles donnent l'assurance au pouvoir adjudicateur que le projet pourra être financé. Cette procédure suppose qu'il existe un nombre suffisant de banques pour appuyer, en exclusivité, des offres différentes, afin d'éviter l'émergence de conflits d'intérêts.

**La profondeur des marchés financiers locaux permet à plupart des pays de référence d'obtenir des financements à long terme en monnaie locale.** La France et le Royaume-Uni n'ont pas de difficultés à attirer des prêts et des investissements en fonds propres libellés en EUR et en GBP, respectivement, pour leurs programmes PPP portant sur plusieurs milliards d'EUR. Le Mexique, un pays noté BBB et membre de l'OCDE, finance de plus en plus ses projets de PPP en MXN plutôt qu'en USD, ce qui réduit la nécessité de faire appel au financement des IFI, aux garanties des OCE ou aux ressources de banques commerciales internationales exigeant la couverture du risque politique. Les marchés financiers locaux ont également permis de financer des PPP mexicains au moyen de l'émission d'obligations libellées en MXN et en USD. Jusqu'à présent, à l'exception des grands projets de production d'électricité, la majeure partie du programme de PPP de l'Afrique du Sud (notée BBB+) a été financée en ZAR par des banques commerciales privées locales. En Pologne, bien que la cote de crédit du pays soit élevée (A-), le programme de PPP est financé, d'une manière prépondérante, en euros, par un ensemble de banques commerciales, d'IFI et d'OCE, en raison de la liquidité relativement limitée des marchés du crédit à long terme en PLN.

**Dans la plupart des pays de référence, les longues durées des prêts finançant les projets en PPP rendent les projets plus abordables sur le plan financier.** Le montage du projet veille à répartir le service de la dette et le rendement pour les investisseurs sur la plus grande fraction possible de la durée de vie économique du projet, réduisant ainsi le montant annuel de l'investissement en capital qui doit être recouvré au travers des paiements de la personne publique. Au Royaume-Uni et en France, la durée des prêts finançant les projets en PPP est habituellement d'environ 25 ans, quoiqu'elle soit plus courte pour les projets de production d'électricité. Au Mexique, actuellement, les routes à péage sont souvent financées au moyen de prêts à court terme « mini-perm », c'est-à-dire des prêts d'une durée de sept à dix ans, avec un remboursement limité, de telle façon que le remboursement complet de l'emprunt suppose un refinancement et un remboursement sur une période plus longue. Les projets mexicains de production d'électricité indépendante sont habituellement financés par des prêts d'une durée d'environ 15 ans. Les prêts de banques commerciales finançant les projets en PPP polonais, ainsi que les financements de PPP sud-africains obtenus sur le marché local se caractérisent généralement par de longues périodes de remboursement (environ 20 ans, soit plus de 80 % de la durée de la concession). Pour ses projets de grande dimension dans le secteur de l'électricité, l'Afrique du Sud s'appuie sur des financements garantis par des OCE, assortis de calendriers de remboursement légèrement plus serrés, ce qui traduit les conditions de marché difficiles. En Pologne, certains prêts de grande dimension accordés par des IFI ou garantis par des OCE pour le financement de projets routiers sont assortis de périodes de remboursement pouvant aller jusqu'à 30 ans.

**Dans les pays de référence, même dans les situations où les projets peuvent être financés entièrement par des bailleurs de fonds commerciaux, il est fait appel aux ressources des IFI pour compléter le financement des banques commerciales.** Par exemple, au sein de l'UE, les projets en PPP respectant les critères de prêt de la Banque

européenne d'investissement (BEI) peuvent solliciter un prêt BEI pour 50 % au maximum du montant des coûts de construction. Dans de tels cas, la BEI cofinance avec les bailleurs de fonds commerciaux et elle accepte habituellement les mêmes risques et les mêmes modalités contractuelles (à l'exception de la tarification du prêt et du calendrier de remboursement). S'agissant de projets en PPP réalisés au sein de l'UE, les chefs de file des bailleurs de fonds commerciaux sont souvent bien informés des risques que la BEI est prête à assumer, de telle façon qu'il est facile d'arriver à un accord concernant le dispositif de financement commun.

### *Pays partenaires méditerranéens*

**Dans la plupart des pays partenaires méditerranéens, les marchés financiers locaux sont liquides et financièrement solvables, mais ils ne peuvent fournir qu'un volume limité de prêts pour des projets en PPP.** Dans ces pays, la taille relative du secteur bancaire dans l'économie est souvent modeste. À cette règle font exception l'Algérie (avec son grand secteur bancaire public), Israël (dont le système financier est bien développé) et le Liban (qui, en raison de sa position de centre financier régional, possède un secteur bancaire vaste mais dont la volonté de prêter à l'appui de PPP reste largement à démontrer au niveau local). Le Maroc et Israël ont, chacun, deux ou trois banques dominantes capables de fournir des prêts relativement importants en faveur de projets de PPP individuels. De même, les secteurs financiers relativement fragmentés de l'Égypte et de la Tunisie comptent certaines banques capables de fournir un volume limité de prêts à l'appui de PPP ; il en va de même (mais dans une moindre mesure) des banques jordaniennes qui sont notées par les agences de notation internationales. En Syrie, le secteur des banques commerciales privées, petit et fragmenté, dispose de capacités plus limitées. Néanmoins, malgré leur taille relativement modeste, les secteurs bancaires des pays partenaires méditerranéens sont généralement liquides et financièrement solvables (avec des ratios prêts/dépôts peu élevés au regard des normes internationales), de sorte que les banques disposent d'une capacité de prêt limitée uniquement par les contraintes qu'imposent la taille du bilan de l'établissement et la réglementation bancaire locale.

**En raison de la relative étroitesse des marchés financiers, les financements à long terme en monnaie locale ne sont pas courants dans les pays partenaires méditerranéens.** Le cas de l'Algérie est quelque peu exceptionnel, puisque, dans ce pays, les banques publiques seront en mesure de financer le programme de PPP tant qu'elles continueront à recevoir de l'État et des collectivités publiques les dépôts provenant des vastes recettes à l'exportation des hydrocarbures. Des pays comme Israël, la Tunisie et le Maroc (notés dans la catégorie « valeur d'investissement ») ainsi que l'Égypte ont démontré leur capacité à financer des projets en PPP relativement importants au moyen de prêts en monnaie locale. En Israël, par exemple, le financement de projets routiers en PPP (plus de 1 milliard d'EUR) a été fourni, jusqu'à présent, exclusivement en shekel par des banques israéliennes. De même, en avril 2010, l'Égypte a conclu son premier projet en PPP dans le secteur de l'eau sur la base d'un financement en livre égyptienne d'un montant équivalant à 86 millions d'EUR. Enfin, le Maroc a récemment obtenu des engagements en dirham d'un montant équivalant à environ 300 millions d'EUR pour un projet dans le secteur de l'énergie éolienne. Toutefois, même sur ces marchés, la capacité peut être insuffisante pour financer en monnaie locale des projets individuels ou des programmes de PPP de très grande dimension.

**Les pays partenaires méditerranéens tireront bénéfice de la disponibilité de ressources provenant des IFI ou garanties par des OCE pour compléter celles des banques commerciales locales ou étrangères dans le financement des PPP.** Les ressources des IFI ou les prêts garantis par les OCE sont fréquemment utilisés pour combler le déficit de financement dans certains pays, en particulier dans ceux qui ne bénéficient pas d'une note de type « valeur d'investissement ». Cela devrait être le cas, en particulier, de la Syrie, de la Jordanie et du Liban. D'autres pays partenaires méditerranéens, comme la Tunisie, le Maroc, l'Égypte et Israël, qui ont traditionnellement accès à une vaste gamme de bailleurs de fonds, pourraient également profiter des ressources fournies par les IFI et (ou) garanties par les OCE pour leurs projets de grande dimension, en particulier pour bénéficier des durées longues qu'elles offrent.

#### Encadré 5 – Les effets de la crise financière

**Tous les pays de référence ont été frappés par la crise financière qui a débuté en 2008, mais à des degrés différents.** En 2009, le PIB réel du Mexique a chuté de 6,5 % en raison de la diminution des recettes pétrolières. Au Royaume-Uni, le PIB réel a chuté de 4,9 %, ce qui s'explique par l'importance relative du secteur financier au sein de l'économie. La France et l'Afrique du Sud ont enregistré des diminutions du PIB plus modérées, tandis la Pologne, seule parmi les grands pays de l'UE, a enregistré une croissance de son PIB réel en 2009. La raréfaction du crédit a entraîné de fortes augmentations du tarif des prêts durant la crise ; cette tendance ne s'est que partiellement inversée et la tarification des prêts ne devrait pas revenir aux niveaux d'avant la crise, en raison, notamment, de l'augmentation des exigences que les banques doivent satisfaire en matière de capital. À la fin de 2008 et au début de 2009, un certain nombre de projets ont été reportés, annulés ou réduits, faute d'offre de financement. Au plus profond de la crise, confronté au risque imminant que de grands projets en PPP ne puissent attirer des bailleurs de fonds, le Royaume-Uni a mis en place, au sein du ministère des finances, une unité pour le financement des infrastructures (Treasury Infrastructure Finance Unit) chargée de cofinancer des projets ; en réalité, à ce jour, cette entité n'a permis d'appuyer qu'un seul projet (le projet Greater Manchester Waste, relevant de l'Initiative de financement privé). La France a lancé de nouveaux investissements afin de compenser les effets du repli économique, y compris des projets d'infrastructure de grande envergure, tels que l'extension de son réseau ferroviaire à grande vitesse. Dans toute l'Europe, la Banque européenne d'investissement (BEI) a augmenté le volume de ses prêts en faveur de projets en PPP d'environ 30 % (15 milliards d'EUR) afin de compenser la diminution de l'offre de crédit. Parmi les mesures de lutte contre la crise adoptées par la BEI, on peut citer un soutien accru aux petites et moyennes entreprises, des dispositifs intégrés en faveur du secteur énergétique et de la lutte contre les changements climatiques, des prêts à l'industrie automobile, un surcroît de soutien aux pays d'Europe centrale et orientale ainsi qu'une augmentation de capital destinée à absorber l'accroissement du volume des prêts. Les conditions de marché se sont améliorées en 2010 et, à l'heure actuelle, il est généralement possible de se procurer des ressources pour des projets viables, bien que les prêts soient assortis de taux plus élevés et de conditions plus strictes qu'avant la crise. D'une manière générale, suite à la crise financière, les projets font l'objet d'un examen beaucoup plus approfondi par les autorités, les soumissionnaires et les bailleurs de fonds.

**Les pays partenaires méditerranéens ont moins souffert durant la crise financière internationale.** La plupart d'entre eux ont enregistré une croissance positive du PIB réel en 2009 (voir les chiffres ci-dessous), ce qui s'explique, en grande partie, par le fait que leurs secteurs bancaires, moins endettés que ceux de nombreux marchés plus développés, ont subi des pertes sur prêt moins importantes. En outre, le niveau de la dette publique de la plupart des pays partenaires méditerranéens est relativement maîtrisé et, partant, les États ont été en mesure de faire face aux augmentations cycliques du déficit budgétaire durant la crise. La crise s'est propagée aux pays partenaires méditerranéens principalement au travers de la réduction de la demande pour leurs exportations et services (notamment le gaz algérien et le tourisme) et de la diminution du soutien étranger sous la forme d'aides non remboursables. Toutefois, l'une des conséquences de la crise internationale ayant un impact direct sur les programmes de PPP a été la diminution de l'intérêt des banques internationales. Dans cette situation, les pays partenaires méditerranéens doivent se battre pour l'obtention de ressources peu abondantes, ce qui accroît l'importance des cadres de soutien sur les plans réglementaire, financier et juridique. À l'heure actuelle, la situation s'améliore et l'offre de crédit internationale s'accroît, étant donné, en particulier, que les bailleurs de fonds et les investisseurs cherchent à diversifier leurs investissements vers des marchés où le taux de croissance est plus élevé.

#### Croissance du PIB réel (2009)

Liban	7,6 %
Cisjordanie	3,7 %
Égypte	2,7 %
Maroc	2,7 %
Syrie	1,5 %
Tunisie	2,0 %
Algérie	0,5 %
Jordanie	0,4 %
Israël	(1,4 %)

\* Source : FMI

**Le secteur financier du pays dispose-t-il d'un savoir-faire suffisant pour structurer des opérations de PPP complexes et, à défaut, comment ce savoir-faire peut-il être développé ?**

#### *Pays de référence*

**L'échange de connaissances avec les pouvoirs adjudicateurs de différents pays et la réutilisation des meilleures pratiques acquises dans le cadre de projets bien conçus et réalisés confèrent aux premiers arrivés sur le marché un noyau de compétences spécialisées.** Le dialogue concernant les modalités normalisées des contrats et la répartition

des risques dans les PPP a permis de créer une base évolutive de connaissances sur la bancabilité des opérations en PPP. Cela résulte de l'existence, dans les pays de référence, de politiques et de cadres institutionnels solides en matière de PPP. Les enseignements tirés des marchés britannique et français ont aidé à guider le développement des autres marchés de PPP en Europe (y compris en Pologne) et ailleurs dans le monde. Des institutions telles que Partnerships UK (PUK) (aujourd'hui appelée Infrastructure UK) ont contribué à diffuser les connaissances en fournissant des conseils aux différents pays (y compris le Mexique et l'Afrique du Sud). En Afrique du Sud, les principales banques locales ont « importé » sur le marché national un savoir-faire en matière de PPP acquis sur d'autres marchés. Au Mexique, le programme de PPP est largement concentré sur des modèles de projet bien rodés au niveau international, tels que les projets d'infrastructures énergétiques ou de routes à péage. C'est pourquoi le programme de PPP attire aussi bien des bailleurs de fonds mexicains que des bailleurs de fonds étrangers, lesquels comprennent non seulement la structure du projet mais aussi, souvent, les caractéristiques économiques, juridiques et politiques propres au pays.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**Dans la plupart des pays partenaires méditerranéens il serait profitable que les institutions financières locales acquièrent un savoir-faire plus approfondi en matière de PPP.** Israël fait exception, car les banques y participent depuis longtemps au programme de PPP. En Égypte, au Maroc et en Algérie, les grandes banques locales bénéficient d'une certaine expérience pour ce qui est du montage des PPP sur leur marché national. En outre, dans l'ensemble de la région méditerranéenne, certaines banques sous contrôle étranger peuvent s'appuyer sur le savoir-faire de leurs banques mères, pour autant que celles-ci soient désireuses de prêter des fonds à l'appui du programme de PPP du pays concerné. Il pourrait être utile, pour accroître l'intérêt des bailleurs de fonds, d'organiser une série de séances d'informations et de séminaires spécialisés concernant les possibilités du marché des PPP, parrainés par l'unité « PPP » du pays concerné ou par l'organisme le plus proche, ou encore par des conseillers recommandés par celui-ci. Les pouvoirs publics peuvent également demander conseil à des établissements internationaux, IFI ou banques commerciales, en vue de définir les exigences essentielles pour la bonne performance des programmes de PPP. Étant donné qu'en règle générale, le meilleur moyen d'acquérir des compétences spécialisées en matière de PPP est l'apprentissage par la pratique, le cofinancement par des institutions de crédit locales et internationales (y compris les IFI) pourrait également être utile pour renforcer le savoir-faire en matière de PPP au sein des secteurs bancaires locaux.

#### **Capacité de financement et offre de financement – recommandations et facteurs de réussite**

- Rendre le programme national de PPP plus attrayant pour une vaste gamme de bailleurs de fonds et d'investisseurs en créant une réserve et un calendrier de projets viables pour lesquels les pouvoirs publics s'engagent à attribuer des marchés.
- Outre le financement en devises, encourager le financement en monnaie locale, si le marché peut offrir des prêts à long terme.
- Promouvoir l'acquisition de savoir-faire en matière de PPP au sein du secteur bancaire local.
- Encourager la participation des IFI, qui sera également utile pour attirer d'autres sources de financement.



### 3. QUESTIONS D'ORDRE INSTITUTIONNEL

**Certaines caractéristiques du cadre institutionnel contribuent directement au succès de l'élaboration de programmes de PPP (partenariats public-privé) : existence de politiques explicites concernant les PPP, capacités institutionnelles appropriées, processus clairs d'identification des projets et d'allocation budgétaire, conduite d'études de faisabilité sérieuses sur les projets potentiels et mise en œuvre de procédures d'approbation rigoureuses et impartiales.**

*Cette section examine l'expérience acquise par les pays de référence et les pays partenaires méditerranéens dans l'élaboration de politiques et la création d'institutions favorisant les programmes de PPP. Les questions ci-après sont successivement abordées :*

- L'État dispose-t-il d'une politique claire désignant les PPP comme des outils importants pour la commande publique dans le domaine des infrastructures et pour le développement de celles-ci ?
- Quels organes participent à l'identification des projets et comment les questions budgétaires sont-elles abordées dans ce cadre ? Existe-t-il une procédure claire pour affecter des budgets à l'élaboration de projets en PPP et assurer de manière continue les paiements de la phase d'exploitation ?
- L'État a-t-il pris des mesures pour favoriser le recours aux PPP, comme la création d'organismes spécialisés et de services de conseil disposant de ressources financières et humaines suffisantes ?
- Différents niveaux de pouvoir (collectivités locales et non pas uniquement nationales) participent-ils à la passation de marchés de type PPP ou une telle répartition est-elle possible ?
- La faisabilité des projets en PPP qui sont proposés est-elle soigneusement étudiée et évaluée avant le lancement sur le marché ?
- Comment les projets peuvent-ils être mis en œuvre et suivis efficacement ?

**L'État dispose-t-il d'une politique claire désignant les PPP comme des outils importants pour la commande publique dans le domaine des infrastructures et pour le développement de celles-ci ?**

*Pays de référence*

**Dans plusieurs pays de référence, des politiques ciblées précisent le rôle des PPP dans les schémas nationaux d'infrastructures et orientent la mise en œuvre des programmes de PPP.** Au Royaume-Uni et en Afrique du Sud, plusieurs institutions gouvernementales (en particulier le ministère des finances et l'organe chargé des PPP) ont adopté des politiques qui prévoient que les PPP peuvent être utilisés dans les marchés d'équipements. Ces politiques indiquent quels sont les motivations et les buts de tels dispositifs, donnent des orientations d'ordre général sur les modalités d'élaboration des PPP et la passation des marchés liés par les administrations nationales et locales et précisent les secteurs dans lesquels ces programmes sont particulièrement encouragés. Contrairement à ce qui serait le cas avec des lois, ces politiques ne sont généralement pas contraignantes pour les acteurs concernés. Elles ont pourtant favorisé les synergies en normalisant les pratiques des différents secteurs et en assurant une meilleure coordination entre les parties prenantes concernées et les institutions.

**Les ministères de tutelle sont encouragés à élaborer des programmes de PPP dans le cadre plus général de leurs plans sectoriels de développement des infrastructures.** En Pologne, en Afrique du Sud et au Mexique, les États et les provinces jouissent d'une grande autonomie et, par conséquent, le recours aux PPP varie en fonction des intérêts locaux. Le ministère des finances joue néanmoins fréquemment un rôle clé dans la mise en pratique de la

politique gouvernementale et donne aux ministères de tutelle des orientations sur les modalités d'identification des projets et de passation des marchés.

### *Pays partenaires méditerranéens*

**La plupart des pays partenaires méditerranéens n'ont pas renforcé la législation sur les PPP par l'introduction de politiques claires pour coordonner la mise en œuvre de ces programmes.** Dans plusieurs pays, des lois sur les PPP sont déjà appliquées ou sont en cours d'élaboration (Égypte, Liban, Syrie et Jordanie). Cela montre que les PPP y sont considérés comme un moyen intéressant d'entreprendre les projets prioritaires qui ont été identifiés pour le développement des infrastructures nationales. Dans d'autres pays, la structure du PPP est régulièrement employée, mais il n'existe pas de lois spécifiques à ce sujet (Algérie, Tunisie, Maroc et Israël — même si, en Tunisie et au Maroc, la législation sur les concessions est relativement évoluée). Quoi qu'il en soit, pour la plupart des pays, il serait profitable de disposer de politiques plus claires précisant dans quelles situations et dans quels secteurs les marchés de type PPP sont une option efficace et donnant des orientations pratiques sur la manière de mettre en œuvre, étape par étape, un projet en PPP (en décrivant par exemple les phases d'identification, d'instruction et de surveillance). La Syrie, l'Égypte, le Maroc et l'Israël ont chacun élaboré un ensemble de dispositions précises sur les PPP. La Tunisie dispose quant à elle d'une politique particulièrement claire et pointue sur les PPP dans le domaine de l'économie numérique et a recours à ce dispositif dans d'autres secteurs.

#### **Encadré 6 : De l'importance des politiques de PPP**

**Dans de nombreux pays, des politiques sont mises en place en complément de la législation pour stimuler la création et le développement d'un réservoir de projets en PPP. Il peut par exemple exister un organisme gouvernemental qui fixe les règles des appels à la concurrence et les conditions générales des contrats, sans avoir véritablement d'autorité juridique à cet effet.** Les politiques de PPP poursuivent plusieurs buts. Elles précisent ce qui distingue les PPP des autres options existantes en matière de marchés de services d'infrastructures, décrivent ce qui motive leur adoption et donnent aux administrations nationales et aux collectivités locales des orientations générales sur la mise en œuvre de tels projets. Les acteurs concernés ne sont généralement pas contraints de respecter à la lettre ces politiques, qui ne constituent pas des dispositions législatives. Ces outils peuvent cependant favoriser de bonnes relations entre les secteurs concernés et les institutions en aiguillant leur coopération. Ils peuvent également contribuer à déterminer les secteurs prioritaires dans lesquels les programmes de PPP seront encouragés.

**Quels organes participent à l'identification des projets et comment les questions budgétaires sont-elles abordées dans ce cadre ? Existe-t-il une procédure claire pour affecter des budgets à l'élaboration de projets en PPP et assurer les paiements de la phase d'exploitation ?**

### *Pays de référence*

**Dans les pays de référence, la planification des infrastructures et la hiérarchisation des projets font l'objet d'une coordination centrale.** Les décisions les concernant sont prises par l'administration centrale en fonction des priorités nationales. L'identification et la planification des projets relèvent pour leur part de la compétence des ministères de tutelle et des collectivités locales. Des organes de contrôle tels que le Project Review Group (PRG) au Royaume-Uni se réunissent régulièrement pour les examiner et décider lesquels poursuivre.

**L'identification des projets s'inscrit normalement dans le cadre des programmes budgétaires pluriannuels établis par le ministère des finances.** Bien souvent, les lignes budgétaires prennent la forme de crédits de paiement financés par l'administration centrale, sont non remboursables et sont affectés à l'élaboration des projets et à la phase d'exploitation. C'est notamment le système employé en France. Au Royaume-Uni et en Pologne, les crédits de paiement sont d'ordinaire exclusivement accordés au titre de la phase d'exploitation. Lorsqu'ils ne souhaitent pas solliciter un financement de l'administration centrale, les pouvoirs adjudicateurs sont généralement libres de mener à tout moment des projets en PPP sur leurs

ressources propres. Cette formule est particulièrement répandue en Pologne et en France, où les collectivités locales bénéficient d'une grande autonomie.

### *Pays partenaires méditerranéens*

**Pour renforcer leur crédibilité et susciter l'intérêt des investisseurs, certains pays partenaires méditerranéens inscrivent les projets choisis dans un plan pluriannuel de PPP d'infrastructures.** Cette méthode peut également permettre de créer un solide réservoir de projets en PPP. Le Maroc donne un bon exemple de stratégie sérieuse de planification des besoins de développement nationaux. Ce pays a en effet élaboré un plan national de développement à cinq ans qui indique notamment les travaux d'équipement qui devront être réalisés.

**Dans la plupart des pays partenaires méditerranéens, les processus budgétaires correspondent aux normes admises et sont institutionnalisés, une pratique qui pourrait toutefois être renforcée.** Généralement, tout comme dans les pays de référence, les ministères de tutelle soumettent leurs propositions de budget au ministère des finances. La prise de décision est très centralisée en matière budgétaire, ce qui permet un contrôle robuste des finances publiques. Il convient de distinguer (i) les budgets annuels ordinaires des ministères de tutelle et (ii) les budgets spéciaux affectés aux grands projets d'importance stratégique nationale. Les projets individuels revêtent une importance particulière en Jordanie, pays qui possédait jusqu'au début de l'année 2011 un ministère spécial chargé de les administrer (le ministère des grands projets). Si cette démarche permet de concentrer les efforts et les ressources sur des projets stratégiques, elle présente également un risque de chevauchement des responsabilités et pourrait entraîner des doublons avec les tâches des autres parties prenantes des PPP. Au Liban, l'établissement du budget annuel est entravé par les nombreux retards dans les procédures parlementaires, ce que l'on pallie, en pratique, en reconduisant provisoirement le budget de l'année précédente.

**La norme est que les ministères de tutelle identifient les projets de PPP et les financent sur leurs ressources propres.** Lorsque le projet est proposé par une autre collectivité, par exemple une commune, le ministère de tutelle est généralement amené à le cofinancer. Les projets présentés par les régions ou les communes peuvent être appuyés par des fonds locaux, pour autant que les collectivités bénéficient d'une certaine autonomie budgétaire, outre les budgets ministériels.

**Les procédures ordinaires de préparation et de présentation des budgets nationaux ne mettent pas nécessairement en avant les PPP et ne prévoient pas toujours d'affecter des fonds spéciaux à ces projets,** sauf lorsqu'ils sont partie intégrante de la politique de financement des infrastructures publiques, comme, par exemple, au Maroc et en Syrie. Dans certains cas, lorsqu'un ministère possède une riche expérience des marchés de PPP, un programme distinct de projets de PPP est établi et assorti d'un budget, ce qui est notamment le cas dans le secteur de l'eau en Algérie et celui de l'énergie en Égypte.

**Dans tous les pays partenaires méditerranéens, le ministère des finances joue un rôle clé dans l'approbation des budgets relatifs aux projets en PPP.** On peut estimer que les projets en PPP augmentent la dette nationale dans la mesure où le pays s'engage à procéder à une série de paiements sur le long terme. Il importe donc de bien calculer les coûts du projet proposé de sorte à permettre aux organismes publics de décider du budget et de l'approuver en connaissance de cause.

**Dans la plupart des pays partenaires méditerranéens la préparation et la budgétisation des projets en PPP doivent être améliorés.** Pour ce faire, il conviendrait de préparer avec soin, pour chaque projet, un modèle économique détaillé fondé sur une évaluation précise des coûts, des avantages et des risques. On pourrait aussi encourager la création d'un budget spécial « PPP », lequel pourrait être géré de manière centralisée pour tous les secteurs par le ministère des finances, ou délégué aux ministères de tutelle intéressés, comme dans les pays de référence. Afin d'assurer une plus grande certitude quant à la disponibilité de ressources, à la bonne gestion du budget et à l'existence d'un processus uniforme encourageant les pouvoirs adjudicateurs à procéder à des appels à la concurrence, les pays partenaires méditerranéens

pourraient envisager de mettre en place un système de crédits de paiement pour les PPP, qui serait financé de manière centralisée et placé sous la houlette du ministère des finances.

**L'État a-t-il pris des mesures pour favoriser le recours aux PPP, comme la création d'organismes spécialisés et de services de conseil disposant de ressources financières et humaines suffisantes ?**

*Pays de référence*

**Nombre d'États ont créé des organes centraux chargés de faire avancer les politiques appropriées et les programmes de PPP.** Tous les pays de référence, sauf la Pologne, disposent de tels services (ou de centres d'expertise sur les PPP). Ces instances ont fait la preuve de leur utilité pour normaliser les pratiques et favoriser le développement des PPP.

**En mettant en place de tels services de conseil spécialisés – notamment des organes centraux –, les pays de référence ont pu assurer une meilleure coordination intersectorielle et une plus grande efficacité de la commande publique.** Ces organes consultatifs techniques peuvent contribuer à la bonne coordination de la phase de préparation des projets. Ils aident également à maintenir la cohérence intersectorielle de la rédaction des contrats et de l'affectation des risques, tout en ménageant des exceptions pour certains secteurs ou projets. Ils favorisent ainsi une plus grande efficacité dans la passation des marchés liés aux projets.

**Encadré 7 : Avantages et fonctions d'un organe chargé des PPP**

- Élaboration des politiques de PPP et diffusion des meilleures pratiques
- Identification des projets
- Planification et établissement des priorités pour les projets en PPP et programmes de PPP
- Communication d'orientations, appui à la passation des marchés et aux pouvoirs adjudicateurs
- Rôle de centralisation des connaissances

**Lorsqu'ils passent des marchés de type PPP, les pouvoirs adjudicateurs bénéficient habituellement de l'appui et des conseils de l'organe chargé des PPP ou d'un autre centre d'expertise centralisé.** Ce soutien prend des formes diverses : manuels, formations, diffusion d'informations sur des sites Web (au Mexique par exemple, un site a été créé pour informer sur les projets), ou encore centres d'assistance. En Angleterre, Infrastructure UK exerce également une activité de conseil aux projets.

**Souvent, les pays qui ont atteint un stade avancé de développement dans la mise en œuvre de PPP ont créé des unités sectorielles spécialisées en PPP au sein des pouvoirs adjudicateurs.** Il y a souvent lieu d'adapter les orientations des organes centraux à la lumière des spécificités techniques, juridiques, institutionnelles et sociales du secteur considéré. Cela permet de rassurer les investisseurs, bailleurs de fonds et exploitants des projets, en tenant compte de leurs préoccupations dans les contrats et les procédures de PPP propres au secteur. Cette démarche a notamment été adoptée dans les secteurs de la santé et de l'éducation au Royaume-Uni et pour les universités en France.

**Habituellement, les organes chargés des PPP ne s'impliquent pas directement dans la passation des marchés ni dans le suivi et la gestion des projets, responsabilités qui incombent aux ministères de tutelle ou aux collectivités locales.** Cela encourage les ministères et collectivités à participer, avec, à la clé, une responsabilisation accrue des acteurs locaux et une meilleure diffusion des connaissances et des bonnes pratiques. Les organes chargés des PPP ont une fonction générale de contrôle et de surveillance. Au Mexique par exemple, les États fédéraux doivent soumettre leurs projets à l'organe en charge des investissements, pour examen technique, avant approbation éventuelle de l'administration

centrale. Les organes chargés des PPP peuvent participer à la passation des marchés dans certains cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de secteurs stratégiques. Ainsi, au Royaume-Uni, Partnerships UK (PUK), aujourd'hui appelé Infrastructure UK (IUK), a fourni son appui à certains grands projets dans le domaine de la défense. Au cours de la phase opérationnelle, le suivi et la gestion des projets sont généralement confiés aux pouvoirs adjudicateurs, même si ces derniers peuvent bénéficier, au cas par cas, des conseils de l'organe chargé des PPP, notamment en s'adressant aux services d'assistance ou via des sites Web interactifs.

### *Pays partenaires méditerranéens*

**Là où l'État estime que les PPP sont une option pour la commande publique, une entité institutionnelle a été créée à l'appui de la mise en œuvre de tels programmes.** C'est habituellement un organe chargé des PPP ou une structure équivalente qui, pour les projets en PPP, conseille les ministères de tutelle et les collectivités locales sur les différents aspects techniques de l'identification, de l'instruction et de la passation des marchés. On trouve par exemple un organe central des PPP en Égypte et, depuis peu, en Syrie (organe qui devient un « bureau » au titre de la nouvelle loi sur les PPP). La Tunisie a pour sa part créé un organe chargé des concessions, lequel n'a cependant pas encore beaucoup participé à la mise en œuvre de PPP. La Jordanie possède un service de conseil aux PPP relevant à la fois de la commission exécutive sur les privatisations et du conseil des privatisations. Ces organismes, considérés comme un riche réservoir de compétences, jouent un rôle essentiel dans le lancement des projets et la passation des marchés. Ils ont même dans certains cas dirigé les appels d'offres à la place du ministère de tutelle concerné (notamment pour l'aéroport international Queen Alia). Le Maroc a récemment pris une décision importante dans l'acquisition de compétences institutionnelles en annonçant la création d'un organe chargé des PPP, lequel bénéficierait des services de conseil de la Banque mondiale et d'Infrastructure UK.

**Les grandes fonctions des organes chargés des PPP (approbation des projets, aide à la définition des programmes de PPP et diffusion des bonnes pratiques) sont semblables à celles de leurs homologues dans les pays de référence.** Elles incluent aussi souvent une participation très active à la fourniture de services de conseil et à la passation des marchés (voir l'exemple de la Jordanie ci-dessus). Il importe alors que ces organismes possèdent une bonne compréhension des questions sectorielles. Pour traiter ces problématiques, il est également possible d'intégrer des unités de conseil en PPP aux ministères de tutelle les plus fortement impliqués dans ce type de programmes. Les ministères peuvent alors échanger des connaissances par le biais de l'organe central chargé des PPP, qui agit comme une structure de coordination. Dans des pays tels que l'Algérie, l'Égypte et la Jordanie, plusieurs ministères ont déjà acquis une riche expérience de la passation des marchés et sont relativement autonomes sur ce plan. Mais lorsque les capacités sont réduites, il faut éviter l'atomisation des compétences. Dans de telles situations, l'on pourrait sans doute envisager que les agents des ministères concernés s'impliquent dans les centres d'expertise de façon à faciliter le partage de connaissances.

**Les organes consultatifs centraux chargés des PPP disposent généralement de ressources humaines et financières limitées et il conviendrait de renforcer leurs capacités.** Le gouvernement et les institutions financières internationales (IFI) ont incontestablement un rôle à jouer dans le renforcement du potentiel institutionnel. Cet investissement est déjà fait dans certains pays, notamment dans le cadre d'un soutien financier multilatéral ou bilatéral tel que celui apporté au Maroc (voir ci-dessus). En Égypte, il est proposé d'appliquer un prélèvement sur les projets en PPP lorsque ceux-ci fonctionnent bien, afin de financer le renforcement futur des capacités.

**Dans un certain nombre de pays, il existe plusieurs organismes consultatifs qui jouent un rôle important dans la mise en œuvre des programmes de PPP.** On observe de tels chevauchements de fonctions en Jordanie, au Liban, au Maroc et en Israël. Il est recommandé de mettre en place un cadre institutionnel clair favorisant une gestion efficace des projets. Un seul organe chargé des PPP devrait prendre la tête de l'ensemble du processus consultatif.

**Dans certains cas, tel ou tel ministère de tutelle dispose d'une assez grande indépendance dans la mise en œuvre des projets en PPP, tandis que dans d'autres cas,**

**l'administration centrale joue un rôle accru.** Il arrive que des ministères aient une expérience des marchés en PPP dans leur secteur, par exemple pour ce qui est de l'approvisionnement en eau (Algérie), des transports (Jordanie) et de la production électrique (Algérie, Égypte et Tunisie). Il existe alors souvent des lois ou règlements sectoriels sur les PPP permettant au ministère compétent d'intervenir sur ce plan. Ce dernier doit alors acquérir les capacités organisationnelles nécessaires pour gérer un réservoir de projets. Dans les autres cas, lorsque les PPP sont introduits dans de nouveaux secteurs ou lorsque cette approche est nouvelle dans le pays, l'administration centrale peut stimuler la participation des ministères de tutelle en créant, en leur sein, des unités spécialisées dans les PPP. En Égypte, un organe d'appui chargé des projets en PPP dans le domaine de la santé a ainsi été créé en partenariat avec une université, cependant qu'en Syrie, des organismes centraux chargés des PPP ont été mis en place dans plusieurs ministères (transports et énergie, notamment).

**Différents niveaux de pouvoir (collectivités locales et non pas uniquement nationales) participent-ils à la passation de marchés de type PPP ou une telle répartition est-elle possible ?**

#### *Pays de référence*

**Les collectivités locales, et notamment les communes, disposent souvent d'une grande autonomie pour lancer des projets en PPP tandis que l'administration centrale conserve son rôle pour les projets stratégiques.** Cela est particulièrement vrai en Pologne, au Mexique et en France, pays qui ont toujours encouragé constitutionnellement la prise de décisions locale. Dans tous les pays de référence, il est fréquent que les projets soient à l'initiative des collectivités locales et notamment des communes. Certains disposent d'organismes chargés de partager l'expérience territoriale et de diffuser les bonnes pratiques. Au Royaume-Uni par exemple, IUK et les collectivités locales elles-mêmes ont créé Local Partnerships en vue de fournir, dans un large éventail de secteurs, des conseils et de l'assistance technique aux collectivités souhaitant conclure des marchés en PPP. La Pologne et la France ont pris des initiatives semblables. Il s'ensuit que, dans les pays de référence, les programmes de PPP affichent une saine ventilation entre les projets des collectivités locales, au caractère plus social (santé, éducation, gestion des déchets), et ceux de l'administration centrale, généralement d'ordre stratégique (grandes liaisons de transport, défense).

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**Dans la plupart des pays partenaires méditerranéens, l'administration centrale pilote la mise en œuvre des programmes de PPP et des projets en PPP.** Des comités interministériels de haut niveau y ont été créés pour examiner les projets soumis par les ministères de tutelle, ce qui témoigne de l'importance politique des PPP. Ces comités sont généralement constitués de représentants de tous les ministères intéressés, y compris ceux des finances et de l'intérieur ainsi que les ministères de tutelle des secteurs concernés (par exemple transports, eau, télécommunications). Ils jouent un rôle de filtre politique au plus haut niveau. Dans les pays où le recours au partenariat public-privé est déjà bien établi – Maroc, Liban, Jordanie, Égypte et Israël par exemple –, ils sont placés directement sous la responsabilité du bureau du Premier ministre. Dans le cas de la Syrie, qui développe un nouveau programme en ce domaine, l'organe chargé des PPP relève du bureau du vice-Premier ministre. Le projet de loi de la Syrie sur les PPP prévoit que le comité économique (constitué du vice-Premier ministre et d'autres ministres) exercera un contrôle direct sur le programme de PPP, agissant comme un Conseil du PPP. De manière générale, les comités en charge des PPP ont comme principale fonction d'approuver les projets. Ils sollicitent également des rapports d'étape sur ceux en préparation ou en cours.

**L'implication des administrations locales dès les premiers stades de l'élaboration des projets s'est révélée utile pour faciliter la mise en œuvre des projets.** Même si les collectivités locales peuvent manquer d'autonomie budgétaire et de capacités techniques et n'avoir que des pouvoirs limités, elles jouent un rôle important dans la représentation des

intérêts des populations locales. Elles pourraient être davantage informées des possibilités en matière de PPP et intéressées à ce système, comme cela a été fait avec succès dans les pays de référence. On pourrait également envisager de créer des organismes qui leur seraient rattachés afin de leur permettre de participer aux initiatives de PPP lancées par l'administration centrale et de les encourager à communiquer les perspectives et priorités locales aux décideurs de l'administration centrale. Un dialogue constructif s'établirait ainsi au bénéfice des politiques et des pratiques de PPP. Seules les plus grandes villes (par exemple, le Grand Amman en Jordanie) ne connaissent pas de tels besoins. Dans la plupart des cas, même lorsque les collectivités locales ont le pouvoir de s'impliquer, leur participation demeure limitée. La Syrie et l'Algérie font figure d'exception : il semble que les collectivités locales s'y montrent très intéressées.

**La faisabilité des projets en PPP qui sont proposés est-elle soigneusement étudiée et évaluée avant le lancement sur le marché ?**

#### *Pays de référence*

**Avant de proposer un projet au marché, les pouvoirs adjudicateurs préparent un modèle économique. Celui-ci est affiné au cours de la phase d'élaboration, puis réexaminé à différentes étapes.** Le modèle économique est généralement d'abord présenté sous forme de résumé pour examen par les organismes extérieurs (voir ci-dessous pour connaître le processus d'instruction). Il est ensuite complété avec des informations détaillées avant d'être de nouveau soumis pour une évaluation approfondie. Dans tous les pays de référence, un certain nombre d'aspects y sont examinés : i) la faisabilité technique, y compris la disponibilité des ressources foncières, ce qui implique une première série de permis environnementaux et d'aménagement du territoire ; (ii) la faisabilité économique, ce qui requiert souvent une analyse coûts-avantages pour déterminer quels avantages économiques et sociaux seront obtenus au regard des coûts nécessaires ; (iii) l'analyse des risques, qui doit déterminer ceux qui seront transférés au secteur privé et les grandes lignes des conditions contractuelles ; (iv) les éléments financiers, notamment du point de vue de l'accessibilité financière pour l'autorité concernée, cette évaluation supposant de calculer les subventions d'exploitation éventuellement nécessaires et d'utiliser un « comparateur public » (le *Public Sector Comparator*, PSC, britannique) afin d'expliquer pourquoi le PPP est préféré ; et (v) les aspects juridiques, l'objectif étant de s'assurer que toutes les approbations nécessaires ont été obtenues et qu'aucun obstacle juridique ne s'oppose au projet. L'encadré 8 ci-dessous résume ces différents volets. Les modèles économiques détaillés peuvent inclure un modèle d'offre fictif (« shadow bid model »), une analyse de la bancabilité et une présentation du traitement comptable prévu pour le futur PPP.

#### **Encadré 8 – Principaux éléments pour une étude de faisabilité ou modèle économique de qualité**

- Faisabilité technique – plans, viabilisation du site, approbations environnementales
- Faisabilité économique – analyse coûts-avantages
- Analyse des risques – allocation des risques entre le secteur privé et le secteur public
- Évaluation financière – accessibilité financière, bancabilité, questions fiscales et comptables
- Analyse juridique

**L'existence de procédures normalisées pour l'élaboration des modèles économiques permet de mener l'instruction des projets de manière efficiente et d'apaiser les craintes des soumissionnaires intéressés.** Si la phase d'élaboration n'est pas suffisamment approfondie, le projet risque d'être retardé et pourrait même être annulé au cours de la procédure d'appel d'offres. De surcroît, les projets bien préparés ont la préférence des soumissionnaires du secteur privé car ils réduisent les coûts d'adjudication et garantissent qu'il

sera moins long et moins onéreux de parvenir à l'étape de sélection du soumissionnaire qui précède l'audit et le bouclage financier.

**Plusieurs pays de référence testent et informent le marché au moyen de notes d'information sur les projets et de « journées des soumissionnaires ».** La note d'information définit la portée du projet et présente un modèle économique. Les candidats soumissionnaires peuvent, sur cette base, faire part de leur intérêt et soulever, s'il y a lieu, les problèmes que le pouvoir adjudicateur pourrait devoir examiner avant de lancer une invitation à soumissionner en bonne et due forme. Une chambre de consultation des données est créée dans laquelle sont rassemblés tous les documents ayant trait aux différents marchés, tels que titres de propriété et études environnementales et techniques. Un certain nombre de documents – contrats types, notamment – sont également mis à disposition sur le Web. Cette méthode est celle habituellement employée dans les pays de référence. Elle est particulièrement utile lorsque le projet est complexe techniquement ou présente plusieurs caractéristiques inhabituelles et innovantes qui doivent être expliquées aux candidats soumissionnaires.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**Il est fréquent que des projets mal préparés doivent être restructurés voire abandonnés au stade de l'invitation à soumissionner, ce qui engendre des retards et perturbe le marché.** Dans plusieurs cas, des projets de grande taille et politiquement sensibles ont ainsi dû être annulés à un moment ou un autre de la passation des marchés, par manque de préparation. C'est par exemple ce qui s'est passé avec le projet relatif aux écoles égyptiennes, en 2007, considéré comme trop important et ambitieux compte tenu du développement du marché et que les autorités sont en train de revoir à la baisse afin de le rendre plus gérable.

**Les capacités institutionnelles nécessaires à la bonne élaboration des projets sont souvent insuffisantes. Il convient de les renforcer pour attirer les investisseurs et éviter les renégociations au stade d'exploitation.** Pour ce faire, les services de conseil et l'assistance technique peuvent être des outils utiles, notamment par le biais du soutien des IFI et le financement des donateurs. Mais, pour qu'un certain niveau de compétence soit maintenu, des financements récurrents suffisants doivent être mobilisés à long terme. Une contribution annuelle de l'administration centrale ou des budgets ministériels peut notamment être envisagée à ce titre. Certains pays tels que l'Égypte et la Syrie envisagent également d'appliquer un prélèvement sur les opérations relatives aux projets afin de compenser les coûts assumés par l'État pour leur élaboration. Les programmes d'échanges de connaissances existant dans la région pourraient également contribuer à l'établissement de meilleures pratiques et d'un socle d'enseignements.

**L'absence de normalisation des pratiques et de la documentation ralentit souvent l'élaboration des projets et nuit à la qualité des modèles économiques.** Cette situation s'explique parfois en partie par le développement encore embryonnaire des marchés de PPP, lequel se traduit par un manque de moyens et de ressources chez les pouvoirs adjudicateurs et des ministères. Il semble par exemple que peu de pays aient établi un taux d'actualisation standard aux fins de l'évaluation économique (et de la comparaison des soumissionnaires). Certains (Égypte et Israël) emploient utilement des comparateurs publics pour comparer et chiffrer les projets. Cette pratique semble peu répandue ailleurs.

**Lorsqu'il existe dans certains secteurs une solide expérience de l'élaboration des projets et de la commande publique, les meilleures pratiques devraient être institutionnalisées et transmises aux autres secteurs.** En Algérie, par exemple, les projets de dessalement sont menés par le ministère compétent avec une grande autonomie et selon une procédure quasiment systématique. En Jordanie et en Égypte, les ministères chargés du secteur énergétique ont également acquis une importante somme de compétences. Il serait utile au programme de PPP global du pays que soit créé un centre de compétence rassemblant les connaissances acquises en vue de leur application à d'autres projets ou secteurs. Il conviendrait aussi de programmer les projets de manière à créer des synergies dans et entre les secteurs, et à faire, d'une part, qu'il existe un potentiel institutionnel suffisant pour gérer le flux d'opérations et, d'autre part, que soient présents sur le marché suffisamment d'acteurs compétents intéressés par les appels d'offres.



**L'expérience montre que, lorsque le PPP est introduit dans un nouveau pays ou secteur, les projets d'une complexité raisonnable sont ceux qui réussissent le mieux.** Il se révèle souvent productif de développer des compétences dans un secteur particulier et d'y acquérir une bonne réputation sur le marché. Les projets ambitieux de trop grande envergure risquent d'être difficiles à réaliser si la capacité institutionnelle et les compétences n'ont pas été renforcées. Dans plusieurs pays – Égypte, Jordanie et Tunisie notamment – certains grands projets ont ainsi dû être abandonnés au cours des dernières années en raison de leur taille et de leur complexité.

### Quels sont les éléments essentiels de la procédure d'évaluation de projet ?

#### *Pays de référence*

**L'évaluation du projet est habituellement menée par plusieurs institutions entretenant des liens hiérarchiques.** Le projet est d'abord examiné par le pouvoir adjudicateur et le ministère de tutelle concerné, puis par l'organe chargé des PPP et le ministère des finances, dans le cadre d'audits d'étape (*gateway reviews*). La procédure s'achève par l'approbation officielle d'un comité interministériel. Au Royaume-Uni, par exemple, un comité de l'administration centrale se fonde sur le travail de l'organe chargé des PPP pour évaluer en détail les aspects économiques, financiers, juridiques et techniques du projet. En France, c'est l'organe chargé des PPP qui s'en acquitte.

**Les ministères de tutelle sont tenus de suivre les orientations et les procédures de l'administration centrale et doivent également recevoir l'aval du ministère des finances pour mettre en œuvre les projets qu'ils financent.** L'exemple du Mexique est intéressant : les ministères doivent soumettre une documentation justificative détaillée du projet à l'« unité des investissements », qui relève de l'administration centrale.

**Avant de le soumettre à l'approbation de l'administration centrale, les ministères de tutelle comme les pouvoirs adjudicateurs doivent d'abord s'assurer que le projet en PPP est solide.** Ils procèdent habituellement à cette vérification avec l'aide de leurs équipes techniques et, le cas échéant, de l'unité interne chargée des PPP. Des négociations doivent souvent être menées pour modifier le projet à la lumière des avis et conseils émanant des ministères avant qu'il ne soit considéré suffisamment solide pour être soumis au comité de l'administration centrale pour approbation finale.

**Les organes interministériels fournissent un soutien politique et veillent à la bonne coordination entre les organismes.** Dans de nombreux cas, on crée un comité pour examiner les projets soumis à l'approbation des ministères de tutelle. Ce comité est généralement constitué de représentants des différents ministères intéressés, y compris ceux des finances et de l'intérieur, et des ministères de tutelle des secteurs concernés (transports, eau, télécommunications). Le comité doit veiller à ce que chaque projet important qui lui est soumis soit examiné de manière juste et transparente. De cette manière, les projets d'importance marginale, dont les avantages économiques et sociaux sont peu évidents, seront écartés et des critères budgétaires stricts seront appliqués. Pour prendre ses décisions, le comité s'appuie à chaque fois sur les rapports techniques qui lui sont soumis par le ministère concerné et l'organe chargé des PPP. L'encadré 9 ci-dessous énumère les principaux acteurs participant généralement aux procédures d'approbation et précise les étapes les plus courantes de ces dernières.

#### Encadré 9 – Procédures d'approbation

##### Principaux acteurs

- Ministère de tutelle - collectivité locale
- Organe chargé des PPP
- Ministère des finances
- Organe interministériel

#### Principales procédures d'approbation

- Approbation de l'option retenue pour la commande publique et acceptation du comparateur public utilisé
- Approbation de l'étude de faisabilité ou du modèle économique (évaluation financière et économique)
- Test d'accessibilité ; approbation de la contribution publique et du traitement comptable
- Approbation par le pouvoir adjudicateur si le marché a été négocié par un autre organisme
- Approbation du contrat et des modifications apportées au modèle-type
- Approbation au niveau politique

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**Avant de recevoir l'aval de l'administration centrale, les pouvoirs adjudicateurs doivent obtenir l'approbation technique de l'organe chargé des PPP ou de la structure équivalente.** Dans la plupart des cas, un accord de haut niveau des comités gouvernementaux placés sous l'autorité du Premier ministre et représentés dans les ministères de tutelle est également requis.

**Les procédures d'approbation doivent être plus rigoureuses.** De manière générale, il semble que, si les procédures d'approbation appliquées dans les pays partenaires méditerranéens sont adaptées et bien établies, elles pourraient être plus détaillées et plus rigoureuses pour ce qui est du format et de l'exhaustivité des documents obligatoires et facultatifs à fournir.

**Le ministère des finances joue un rôle déterminant dans l'approbation des projets et les pouvoirs adjudicateurs doivent lui soumettre des modèles économiques convaincants.** Des modèles exhaustifs, détaillés et bien argumentés inciteront le ministère des finances à approuver le projet en toute confiance et lui permettront d'en évaluer précisément les conséquences futures pour les finances nationales.

**Les organes centraux chargés des PPP sont souvent représentés à titre consultatif dans les comités interministériels d'approbation.** Dans des pays comme la Syrie et l'Égypte, l'organe chargé des PPP est considéré comme faisant partie intégrante du processus décisionnel. Il est représenté dans le comité interministériel dont il peut éclairer les délibérations. Cette contribution à la réflexion ne signifie pas qu'il participe directement aux décisions et il ne possède généralement pas de droit de vote à ce titre.

#### Quels organismes participent à la passation des marchés ?

#### *Pays de référence*

**Le pouvoir adjudicateur dirige la procédure d'appel à la concurrence. Il n'a généralement pas à faire appel à l'organe central chargé des PPP, en particulier lorsque les compétences sectorielles sont suffisantes.** Il existe donc un partage clair des responsabilités entre les deux autorités. Le pouvoir adjudicateur peut être une collectivité locale (commune, notamment) ou un ministère de tutelle. L'organe chargé des PPP n'intervient que pour les projets les plus importants et stratégiques, généralement à titre de conseiller du ministère intéressé.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**L'organe central chargé des PPP participe souvent activement à la passation des marchés, les collectivités publiques n'ayant généralement pas une expérience suffisante du lancement de projets en PPP.** Cela est particulièrement vrai lorsque la méthode utilisée est relativement nouvelle. À mesure que le programme se développe, des problèmes de capacité commencent à se poser, ce qui nécessite de renforcer les compétences des ministères de tutelle. Il est intéressant de noter qu'en Syrie, les organismes de soutien aux PPP sont conçus

dès le départ de manière à laisser le champ libre à la création, dans les ministères, d'unités satellites spécialisées. Ainsi, la Syrie tire parti de l'expérience des autres pays en lançant son programme de PPP au milieu de la courbe d'apprentissage. Il convient de veiller à affecter des ressources humaines suffisantes à l'organe central chargé des PPP comme aux unités spécialisées des ministères de tutelle.

**Dans certains secteurs cependant, les ministères de tutelle possèdent des compétences plus pointues en matière de passation des marchés et l'intervention des organes centraux est donc moindre.** C'est ce qui est observé en Algérie, en Égypte et, dans une certaine mesure, en Jordanie et en Tunisie. En Égypte, le ministère de l'électricité et de l'énergie a passé des marchés pour plusieurs projets sans que l'organe central ne soit sollicité. Le fait qu'il existe une loi sur les marchés en PPP dans le secteur de l'énergie est un facteur favorable et le pays possède une expérience pratique qui permet de passer efficacement de nouveaux marchés dans le domaine de la production d'électricité.

**Les collectivités locales participent peu à la passation des marchés. Leur participation pourrait être accrue, ce qui assurerait leur adhésion aux projets et améliorerait la qualité de l'encadrement des parties prenantes durant la phase d'exploitation.** Comme indiqué plus haut, les capacités des administrations locales peuvent encore être renforcées. Certes, l'administration centrale devra continuer d'intervenir, au moins pour fournir la garantie de l'État aux paiements, mais l'implication des collectivités locales permettra d'élargir la base de consultation et de mobiliser un soutien politique et économique aux projets en PPP. Il s'agit d'un aspect particulièrement important si le projet est financé pour tout ou partie par des recettes dépendant d'un tarif fixé en local.

### **Comment les projets peuvent-ils être mis en œuvre et suivis efficacement ?**

#### *Pays de référence*

**Une fois menée à bien la passation d'un marché en PPP, les pouvoirs adjudicateurs assument généralement seuls la mise en œuvre du projet.** Il s'agit notamment d'assurer la gestion du contrat, de veiller à ce que le mécanisme de paiement soit appliqué et de négocier d'éventuels aménagements contractuels. Il se peut cependant que l'administration centrale continue de surveiller l'évolution et les résultats du portefeuille national de projets en PPP, par le biais d'une autorité de réglementation économique sectorielle ou de l'organe étatique d'audit. L'organe central chargé des PPP ne participe généralement pas à ce suivi. Au Royaume-Uni, une autorité de réglementation économique, Monitor, surveille de nombreux grands hôpitaux britanniques et sera chargée d'évaluer la performance financière des contrats en PPP une fois qu'ils seront en place.

**Les pouvoirs adjudicateurs nomment des gestionnaires de contrats.** Souvent, ces gestionnaires disposent de compétences générales dans le domaine de l'administration, de la gestion immobilière ou de la commande publique. Ils ne reçoivent habituellement pas de formation spécialisée, mais peuvent se fonder sur des orientations communiquées par l'organe chargé des PPP ou le ministère tutelle.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**Comme dans les pays de référence, l'organe chargé des PPP ne participe généralement pas à la mise en œuvre des projets, laquelle relève du pouvoir adjudicateur.** Il apparaît cependant intéressant que cette instance se voie confier une fonction de suivi et qu'elle collecte les données d'expérience et les enseignements au bénéfice des autres collectivités qui passent des marchés en PPP ou les mettent en œuvre.

**Des ressources seront nécessaires dans les ministères de tutelle pour soutenir la mise en œuvre des projets et la gestion des contrats en PPP.** Le coût de la gestion post-achèvement des projets devrait être intégré aux modèles économiques et pris en compte dans

le budget établi par le ministère intéressé. Il serait également efficace de mettre en place des programmes de formation, qui pourraient relever de la responsabilité de l'organe central chargé des PPP.

#### **Questions d'ordre institutionnel – recommandations et facteurs de réussite**

##### **Politiques**

- Établir une politique précisant les avantages des PPP et les circonstances dans lesquelles il convient de les employer. En assurer une large diffusion pour encourager l'identification et la mise en œuvre de projets dans les secteurs prioritaires.

##### **Cycle de vie des projets**

- Investir dans les capacités organisationnelles et l'apport de conseils techniques solides afin de s'assurer que les projets sont faisables et bien préparés avant la passation des marchés. Il convient de conclure des accords de faisabilité, durant l'élaboration des projets, d'établir des spécifications détaillées sur les résultats attendus, de procéder à une analyse des risques et à une évaluation économique, de viabiliser le site, et d'obtenir une autorisation générale d'aménagement ainsi que les permis environnementaux.
- Fournir aux autorités des informations et des conseils pour une passation de marchés efficace, notamment en leur communiquant des contrats-types et des exemples de bonnes pratiques et en les aidant dans la nomination des conseillers.
- S'assurer que le budget des projets est correctement établi dès le départ et que tout soutien financier apporté par l'administration centrale au pouvoir adjudicateur est au bénéfice exclusif du projet.

##### **Prise de décisions en matière de PPP**

- Créer un organe gouvernemental central réunissant des représentants des ministères et chargé d'examiner et d'approuver les projets.
- Encourager les ministères de tutelle qui prévoient de mettre en œuvre de vastes programmes de PPP à se constituer des capacités internes pour élaborer les projets et passer les marchés y afférents.
- S'assurer que des normes exigeantes sont appliquées à la préparation des modèles économiques et que des budgets fiables sont établis.
- Encourager les collectivités locales à identifier les projets en PPP, à les promouvoir et à coopérer avec les ministères compétents pour favoriser une passation efficace des marchés.

##### **Organes chargés des PPP**

- Mettre en place un organe central chargé des PPP et plus particulièrement :
  - de diffuser les politiques et les meilleures pratiques ;
  - d'examiner les projets et d'apporter son appui aux pouvoirs adjudicateurs ;
  - de planifier les projets de PPP et de les classer par ordre de priorité dans le cycle budgétaire, en fonction des secteurs considérés.

#### 4. CADRE LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE

La clarté et la sécurité du système législatif et réglementaire d'un pays sont des conditions nécessaires à la réussite d'un programme de partenariat public-privé (PPP). L'existence d'une loi sur les PPP peut contribuer à rendre un pays attrayant pour les investisseurs en ce qu'elle enrichit ou clarifie le cadre législatif applicable aux partenariats public-privé. Cela permet également d'éviter d'avoir à s'appuyer sur des lois générales qui n'ont rien de spécifique et d'adapté aux PPP. Investisseurs et bailleurs de fonds chercheront à être rassurés par l'existence d'une loi applicable à leurs contrats qui leur procure une protection adaptée et par la possibilité de régler les litiges de façon impartiale et efficace.

La présente section expose les aspects et la base juridiques des PPP et examine les questions suivantes :

- Pourquoi un pays a-t-il intérêt à bâtir un cadre législatif sûr et attrayant pour les PPP ?
- Le cadre législatif définit-il suffisamment le rôle et les prérogatives des pouvoirs adjudicateurs ?
- Les bailleurs de fonds et les investisseurs seraient-ils satisfaits de la législation applicable aux projets et aux contrats financiers relatifs aux PPP ?
- Les bailleurs de fonds et les investisseurs peuvent-ils se satisfaire du système judiciaire et du système de règlement des différends commerciaux du pays ?

**Pourquoi un pays a-t-il intérêt à bâtir un cadre législatif sûr et attrayant pour les PPP ?**

*Pays de référence*

**L'existence d'une loi spécifique aux PPP évite les difficultés qui peuvent survenir en présence de plusieurs lois applicables à ces marchés.** Il peut y avoir, par exemple, une combinaison de lois spécifiques à un secteur ou un besoin de lois spécifiques à un projet. Il n'est pas nécessairement problématique qu'il y ait des régimes différents pour différents types de modèles de PPP – il suffit d'établir clairement quelle loi s'applique à quel modèle en laissant peu de place à l'interprétation (s'il existe une loi distincte pour les concessions, par exemple, on doit savoir avec certitude si cette loi s'applique à tel projet, fût-ce avec une part de risque liée à l'utilisation ou à la demande). Une loi qui traite spécifiquement des PPP permet d'éviter d'avoir à s'appuyer sur l'interprétation incertaine de lois régissant la commande publique pour les marchés d'équipements en général ou les marchés de biens et services. L'exemple polonais en démontre l'importance. Le pays a adopté en 2009 une loi sur les PPP pour remplacer celle de 2005, très critiquée. Il dispose également d'une loi sur les concessions et d'une loi générale sur la commande publique. Il n'est pas toujours aisé de distinguer quelle loi doit s'appliquer à un projet particulier et cela peut créer des difficultés au fur et à mesure du déroulement du programme de PPP.

**L'adoption d'une législation spécifique sur les PPP a facilité le développement des PPP dans certains des pays de référence.** Des législations spécifiques sur les PPP ont été adoptées, par exemple, en France (ordonnance du 17 juin 2004), en Afrique du Sud (Treasury Regulation 16 (réglementation prise en application du Public Finance Management Act 1999 (PFMA)) et en Pologne (loi sur les PPP). Au Mexique, des propositions de loi fédérale spécifique sur les PPP ont été présentées au pouvoir législatif à la fin de 2009 et au début de 2010 ; elles sont encore en discussion. Dans les pays de code civil, la sûreté des lois écrites est d'importance primordiale et l'existence d'une loi spécifique sur les PPP procure l'élément de certitude nécessaire au cadre législatif entourant les PPP. Au contraire, le Royaume-Uni n'a pas de loi spécifique aux PPP. Dans ce pays de droit coutumier, la sûreté et la clarté de l'intention des parties contractantes sont matérialisées par des contrats de PPP clairs et détaillés, rédigés selon un système juridique permissif et non normatif. Les différentes approches de la législation

sur les PPP dans les juridictions de code civil et de droit coutumier sont esquissées dans l'encadré 10 ci-dessous.

**L'adoption de législations spécifiques sur les PPP démontre l'engagement politique à promouvoir des programmes de PPP ou des projets en PPP.** Une loi spécifique sur les PPP peut être une indication de la volonté politique de s'intéresser aux PPP et une mesure de soutien au cadre politique plus général. C'est particulièrement le cas en Pologne, où la nouvelle loi sur les PPP a permis d'enclencher un certain nombre de projets en PPP. En Afrique du Sud, la Treasury Regulation 16, conjointement avec les instructions existantes qui soutiennent les PPP (les Treasury Practice Notes et les dispositions normalisées concernant les PPP), indiquent également l'importance accordée par le gouvernement aux PPP pour réaliser des infrastructures publiques.

**Une législation sur les PPP peut faire avancer leur développement si elle inclut des dispositions claires et complètes et fournit des orientations législatives globales sur les questions principales.** La législation sur les PPP en France, en Pologne et en Afrique du Sud, par exemple, identifie le champ et les modèles de PPP (comme les structures de concession ou de conception, construction, financement et exploitation), les obligations des collectivités publiques en matière de faisabilité et de consultations, les procédures de commande publique, les questions à aborder dans les clauses contractuelles, les paiements, le cadre institutionnel et la durée des projets. Une législation de base sur les PPP doit être étayée par des textes d'application (règlements ou décrets d'application pour traiter des détails, par exemple). Les textes d'application doivent être mis en œuvre rapidement pour éviter incertitudes et décrochages et être régulièrement révisés pour que l'évolution des conditions de marché soit prise en compte.

**L'expérience montre que, là où existent des directives à l'intention des soumissionnaires, ainsi que des contrats standard, une loi spécifique aux PPP n'est pas une condition préalable au développement des PPP.** Au Royaume-Uni, par exemple, l'absence de loi spécifique n'a pas entraîné une absence de cadre structuré pour les PPP, car la jurisprudence et les manuels – notamment les dispositions contractuelles et les commentaires de la Standardisation of PFI Contracts (standardisation des contrats de PPP) version 4, ou SoPC4 – donnent aux pouvoirs adjudicateurs des indications détaillées et constituent un point de référence pour les soumissionnaires et les contractants.

#### *Pays méditerranéens partenaires*

**Des initiatives récentes visant à l'adoption de législations spécifiques sur les PPP dans certains des pays partenaires méditerranéens montrent un intérêt et un engagement croissants en faveur des PPP dans cette région.** La législation sur les PPP est au stade de projet en Jordanie, au Liban et en Syrie. La Jordanie dispose d'une loi sur les privatisations<sup>6</sup>, mais l'intention est d'améliorer le fondement juridique des PPP par une loi spécifique à ces derniers et de simplifier la législation applicable étant donné que certains aspects clés des PPP et de la privatisation sont différents. Une loi sur les PPP serait une introduction bienvenue à ce domaine en Syrie et au Liban, ces pays ne disposant actuellement que d'une base légale limitée pour les marchés de type PPP.

**En Égypte, la nouvelle loi sur les PPP (adoptée le 1<sup>er</sup> juillet 2010) démontre l'engagement du gouvernement égyptien à réaliser de nouveaux PPP et elle devrait être complétée par des textes d'application comme prévu.** Après la nouvelle station d'épuration du Caire (projet New Cairo Wastewater, NCWW), les autorités égyptiennes sont décidées à réaliser d'autres PPP. Bien que le projet NCWW ait été réalisé selon l'ancien cadre législatif (c'est-à-dire sans les avantages d'une loi spécifique aux PPP), le succès de ce projet phare a cimenté l'utilisation du PPP comme option viable pour la mise en œuvre d'infrastructures. L'efficacité de la loi sur les PPP n'a pas encore été testée, mais on anticipe son utilisation dans les projets à venir. La loi égyptienne sur les PPP pose le principe de l'adoption d'un règlement d'application destiné à apporter de la substance aux dispositions de la loi.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Loi sur les privatisations n° 25 de 2000 et règlement sur les privatisations n° 80 de 2008

<sup>7</sup> Le règlement d'application a été promulgué en langue arabe au début de 2011.

**Les autres pays partenaires méditerranéens (Maroc, Tunisie, Algérie et Israël) n'ont pas de législation spécifique pour les PPP.** Israël, dont la législation repose sur le droit coutumier avec quelques influences de droit civil, n'a pas de loi sur les PPP. Jusqu'ici, cela n'a jamais constitué un obstacle car le système consistant à adopter des lois spécifiques pour les projets, au coup par coup, fournit les règles de droit nécessaires et fonctionne bien. Au Maroc et en Tunisie, les concessions sont régies, respectivement, par la loi 54-05 et par la loi sur le régime des concessions (loi n° 2008-23 du 1<sup>er</sup> avril 2008). Même si ces législations confèrent une légitimité suffisante aux modèles de PPP qu'elles régissent, il sera utile de disposer d'une nouvelle législation spécifique si l'on recourt davantage aux modèles fondés sur les redevances de disponibilité. Si les autorités algériennes veulent mettre en œuvre un programme officiel de PPP, alors il serait souhaitable que toutes les dispositions légales concernées soient codifiées au sein d'un texte législatif spécifique unique sur les PPP. Les avantages que présente l'introduction d'une loi spécifique aux PPP sont esquissés dans l'encadré 11 ci-dessous.

**Encadré 10 – Les juridictions de code civil et de droit coutumier : deux approches différentes de la législation sur les PPP**

La tradition juridique d'un pays a un impact sur sa façon de mettre en place une loi spécifique pour les PPP. Deux grandes approches principales sont suivies : i) mise en place d'une législation spécifique aux PPP (privilégiée dans les pays de droit civil) ; et ii) réglementation individuelle des PPP par contrat (privilégiée en pays de droit coutumier comme le montre l'expérience du Royaume-Uni).

Les juridictions de droit civil s'appuient sur des lois écrites et les projets de PPP sur des règles de droit explicite. Les dispositions contractuelles conclues par le pouvoir adjudicateur et le partenaire privé ainsi que l'interprétation qui en est faite proviendront de la législation (par opposition, par exemple, au principe de droit coutumier selon lequel l'intention des parties au contrat a la priorité en matière d'interprétation des dispositions contractuelles).

Les juridictions de droit coutumier ont une approche moins normative que les juridictions de droit civil. L'absence de loi spécifique ne signifie pas nécessairement qu'il n'existe pas de cadre structuré pour les PPP. Réglementer les projets par les contrats offre une latitude et une flexibilité propices à l'innovation contractuelle et financière. Cette approche permet en outre la mise au point et la diffusion de bonnes pratiques par la rédaction de clauses contractuelles standard communes aux projets de PPP similaires.

La distinction entre code civil et droit coutumier est manifeste dans l'étude des législations sur les PPP des pays de référence et partenaires méditerranéens. Parmi les pays de référence, la Pologne et la France sont des juridictions de code civil qui ont adopté une législation sur les PPP – la loi polonaise sur les PPP et celle sur les concessions et, en France, la loi du 11 décembre 2001 et l'ordonnance du 17 juin 2004. Le Mexique, juridiction de code civil également, est en train de se doter d'une loi spécifique sur les PPP. Le Royaume-Uni est un pays de droit coutumier où, par conséquent, l'accent a été mis jusqu'à ce jour sur les dispositions contractuelles comme moyen de certitude. Avec son système juridique hybride, l'Afrique du Sud bénéficie d'une législation propre (Treasury Regulation 16) mais suit également de près l'exemple anglais des orientations et des contrats détaillés.

La majorité des pays partenaires méditerranéens sont des juridictions de droit civil. En Israël, le système juridique est fondé sur des principes à la fois du droit coutumier et du droit civil et, par conséquent, malgré l'absence de loi spécifique sur les PPP, les marchés de type PPP y sont assez fréquents ; ils sont le reflet de cadres contractuels solides et de réglementations créées en fonction des besoins. Les autres pays, dans lesquels la tradition juridique consiste à se fonder sur des textes législatifs, tireraient parti d'une loi spécifique sur les PPP si ce type de marchés est une priorité pour eux. L'adoption récente d'une loi spécifique sur les PPP en Égypte et les initiatives jordanienne, libanaise et syrienne visant à introduire des législations sur les PPP suivent aussi cette approche.

En pratique, la différence entre approches est moins rigoureuse, quel que soit le système juridique auquel adhère le pays, droit coutumier ou droit civil. Le Royaume-Uni, par exemple, suit l'approche du droit coutumier et n'a pas de loi spécifique globale sur les PPP. Le pays a cependant une législation qui concerne les projets de type PPP et (ou) les personnes publiques passant des contrats de PPP. De même, en France, l'existence d'une réglementation spécifique sur les PPP n'empêche pas les contrats d'être aussi précis que possible, de façon à réduire au maximum le recours aux tribunaux pour combler des lacunes, ce qui pourrait être source d'incertitude.

#### Encadré 11 – Avantages d'une loi sur les PPP bien conçue

Une loi sur les PPP bien conçue devrait améliorer le cadre législatif applicable aux PPP en traitant des éléments essentiels suivants :

- des procédures de commande publique claires et complètes pour l'attribution d'un marché de type PPP (avis de marché, étapes de négociation / dialogue compétitif, indemnisation des candidats évincés ayant formulé une contestation valable) ;
- des indications claires sur le contenu du dossier d'appel d'offres ;
- l'appui et les garanties de l'État dont peuvent disposer les investisseurs ;
- un partage clair des responsabilités sur des questions telles que la planification des projets, l'identification de secteurs prioritaires et la conduite de tests de faisabilité ;
- la définition et la sauvegarde des droits et responsabilités des organismes publics et privés ;
- l'institutionnalisation et le développement de capacités au sein de l'administration pour offrir à toutes les parties prenantes un point de référence compétent ;
- des directives claires et complètes sur le contrôle et la supervision des procédures de commande publique par la personne publique et sur la mise en œuvre du projet après attribution du marché ;
- l'instauration d'un cadre institutionnel sur les PPP, incluant par exemple la création d'un organe chargé des PPP.

#### Le cadre législatif définit-il suffisamment le rôle et les prérogatives des pouvoirs adjudicateurs ?

##### *Pays de référence*

**Le fait d'accorder aux pouvoirs adjudicateurs la prérogative claire de conclure des PPP de long terme rassurera les investisseurs sur la légalité des contrats.** Cette prérogative peut être conférée par une législation spécifique sur les PPP telle que l'ordonnance du 17 juin 2004 en France, le Treasury Regulation 16 pris en application du PFMA (qui s'applique aux organismes nationaux et régionaux en Afrique du Sud), le Municipal Systems Act 2000 et le Municipal Finance Management Act 2003 (qui s'appliquent aux communes en Afrique du Sud). Sinon, elle peut découler de législations plus générales régissant la délégation de pouvoirs par les personnes publiques, telles que la Ley Organica de la Administración Pública Federal (loi fédérale sur l'organisation de l'administration publique) au Mexique, la loi du 20 décembre 1996 sur la gestion municipale en Pologne ou le Local Government (Contracts) Act 1997 au Royaume-Uni. L'existence, pour les organismes publics, d'une prérogative claire de conclure des contrats de PPP simplifiera et facilitera l'audit préalable des investisseurs, des bailleurs de fonds et de leurs conseillers respectifs.

**Dans certains pays, un processus d'agrément ou de certification devra être achevé préalablement à la conclusion du marché par la personne publique.** Il peut s'agir de l'agrément du ministère des finances chargé des allocations budgétaires (comme en Afrique du Sud) ou de celui des collectivités territoriales (comme en France). Les parties concluant des contrats de PPP avec la personne publique souhaiteront s'assurer du déroulement satisfaisant de ces procédures d'agrément et pourraient demander, par exemple, une garantie ou une lettre de confirmation à ce sujet avant de s'engager contractuellement.

**Des marchés de type PPP peuvent être passés par les pouvoirs publics dans des secteurs liés à la prestation de services publics.** Dans les pays de référence, la capacité de la personne publique de passer des marchés de type PPP est limitée, en général, à des services correspondant à des besoins publics et exclut les projets strictement commerciaux (galeries marchandes, par exemple). C'est une restriction importante et qui doit être respectée. Les paiements faits aux PPP provenant des fonds publics ou de redevances acquittées par les usagers, les pouvoirs publics ne doivent pas être perçus comme réalisant des opérations commerciales. De plus, des domaines tels que la défense ou la sécurité sont fréquemment exclus du modèle PPP (comme c'est le cas en Pologne, par exemple) étant donné qu'ils peuvent impliquer des affaires confidentielles et de sécurité publique.



**Le champ d'application des services peut être limité à des services non essentiels.** La législation peut interdire de confier à un partenaire privé la fourniture de services publics essentiels, tels que l'enseignement et les soins médicaux. Cependant, des services auxiliaires, comme le nettoyage ou la restauration, peuvent faire l'objet d'un PPP. Ces restrictions sont importantes, en particulier pour l'image des PPP dans le public, ce dernier étant peu favorable à la sous-traitance au secteur privé de services essentiels, perçue comme une privatisation. Au Royaume-Uni, par exemple, jusqu'à récemment, de nombreux marchés hospitaliers et scolaires ont été passés en PPP, mais, dans tous les cas, les services essentiels de la santé et de l'éducation sont restés une obligation de l'État.

#### *Pays méditerranéens partenaires*

**Les pouvoirs de la personne publique relatifs à la passation de marchés sont divers, ce qui se traduit par un cadre juridique complexe, qui tirerait avantage d'une simplification.**

Bien que la prérogative de passer des marchés de type PPP soit claire et manifeste dans certains pays, ce n'est pas la norme. Plus exactement, et peut-être cela reflète-t-il la relative nouveauté des marchés de type PPP dans la région, le pouvoir de passer ce genre de marché n'est pas toujours général mais conféré par des mesures ad hoc, comme la promulgation de lois spécifiques aux projets. C'est le cas en Algérie où, par exemple, une concession d'autoroute qui actuellement n'est ni réglementée ni autorisée par une législation sectorielle spécifique nécessiterait une nouvelle loi l'autorisant expressément. Au Liban, la loi sur la construction de 1989 prévoit l'adoption d'un texte particulier pour autoriser une nouvelle concession. En pratique cependant, ce n'est pas toujours respecté et quelques concessions (qui pourtant ne sont pas en financement sur projet) ont été conclues par négociation privée directe sans appel d'offres ni pouvoir d'attribution formels. De telles pratiques peuvent dissuader d'éventuels soumissionnaires de s'intéresser au marché s'ils croient que des procédures standard et transparentes ne seront peut-être pas suivies. En Égypte, les marchés d'équipements peuvent être passés suivant un certain nombre de fondements juridiques (entités économiques publiques, services d'utilité publique, législations sectorielles spécifiques, lois propres à des projets et loi sur les PPP<sup>8</sup>). Au Maroc, la passation de marchés de type PPP est particulièrement complexe. Un certain nombre de législations et de pistes existent (par exemple la loi 54-05<sup>9</sup> relative à la gestion déléguée des services publics et le décret sur les marchés publics<sup>10</sup>), mais la passation de marchés par certains types d'organismes publics n'est pas clairement autorisée dans la loi, notamment la passation de marchés par les services de l'administration centrale. Les projets en PPP structurés autrement que selon le modèle de concession pur (dans lequel le secteur privé assume le risque lié à la demande) ne sont pas non plus particulièrement réglementés par les lois actuelles. De même, il existe en Tunisie un régime juridique spécial attribuant le pouvoir de passer des marchés de concession. Cependant, d'autres modèles ne sont pas spécifiquement réglementés. Il existe également quelques lois sectorielles dérogatoires (dans les secteurs de l'énergie, des télécommunications et de l'assainissement, par exemple).

**La Jordanie reconnaît les avantages d'une rationalisation des fondements législatifs des marchés de type PPP.** Le pays prévoit à cet effet un projet de loi sur les PPP<sup>11</sup> qui excluerait spécifiquement les PPP de l'application de la législation sur les privatisations (loi<sup>12</sup> et règlement<sup>13</sup>), laquelle habilite actuellement les collectivités publiques à passer des marchés en PPP. La loi sur les PPP devrait s'appliquer à tous les secteurs, à l'exception de la défense nationale, de la police, des décisions de justice, des domaines essentiels de la santé et de l'éducation et de certaines autres activités. L'Égypte aurait pu suivre une approche voisine en supprimant l'application de la législation relative aux services publics à caractère économique, aux services d'utilité publique et à certains secteurs quand la loi sur les PPP est entrée en vigueur.

---

<sup>8</sup> Loi n° 67 de 2010

<sup>9</sup> Promulguée par le dahir n° 1-06-15 du 14 février 2006

<sup>10</sup> Décret n° 2-06-388 du 5 février 2007 sur les marchés publics

<sup>11</sup> Datée du 1<sup>er</sup> juin 2010 (un nouveau projet de loi a été proposé depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2010)

<sup>12</sup> N° 25 de 2000

<sup>13</sup> N° 80 de 2008

**En Israël, des législations commerciale et administrative générales régissent les PPP, mais la possibilité de promulguer une loi spécifique à un projet en cas de besoin garantit l'existence de règles de droit suffisantes permettant d'astreindre le secteur public.** En Israël, la règle de droit permettant de passer un marché de type PPP n'est énoncée dans aucune législation spécifique. Au lieu de cela, le droit général des sociétés, du commerce et des administrations s'applique et, là où la législation existante ne consacre aucun pouvoir juridique bien défini pouvant s'appliquer au projet, une nouvelle loi est promulguée (comme cela a été le cas pour le projet d'autoroute transnationale à péage, pour lequel deux lois ont été créées afin de régler les questions d'acquisition de terrains et de péage). De même, en Cisjordanie, le droit ne donne pas spécifiquement autorité à tel ou tel pouvoir pour passer des marchés de PPP. Toute activité de ce genre serait régie par le droit des sociétés, le droit du commerce et le droit administratif (notamment la loi n° 6 de 1999 sur les appels d'offres pour les marchés de travaux publics).

**L'absence d'une législation générale intersectorielle autorisant la passation de marchés en PPP n'est pas forcément un problème si des législations spécifiques pour les secteurs dans lesquels les PPP sont très utilisés procurent l'autorisation nécessaire d'externaliser les services concernés.** On trouve des législations spécifiques en Algérie dans les secteurs de l'eau, de l'électricité et du gaz ; en Égypte, dans les secteurs de l'électricité, des ports, des aéroports et des routes ; et en Syrie, dans les secteurs des ports, de l'électricité et du pétrole. Dans ces pays, plusieurs marchés ont déjà été passés avec succès sur la base de ces législations sectorielles spécifiques.

**Les bailleurs de fonds et les investisseurs seraient-ils satisfaits de la législation applicable aux projets et aux contrats financiers relatifs aux PPP ?**

#### *Pays de référence*

**Dans les pays de référence, un cadre juridique sous-jacent clair inspire confiance aux investisseurs locaux et étrangers.** Dans ces pays, les marchés de type PPP sont généralement régis par le droit national. C'est un reflet de la maturité de ce système juridique en général.

**Dans le cas du Royaume-Uni et de la France, le cadre juridique des PPP est bien établi et le droit français comme le droit anglais régissent souvent des contrats de financement de PPP dans d'autres juridictions.** Ces marchés ont atteint des niveaux de maturité suffisants et créé une base d'expérience suffisamment vaste pour que, dans certains pays, les bailleurs de fonds de projets en PPP insistent pour que leurs contrats de financement (et non les contrats de PPP eux-mêmes) soient régis par ces droits. Les bailleurs de fonds insistent sur ce choix du droit parce qu'ils veulent s'assurer que leurs droits bénéficieront d'une sûreté adéquate qu'ils pourront faire respecter si nécessaire. Cette question se pose tout particulièrement pour la structure financière du projet, là où les bailleurs exigent une série de garanties pour protéger leurs droits vis-à-vis de la société de projet (notamment le droit de percevoir des paiements au regard de leur prêt et les droits en cas de défaillance quelconque de la société de projet, comme l'insolvabilité ou le non-paiement des sous-traitants).

**Les autres pays de référence disposent également de cadres législatifs bien développés et applicables aux documents contractuels des marchés en PPP.** Les contrats de financement des PPP mexicains et sud-africains sont généralement régis par la loi du pays. En Pologne, les bailleurs de fonds internationaux exigeront sans doute que leurs contrats soient régis par un droit plus courant (le droit anglais, par exemple). Les exigences principales des bailleurs et investisseurs en matière de cadre juridique sont exposées dans l'encadré 12 ci-dessous.

## *Pays partenaires méditerranéens*

**Dans les pays partenaires méditerranéens, les marchés en PPP sont régis par le droit du pays et les investisseurs vérifient au préalable que ce droit est approprié.** Les marchés en PPP étant des contrats de droit public, il fallait s'attendre à cette position. Cela veut dire que les investisseurs vérifieront de façon approfondie la législation du pays et travailleront avec des conseillers juridiques locaux à cet égard. Cela signifie également que les investisseurs exigeront probablement, de même que les bailleurs de fonds, l'arbitrage comme méthode ultime de règlement des litiges, puisque cela leur permettra d'éviter de recourir au système judiciaire local, auquel ils ne sont pas habitués. L'expérience à ce jour et ce que l'on sait des projets de lois sur les PPP démontrent que les collectivités publiques de la région sont ouvertes à cette approche.

**Les contrats de financement faisant intervenir des bailleurs de fonds internationaux sont généralement régis par le droit de pays qui ont un corpus législatif applicable au financement. Ces droits sont mieux connus des bailleurs de fonds et sont perçus comme leur fournissant une meilleure protection.** Les bailleurs de fonds internationaux préférant souvent soumettre leurs contrats à des systèmes juridiques qui leur sont familiers, le droit anglais ou le droit français sont fréquemment choisis. Cela se constate dans la pratique, jusqu'à ce jour, en Algérie, en Égypte, en Israël, en Jordanie et au Maroc. En Tunisie, au contraire, le droit tunisien doit régir le contrat si les biens concernés sont situés en Tunisie, ce qui a pour effet de limiter les documents de garantie au droit tunisien. Cette limite peut être une préoccupation pour quelques bailleurs internationaux investissant en Tunisie s'ils ne sont pas familiers du système juridique tunisien. Pour attirer des participants étrangers dans les juridictions où, à ce jour, il n'existe que peu de PPP en financement sur projet (la Syrie, le Liban et la Cisjordanie notamment), il serait salutaire que la conception des contrats et la législation applicable permettent que les contrats de financement soient régis par un système juridique répondant mieux aux besoins de ce type de structures.

### **Encadré 12 – Éléments clés d'un cadre juridique**

Les investisseurs et les bailleurs de fonds exigeront que le cadre juridique comprenne les éléments suivants :

- une législation claire ;
- une législation complète ;
- des procédures régulières et des résultats certains ;
- la liberté de contracter.

De plus, les bailleurs exigeront :

- des sûretés disponibles et exécutoires ;
- une certitude quant aux pouvoirs de l'organisme public pour passer contrat et quant à la responsabilité pécuniaire en cas de résiliation.

**Les bailleurs de fonds et les investisseurs peuvent-ils se satisfaire du système judiciaire et du système de règlement des différends commerciaux du pays ?**

## *Pays de référence*

**La procédure de règlement des différends applicable au marché de type PPP et autres marchés relatifs à des projets doit pouvoir offrir un moyen clair, efficace et pratique ou commercial de régler les litiges.** A cette fin, il est usuel que les marchés de type PPP prévoient des procédures de règlement des litiges à plusieurs niveaux, comprenant des méthodes informelles en première instance (discussion entre des représentants de haut niveau des parties) et, à un stade ultérieur, des méthodes plus formelles, généralement un jugement, une expertise (pour les questions techniques, non juridiques), un arbitrage ou une procédure juridictionnelle.

**Les contrats de PPP peuvent prévoir une procédure juridictionnelle comme moyen ultime de règlement des litiges si lorsque les procédures juridictionnelles du pays sont efficaces et mises en œuvre par des juges ayant l'expérience de litiges commerciaux complexes.** En France, les litiges concernant des PPP sont en général réglés devant les tribunaux, le recours à l'arbitrage étant généralement interdit aux entités publiques, sauf autorisation expresse par une loi spécifique, telle que l'ordonnance sur les contrats de partenariat. Il y a toutes chances pour que les pouvoirs publics préfèrent un règlement des litiges devant les tribunaux, puisque ces derniers font partie du cadre institutionnel auquel ils appartiennent et qu'ils leur apportent de la constance dans la mesure où il est probable que leurs autres contrats prévoient aussi le règlement des litiges devant les tribunaux. Appliquer la procédure juridictionnelle aux marchés de type PPP peut être un principe stratégique bénéfique du point de vue du secteur public – cela permettra aux tribunaux de se constituer une expérience de ce genre de litiges. Mais cela peut présenter des difficultés du point de vue des investisseurs.

**Les litiges apparentés devraient être instruits conjointement.** Si le procès est la méthode choisie pour régler les différends, il serait utile pour le projet, dans une triple perspective de rentabilité, de gain de temps et de cohérence, que les litiges apparentés, aux différents niveaux de la chaîne de sous-traitance, soient instruits conjointement. Par conséquent, un différend entre le pouvoir public et le partenaire du secteur privé qui concerne aussi un sous-traitant devrait être instruit en une fois. Au Royaume-Uni, la directive Private Initiative Finance (PFI) autorise cette approche. En revanche, elle est impossible dans certains systèmes juridiques, où des tribunaux différents ont compétence pour les contrats administratifs (c'est-à-dire les marchés dans lesquels l'une des parties est une personne publique) et les marchés commerciaux (entre deux entités privées). En France, par exemple, une dualité juridictionnelle fait que les contrats de droit public, dont font partie les contrats de PPP, sont soumis aux tribunaux administratifs alors que les contentieux portant sur les contrats commerciaux, comme par exemple un contrat de construction entre une société de projet et son maître-d'œuvre, seront jugés par les tribunaux civils.

**L'arbitrage est une option plus viable pour le règlement définitif et contraignant des litiges en raison de l'attrait qu'elle présente pour les investisseurs étrangers, car elle est utilisée pour le règlement de litiges concernant des PPP et d'autres grands projets d'infrastructure dans le monde entier.** Accepter l'arbitrage pour le règlement définitif des litiges est attrayant pour les investisseurs. En effet, cette procédure est indépendante du droit local dans la mesure où le règlement d'arbitrage applicable est complet, elle préserve la confidentialité et ses règles plus établies présentent l'avantage de l'expérience passée. Les parties conservent également la maîtrise du choix de l'arbitre et du siège de l'arbitrage. Choisir le siège de l'arbitrage est une autre manière de s'assurer que toute lacune dans le règlement d'arbitrage sera comblée par la loi applicable au lieu de l'arbitrage.

**L'arbitrage international sera généralement jugé plus approprié que l'arbitrage national.** Les cocontractants et les bailleurs de fonds préféreront un règlement d'arbitrage connu et établi, comme ceux de la Chambre de commerce internationale (CCI), de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI), du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et de la London Court of International Arbitration (LCIA). Cependant, un règlement d'arbitrage national peut convenir s'il est solide et semblable aux règlements établis. C'est le cas, par exemple, des contrats de Private Finance Initiative britanniques, qui autorisent généralement l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage national et sont régis par la Loi sur l'arbitrage<sup>14</sup>.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**De nombreux contrats de type PPP conclus dans les pays partenaires méditerranéens reconnaissent les avantages, en termes de temps et de rentabilité et par rapport aux relations de partenariat en cours, des clauses de règlement des litiges à plusieurs niveaux.** Ces clauses garantissent que les différends passent d'abord par une procédure de règlement plus informelle avant d'être soumis à des procédures plus formelles. Quelquefois,

---

<sup>14</sup> Arbitration Act 1996

une mesure intermédiaire (comme la médiation) est également incluse. On observe de telles approches en Algérie, en Égypte, en Jordanie, au Maroc et en Israël et d'autres pays devraient chercher à les reproduire.

**L'exécution des sentences arbitrales étrangères rendues à l'étranger est soutenue par la Convention de New York.** Tous les pays partenaires méditerranéens (Cisjordanie exceptée) sont signataires de la Convention de New York qui exige de ses signataires qu'ils reconnaissent et exécutent les sentences arbitrales rendues dans les autres pays signataires. L'exécution des sentences arbitrales en Cisjordanie risque d'être difficile, mais les décisions judiciaires rendues à l'étranger peuvent être exécutoires sur le fondement de la loi n° 24 de 2005 sur l'exécution des jugements.

**Dans les pays partenaires méditerranéens, les pouvoirs adjudicateurs reconnaissent la préférence des participants et des bailleurs de fonds internationaux pour l'arbitrage par rapport aux procédures juridictionnelles.** La position par défaut est que les différends seront réglés en dernier ressort par voie judiciaire. Cependant, une convention d'arbitrage (mentionnée dans les dispositions sur le règlement des différends dans le contrat de PPP) peut modifier cette position.

**En Algérie, au Maroc, en Jordanie et en Tunisie, la pratique jusqu'à présent a été d'adopter l'arbitrage suivant un règlement internationalement reconnu,** comme celui de la CCI, de la CNUDCI ou de la LCIA, en particulier en présence de parties étrangères. Perpétuer cette pratique rassurera les promoteurs et les prêteurs internationaux.

**En Israël et en Égypte, les contrats de PPP font fréquemment l'objet d'un arbitrage, mais à la différence des pays ci-dessus mentionnés, l'arbitrage y est conduit suivant un règlement national.** Cette solution peut convenir si le règlement d'arbitrage national suit dans l'ensemble les procédures les plus reconnues internationalement, ce qui supposera quelques vérifications de la part des investisseurs internationaux. Si les investisseurs et les bailleurs de fonds étrangers se font plus présents sur ces marchés, les autorités concernées devront peut-être revoir les règlements d'arbitrage et autoriser davantage le recours à l'arbitrage international.

**En Syrie et au Liban, les contrats de PPP devraient bientôt prévoir l'arbitrage international.** Cela apaisera les craintes que pourrait susciter la « jeunesse » du programme et celles qui concernent l'aptitude des tribunaux locaux à gérer des litiges commerciaux complexes. Les projets de loi syrien et libanais sur les PPP reconnaissent les avantages de l'arbitrage international et encouragent son utilisation.

#### **Cadre légal et réglementaire – recommandations et facteurs de réussite**

##### **Compétence des pouvoirs publics pour passer des marchés de type PPP**

- Établir des droits clairs, juridiquement fondés, autorisant les pouvoirs publics à passer des marchés de type PPP.
- Les pouvoirs publics devraient obtenir l'autorisation claire de passer des marchés de type PPP avant de passer un marché.

##### **Législation sur les PPP**

- S'assurer que le droit régissant les PPP est clair et exhaustif.
- Soutenir la législation sur les PPP par des textes d'application et des directives complets.

##### **Procédures de règlement des différends**

- Offrir des procédures de règlement des différends efficaces et claires pour les contrats relatifs aux projets.
- Autoriser le recours à l'arbitrage international comme lieu ultime de règlement des litiges, au lieu de la procédure juridictionnelle, car c'est souvent ce que préfèrent les investisseurs étrangers.

## 5. PROCÉDURES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Des procédures de commande publique claires, conformes aux principes d'équité et d'égalité de tous les soumissionnaires, et garantissant la transparence des décisions de la personne publique sont nécessaires pour encourager une concurrence effective dans le contexte des projets de partenariats public-privé (PPP). Cela ne sert pas uniquement l'intérêt des bailleurs de fonds et des investisseurs étrangers, qui sont ainsi assurés que leurs offres seront traitées en fonction de leurs qualités intrinsèques, mais aussi celui des pouvoirs publics, qui obtiendront un meilleur rapport coût-résultats, car une concurrence plus vive contribue à faire baisser les prix et favorise de meilleures solutions techniques.

*Cette partie porte sur l'adéquation des procédures de la commande publique pour les PPP. Elle traite les questions suivantes :*

- Le droit prévoit-il des procédures claires de passation des marchés qui conviennent pour des structures de PPP ?
- Le processus de passation des marchés est-il structuré de façon à refléter la complexité du projet ?
- La procédure de passation des marchés respecte-t-elle les principes clés d'équité, de transparence et d'égalité ?
- Les soumissionnaires qui n'ont pas été retenus en sont-ils dûment informés et disposent-ils d'un recours ?
- La personne publique est-elle tenue de justifier ses décisions ?

**Le droit prévoit-il des procédures claires de passation des marchés qui conviennent pour des structures de PPP ?**

*Pays de référence*

**Dans chacun des pays de référence, la commande publique de travaux ou de services du secteur public est régie par des lois claires et adaptées aux PPP.** L'objectif de ces lois est que le secteur public obtienne le meilleur rapport coût-résultats en imposant des procédures qui attirent le plus grand nombre de soumissionnaires et accroissent la concurrence. Les procédures de commande publique des marchés des pays de référence sont conformes aux normes internationales de transparence et d'impartialité ; elles sont claires et comprises par la communauté des soumissionnaires. En Afrique du Sud, la Treasury Regulation 16 de 2004 exige que la passation des marchés de PPP « (a) respecte un système juste, équitable, transparent, concurrentiel et économique, et (b) prévoie, conformément à la législation en vigueur, une préférence pour la protection ou la promotion des droits des personnes, ou groupes de personnes, désavantagés par une discrimination injuste ». De même, des procédures de passation des marchés sont prévues dans la législation de l'Union européenne (UE), telle que transcrite dans le droit français, anglais et polonais applicable aux différentes catégories de marchés publics, y compris aux PPP. Ces procédures visent à promouvoir la concurrence en conférant aux soumissionnaires une chance égale de soumettre leurs offres et de remporter les marchés publics sur la base de leurs avantages propres. Au Mexique, l'article 134 de la constitution fédérale prévoit que la passation des marchés publics de services et (ou) de travaux s'effectue par appel d'offres ouvert pour garantir à l'État les meilleures conditions en vertu des principes d'efficacité, d'honnêteté, de transparence ainsi que toute autre condition appropriée. Bien que ne concernant pas spécifiquement les PPP, les procédures en vigueur au Mexique sont adaptées et sont employées avec succès dans le cadre de PPP.

**L'Égypte et Israël ont adopté des procédures de passation des marchés conçues spécialement pour les montages de PPP de type financement sur projet.** La nouvelle loi égyptienne sur les PPP<sup>15</sup> autorise le dialogue et les négociations avec les soumissionnaires, disposition davantage conforme à la pratique internationale de passation des marchés de PPP que ne l'est la loi générale sur les marchés publics<sup>16</sup>. Les procédures d'appel à la concurrence prévues par la loi sur les marchés publics continuent de s'appliquer lorsque les entités adjudicatrices choisissent de passer des marchés selon l'ancien régime. Par conséquent, quand elles se demandent si elles devraient opter pour la loi sur les PPP, les collectivités publiques égyptiennes devraient peser les avantages relatifs des nouvelles procédures de commande publique du point de vue du renforcement de la concurrence et donc du rapport coût-résultats. Les procédures simplifiées prévues par la loi sur les marchés publics peuvent être préférables pour les projets relativement simples et qui n'appellent pas de discussions ou de négociations plus poussées avec les soumissionnaires. En Israël, la loi sur les appels d'offres obligatoires (Mandatory Tenders Law)<sup>17</sup> et ses décrets d'application régissent la passation des marchés en PPP. La législation sur les marchés publics définit différentes étapes dans la passation des marchés, qui sont conformes à la pratique internationale pour les PPP et qui, si elles sont correctement mises en œuvre, devraient être gage de procédures d'appel d'offres équitables, transparentes et concurrentielles.

**Les procédures classiques de la commande publique en Algérie, au Maroc et en Tunisie sont tout à fait utilisables pour certains projets complexes, mais ces pays pourraient trouver avantage à se doter de procédures spécifiques pour les PPP.** Le système utilisé aujourd'hui en Algérie a été conçu pour la commande publique d'un large éventail de produits et de services (et non spécifiquement pour les PPP). En particulier, la procédure prévue par le code algérien des marchés publics constitue le fondement des procédures de passation des marchés internes utilisées dans le secteur de l'énergie (par SONELGAZ et SONATRACH, par exemple). Au Maroc, différentes procédures juridiques peuvent s'appliquer à la passation des marchés en PPP. L'utilisation d'une procédure incorrecte expose cependant la passation du marché au risque de contestation et peut créer un niveau d'incertitude qui désavantage les soumissionnaires. En Tunisie, le décret sur les marchés des concessions<sup>18</sup> (texte d'application de la loi sur les concessions<sup>19</sup>) est relativement récent et son application pratique n'a pas encore été pleinement testée et approuvée. Toutefois, la procédure spécifique annoncée pour une concession portant sur la construction et l'exploitation de deux usines d'eau et sur l'exploitation de trois autres semble conforme à la pratique internationale. Compte tenu de l'incertitude apparente concernant l'application et l'efficacité des procédures existantes pour les PPP, il pourrait être avantageux d'envisager des modifications du régime de passation des marchés qui s'appliqueraient spécifiquement aux projets en PPP et clarifieraient la procédure à suivre.

**Dans les nouvelles lois sur les PPP en cours d'élaboration en Jordanie, en Syrie et au Liban, les procédures détaillées à suivre pour la commande publique restent à définir.** Ces projets de lois sur les PPP ne définissent en effet pas les procédures, qui seront précisées ultérieurement par des textes d'application. Il est par conséquent trop tôt pour savoir quelle option les autorités de ces pays adopteront pour la passation des marchés des PPP et jauger dans quelle mesure elle garantira l'équité, la transparence et la concurrence. Après son adoption, la prochaine étape concernera la mise en place de textes d'application de la loi sur les PPP, qui, si elle intervient dans un laps de temps court, renforcera la crédibilité de la loi. Ces pays pourraient aussi en profiter pour passer en revue les méthodes de passation des marchés actuellement mises en œuvre dans les pays partenaires méditerranéens. En vue de l'adoption de procédures détaillées dans le cadre de la vaste réforme entamée sur leurs législations respectives concernant les PPP, ils pourraient par exemple s'intéresser aux procédures prévues par la nouvelle loi égyptienne sur les PPP<sup>20</sup>, qui autorise les discussions à

<sup>15</sup> Loi N° 67 de 2010

<sup>16</sup> Loi N° 89 de 1998

<sup>17</sup> Loi N° 5752-1992

<sup>18</sup> Décret No. 2010-1753 du 19 juillet 2010

<sup>19</sup> Loi No. 2008-23 du 1<sup>er</sup> avril 2008

<sup>20</sup> Loi No. 67 de 2010

l'étape de l'appel d'offres et n'exige donc pas la présentation d'offres à conditions et modalités déterminées (procédure restreinte).

**Le processus de passation des marchés est-il structuré de façon à refléter la complexité du projet ?**

*Pays de référence*

**Dans les pays de référence, l'expérience montre que les procédures de passation des marchés sont conçues pour refléter l'ampleur et la complexité du projet.** Même si chaque pays de référence s'est doté de procédures précises avec des étapes définies (et de sa terminologie propre), les phases ci-après sont représentatives d'une approche largement suivie dans ces pays :

- préparation en amont de la passation des marchés
- publicité
- questionnaire de présélection
- invitation à soumissionner (avis d'appel public à la concurrence)
- clarifications, y compris discussion et (ou) négociations
- soumission des offres
- sélection de la meilleure offre
- recours (éventuellement) et
- attribution du marché

**Dans les pays de référence, les procédures de passation des marchés qui sont adoptées pour les PPP autorisent divers degrés d'interaction avec les soumissionnaires et de maîtrise du processus, généralement en fonction de la complexité du projet.** En Afrique du Sud, par exemple, la procédure de passation des marchés prévue par le module 5 des *National Treasury PPP practice Notes* (notes de pratique des PPP du Trésor) autorise une communication bidirectionnelle entre les soumissionnaires et le pouvoir adjudicateur durant la préparation initiale de l'invitation à soumissionner. Permettre des retours de tous les soumissionnaires préalablement à l'émission du dossier d'appel d'offres se révèle utile pour ajouter de la valeur au processus d'appel d'offres, en particulier dans le cas de projets complexes. Au Mexique, la procédure d'appel public à la concurrence autorise des réunions publiques de clarification sous forme de questions-réponses. De la même façon, la législation de l'UE telle qu'intégrée dans le droit du Royaume-Uni, de la France et de la Pologne prévoit différentes procédures en fonction de la complexité du projet. La procédure à utiliser pour les projets particulièrement complexes (ce que sont la plupart des PPP) doit comprendre des discussions et un dialogue ou des négociations avec les soumissionnaires présélectionnés.

**La préparation en amont de la passation des marchés est cruciale pour la réussite et l'efficacité du processus.** Tous les pays de référence reconnaissent la nécessité d'une préparation adéquate en amont avant la diffusion de l'avis d'appel public à la concurrence et des documents. Au Royaume-Uni, par exemple, l'étape de la planification est longue pour les projets en PPP. Préalablement à l'appel à soumissionner, la collectivité publique est tenue :

- d'évaluer les besoins
- de peser les options de passation des marchés
- de s'entretenir avec l'administration concernée
- d'élaborer un projet de modèle économique et
- d'obtenir l'approbation des instances concernées

En France, un groupe de travail a été institué pour appuyer et réglementer les projets en PPP. La Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP) est principalement concernée par la première partie de la procédure de contrat de partenariat en ce qu'elle valide l'estimation préliminaire et apporte un soutien pour l'élaboration et la négociation des dossiers d'appel d'offres et des contrats.



## *Pays partenaires méditerranéens*

**Certains pays partenaires méditerranéens pourraient bénéficier de procédures qui autorisent le dialogue entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires présélectionnés avant la soumission des offres finales.** Au Maroc et en Algérie, par exemple, aucune procédure n'autorise le pouvoir adjudicateur à dialoguer dans un cadre structuré et de façon simultanée avec les soumissionnaires en concurrence. En revanche, des discussions individuelles avec chaque soumissionnaire sont permises en Israël et en Égypte et sont envisagées dans les projets de loi sur les PPP en Syrie et en Jordanie<sup>21</sup>. Si elles sont conduites comme il convient, les procédures qui encouragent la discussion et la coopération avec les soumissionnaires peuvent être bénéfiques, en particulier durant les phases initiales des marchés en PPP. Dans le cas de projets complexes, le pouvoir adjudicateur peut ne pas être en mesure de définir objectivement la solution technique qui répondra à ses besoins ou de décider à l'avance de la configuration juridique ou financière du projet. Dans ces situations, le dialogue (sur un pied d'égalité) avec les soumissionnaires, qui ont une expérience préalable et ont acquis un savoir-faire technique dans le cadre de projets similaires, peut permettre de préciser le cahier des charges et déboucher sur un projet plus solide, qui répond mieux aux besoins du pouvoir adjudicateur. En outre, l'utilisation de ces procédures rassure les bailleurs de fonds quant à la viabilité des projets et leur montre que le choix des prestataires résulte de décisions mûries et informées.

**La préparation de la commande publique en amont gagnerait à être renforcée dans les pays partenaires méditerranéens.** Plusieurs projets (des PPP et d'autres grands projets) en Jordanie et en Algérie, par exemple, n'ont pas abouti. La procédure a été abandonnée après la sélection ou la présélection des soumissionnaires. Ces échecs sont principalement imputables à un manque de préparation et à une évaluation insuffisante, en amont, de la viabilité du projet, ou à l'incapacité de fournir un cahier des charges clair ou un dossier d'appel d'offres complet (notamment en ce qui concerne les modalités et conditions du marché). Ces lacunes ont occasionné des coûts supplémentaires, elles ont suscité l'incertitude parmi les soumissionnaires et elles ont ralenti le processus. Un investissement initial pourra garantir une gestion efficace du processus et entretenir l'intérêt des bailleurs de fonds et des soumissionnaires. Il s'agira notamment de solliciter les conseils d'experts pour élaborer les dossiers d'appel d'offres et réaliser les études de viabilité technique et économique. On pourra par exemple à cette fin mettre en place une infrastructure dédiée pour renforcer et accélérer les phases de préparation, d'évaluation et de mise en œuvre des projets.

**La procédure de passation des marchés respecte-t-elle les principes clés d'équité, de transparence et d'égalité ?**

## *Pays de référence*

**Dans les pays de référence, les principes d'équité, de transparence et d'égalité sont garantis par des procédures ouvertes, transparentes et prévoyant l'application de critères identiques pour l'ensemble des soumissionnaires.** Au Royaume-Uni, en France, en Pologne et en Afrique du Sud, par exemple, la transparence est garantie par des procédures qui exigent que le pouvoir adjudicateur précise clairement la conduite de la commande publique et qu'il applique strictement ces règles. De façon générale, les soumissionnaires bénéficient :

- d'un cahier des charges clair et détaillé, précisant les exigences et conditions tarifaires et techniques,
- de la possibilité de demander des éclaircissements durant le processus et d'une procédure claire de réponse du pouvoir adjudicateur,

<sup>21</sup> Syrie : projet de loi sur les PPP du 20 avril 2010. Jordanie : projet de loi sur les PPP du 1<sup>er</sup> juin 2010.

- de l'assurance que les mêmes informations ont été fournies à chaque soumissionnaire potentiel,
- de la transparence des critères de sélection et
- de procédures de sélection entièrement détaillées.

Au Mexique, la transparence est garantie par la publication des étapes du processus de passation des marchés, notamment par le biais de *Compranet*, un site administratif officiel dédié à la commande publique et géré par le ministère de la fonction publique (cf. encadré 21 ci-après).

**La transparence et une concurrence loyale sont aussi assurées par la publication des avis d'appels à la concurrence et des avis d'attribution de marchés.** En France, en Pologne et au Royaume-Uni, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis dans le Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE) à l'ouverture et à la clôture du processus de passation des marchés. Des avis sont publiés qui annoncent, dans le premier cas, l'intention de lancer un appel public à la concurrence et, dans le second, l'attribution du marché. Au Mexique, les appels à la concurrence donnent lieu à une invitation ouverte à soumissionner et les réunions de clarification, où les questions sont posées et font l'objet de réponses, sont aussi ouvertes au public. Toutes les informations relatives à un appel à la concurrence doivent être publiées sur *Compranet*. En Afrique du Sud, la publicité est régie par le programme de commande publique du pouvoir adjudicateur. Celui-ci peut prévoir la publication du projet dans le bulletin officiel des annonces de marchés publics de l'État, dans des journaux ou magazines de premier plan, sur le site Web des collectivités publiques concernées et sur le site Web du Trésor dédié aux PPP. Dans les pays de référence, les obligations de publication ont pour effet d'accroître la concurrence entre les soumissionnaires, ce qui favorise des offres concurrentielles, des solutions innovantes et de meilleures propositions techniques.

**Des critères d'attribution objectifs et transparents prédominent dans les pays de référence et garantissent une concurrence de grande qualité.** Les pays de référence opèrent généralement une présélection afin d'éliminer certains soumissionnaires en fonction de critères objectifs comme l'expérience passée ou la capacité financière et technique. En réduisant le nombre de soumissionnaires, la présélection peut aussi encourager les prestataires retenus à élaborer des propositions de meilleure qualité, compte tenu de l'obligation qui est faite au pouvoir adjudicateur de ne pré-sélectionner que des soumissionnaires qui remplissent tous ses critères de sélection. En France, par exemple, il est courant dans le cadre des procédures de commande publique sous forme de PPP de réduire le nombre des soumissionnaires à quatre à l'issue du processus de présélection. Les soumissionnaires présélectionnés sont invités à participer à l'appel d'offres selon des critères d'attribution objectifs. Les pays de référence utilisent couramment des critères comme l'« offre économiquement la plus avantageuse » (OEPA). Cette mesure ne tient pas uniquement compte du prix proposé par le soumissionnaire ; elle permet également au pouvoir adjudicateur de déterminer la valeur de tout risque que celui-ci s'efforcerait de lui rétrocéder. Au Mexique, la législation sur les marchés publics précise que le marché doit être attribué au soumissionnaire qui propose « les conditions les plus avantageuses ». Ces conditions intègrent des facteurs comme les modalités de financement, les conditions techniques et les résultats obtenus dans le cadre de précédents marchés.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**Dans la plupart des pays partenaires méditerranéens, les grands principes fondamentaux de transparence, d'équité et d'égalité de traitement sont inscrits dans le droit des marchés publics.** Les procédures de chaque pays défendent ces principes à différents degrés, comme expliqué ci-après.

**Tous les pays partenaires méditerranéens adhèrent de façon générale à la bonne pratique de la publicité ouverte des projets faisant l'objet d'appels à la concurrence, bien que dans une mesure variable.** L'Algérie, par exemple, a une culture de diffusion large des possibilités de soumissionner, d'ouverture publique des offres (proposition financière) et

d'attribution des marchés en public (en présence des médias). En Israël, en application de la loi sur les appels d'offre obligatoires et des règlements y afférents<sup>22</sup>, les appels publics à la concurrence doivent être largement diffusés dans les journaux nationaux et sur le site Web du ministère des finances. Au Liban, des lois spécifiques à des projets (comme la loi 218 du 13 mai 1993) ont déjà été promulguées pour faciliter la soumission d'offres. Les procédures de passation des marchés utilisées sont globalement conformes aux pratiques des marchés internationaux de PPP et prévoient notamment la publication d'avis de marchés. Il serait toutefois préférable d'élaborer un processus de passation d'application plus générale, conférant davantage de certitude aux éventuels futurs investisseurs. La loi égyptienne sur les PPP<sup>23</sup> prévoit que les appels d'offres doivent être publiés, mais les règles de cette publicité doivent être fixées par des décrets applicatifs.

**Concernant les critères d'attribution des marchés, les pays partenaires méditerranéens ont recours à une procédure d'évaluation en deux temps, les offres techniques et financières étant évaluées séparément.** Cette façon de faire constitue une bonne pratique à condition d'allouer une pondération appropriée à la solution technique. Dans certains cas, l'accent placé sur le montant de l'offre peut avoir l'effet indésirable de réduire l'évaluation technique à un simple filtre pour évincer les propositions inadéquates au plan technique. En Algérie, en Jordanie, au Liban, en Tunisie et en Syrie, par exemple, le soumissionnaire le moins disant est sélectionné s'il franchit le seuil minimal technique. En procédant d'abord à une évaluation de passage des offres techniques, puis à une évaluation de l'offre financière la moins disante, le pouvoir adjudicateur risque de ne pas choisir la meilleure solution technique correspondant à ses besoins et donc, de ne pas obtenir le meilleur rapport coût-résultats. Une façon d'éviter cet écueil consiste à utiliser des critères d'attribution complexes appliquant des pondérations aux divers composants de l'offre sans se fonder exagérément sur le prix (cf. encadré 13). Il est essentiel de définir des critères spécifiques car, en l'absence de critères définis, celui de « l'offre la moins disante » s'appliquera par défaut. Au Maroc, par exemple, le critère d'attribution le plus couramment utilisé est celui de « l'offre économiquement la plus avantageuse ». La définition marocaine de « l'offre économiquement la plus avantageuse » est globalement conforme à la pratique internationale qui met l'accent sur le coût global de la solution et non uniquement sur le coût le plus bas à court terme. En Israël, pour les marchés qui ne sont pas attribués sur le critère du prix le plus bas, on prend en compte l'avantage global des offres pour le pouvoir adjudicateur. Toutefois, l'importance accordée aux offres financières ou techniques varie et les barèmes continuent de surpondérer le prix jusqu'à hauteur de 80 %.

**Encadré 13 – Critères d'attribution : l'offre la moins disante ou l'offre économiquement la plus avantageuse ?**

Les critères qui décideront de l'attribution du marché devraient mesurer le rapport coût-résultats. Toutefois, le « rapport coût-résultat » ne peut être en soi un critère d'évaluation. Le rapport coût-résultats de l'offre est fonction de ses composants. Les critères applicables sont donc soit ceux de « l'offre la moins disante » soit ceux de « l'offre économiquement la plus avantageuse » (OEPA), pour laquelle on prend en considération, outre le prix, d'autres facteurs, qui sont pondérés de façon appropriée et qui permettent de noter chaque soumissionnaire.

**L'offre la moins disante**

L'approche de l'offre la moins disante ne tient pas toujours compte des différences au niveau des aspects qualitatifs de l'offre. De ce fait, elle ne convient généralement que pour les marchés de services simples, à court terme et à faible valeur ajoutée, ou pour un cahier des charges standard. Pour les projets complexes en PPP, il est généralement préférable d'utiliser le critère de l'OEPA, à condition de procéder à une évaluation des pondérations à appliquer.

**OPEA – équilibrer la qualité et le coût**

L'importance qu'un pouvoir adjudicateur accorde au prix et à la qualité doit naturellement varier, en fonction du budget disponible et de la nature du projet. Des modèles de notation peuvent être élaborés pour allouer les différentes « pondérations » aux diverses composantes de l'offre. Une pondération plus forte du prix pourra par exemple mieux convenir pour un projet avec un budget très serré et un cahier des charges clair et détaillé, alors qu'il conviendra d'accorder une pondération plus importante à la qualité (cf. ci-dessous) lorsque le niveau de service fourni est crucial pour l'administration concernée.

<sup>22</sup> Mandatory Tenders Regulations 5753-1993

<sup>23</sup> Loi N°67 de 2010

Les critères de qualité doivent être adaptés au thème du marché afin d'être directement liés et proportionnels aux exigences du pouvoir adjudicateur. En voici des exemples :

- les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles
- les compétences à mettre en œuvre
- la capacité
- l'amélioration permanente
- la politique de service client
- la date ou la période de livraison et la capacité à la respecter
- l'égalité des chances
- les normes de performances, le contrôle qualité, l'autosurveillance et les plaintes
- l'impact relatif sur l'environnement
- les questions de développement durable et les aspects environnementaux
- le niveau de compétence de la main-d'œuvre
- l'assistance technique
- la valeur technique

Il convient d'ajuster ce qui précède en tenant compte de la nécessité de garantir la comparabilité objective des différentes solutions techniques.

**En Jordanie, en Égypte et en Israël, la publication des critères d'évaluation garantit la transparence.** En Israël, les critères d'évaluation et d'attribution sont déterminés de façon ad hoc pour chaque projet. Les critères et la méthodologie d'évaluation font généralement l'objet d'une description détaillée, avec, par exemple, une présentation du système de notation. Le comité technique des PPP jordaniens est libre de fixer ses propres critères d'évaluation, mais il est tenu de dévoiler les critères d'évaluation qu'il aura retenus tant dans l'appel à manifestations d'intérêt que dans la section de l'appel à propositions (AAP) portant sur les instructions aux soumissionnaires. Cela constitue une bonne pratique, garante d'équité et de transparence. La procédure d'appel d'offres prévue par loi égyptienne sur les PPP précise que les documents d'offre rédigés par l'unité centrale des PPP en liaison avec le pouvoir adjudicateur concerné doivent contenir des informations générales relatives au projet, le cahier des charges et les exigences techniques (y compris les critères et la méthodologie d'évaluation et les instructions et le calendrier de dépôt des offres). Il s'agit en théorie d'un processus rigoureux et qui devrait garantir la concurrence.

**L'équité envers l'ensemble des soumissionnaires pourrait être renforcée en Algérie par l'élimination du traitement préférentiel appliqué aux soumissionnaires nationaux, à l'instar de ce qui a été fait en Égypte.** Contrairement à la loi sur les marchés<sup>24</sup>, la nouvelle loi égyptienne sur les PPP<sup>25</sup> ne prévoit aucun traitement préférentiel pour les soumissionnaires égyptiens. La préférence nationale a sans doute été supprimée dans ce texte parce qu'elle posait des difficultés aux investisseurs internationaux. Les investisseurs internationaux peuvent en effet être désavantagés dans les pays qui accordent une préférence aux entreprises locales. Cette incertitude peut inciter les prestataires étrangers à ne pas soumissionner. Les marges de préférence appliquées par exemple en Algérie continuent de désavantager les éventuels investisseurs étrangers. Cette question importante de l'équité envers l'ensemble des soumissionnaires appelle peut-être une réponse spécifique des pouvoirs publics algériens si ces derniers entendent encourager l'investissement étranger.

---

<sup>24</sup> Loi N° 89 de 1998

<sup>25</sup> Loi N° 67 de 2010

**Les soumissionnaires qui n'ont pas été retenus en sont-ils dûment informés et disposent-ils d'un recours ?**

**La personne publique est-elle tenue de justifier ses décisions ?**

#### *Pays de référence*

**Dans les pays de référence, la possibilité de recours juridique et la garantie par les pouvoirs publics du respect des procédures légales assurent la conformité aux principes généraux d'équité et de transparence dans la commande publique.** Dans ces pays, si le pouvoir adjudicateur ne respecte pas la procédure prévue pour la passation des marchés, les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue ont la possibilité de faire appel de la décision d'attribution du marché devant un organe indépendant et impartial. Compte tenu de l'ampleur des enjeux, des ressources engagées et des coûts encourus pour participer au marché, il est important d'assurer aux soumissionnaires que la procédure de passation des marchés leur garantit l'égalité de chances et que tout rejet d'une offre repose entièrement sur les caractéristiques intrinsèques de celle-ci. En cas de défaut dans la passation d'un marché dans les pays de référence, les soumissionnaires lésés peuvent porter leurs griefs devant un organe indépendant ayant compétence pour offrir un recours effectif. Ces dispositions renforcent la responsabilité de la personne publique.

**Les candidats évincés sont informés de leur éviction et des raisons pour lesquelles leur offre n'a pas été retenue.** Au Royaume-Uni, en France et en Pologne, par exemple, le pouvoir adjudicateur est tenu (du fait de l'intégration dans le droit national de la législation européenne sur les marchés publics) d'informer en détail les soumissionnaires évincés. Cette information marque le début d'un délai suspensif (obligation de *stand-still*) pendant lequel le contrat, bien que techniquement attribué, ne peut pas être signé, dans l'attente d'un éventuel recours d'un soumissionnaire qui s'estimerait lésé. Ces délais ne sont pas très longs (dix jours, par exemple, en vertu du droit européen des marchés publics) et n'occasionnent généralement pas de difficultés pour le soumissionnaire retenu ou pour le pouvoir adjudicateur. Au Mexique, les soumissionnaires évincés disposent de six jours ouvrés pour déposer un recours s'ils estiment que la procédure de passation des marchés qui a été appliquée n'est pas conforme à la loi.

**Les recours en cas de non-respect des procédures sont clairs et effectifs.** La récente législation européenne (transposée par exemple en droit anglais par les amendements de 2009 à la réglementation des marchés publics) stipule un nouveau régime de recours qui applique des sanctions plus sévères aux collectivités publiques en cas de non-respect des procédures de passation des marchés. La loi autorise la suspension automatique de toute attribution de marché en cas de procédure juridique à l'encontre du pouvoir adjudicateur (aucune saisine distincte des tribunaux n'est requise). Ce dernier peut toutefois demander la levée de la suspension. Les marchés qui ont été attribués peuvent en outre être jugés inefficaces (ou nuls). Le pouvoir adjudicateur serait alors contraint de recommencer une procédure de passation des marchés. Des amendes peuvent par ailleurs être infligées aux pouvoirs adjudicateurs dans le cas de déficiences de leurs procédures de passation des marchés, même si, en pratique, le montant de ces sanctions pécuniaires reste incertain. Des mesures correctrices efficaces incitent les autorités à se conformer aux procédures de passation des marchés et assurent aux investisseurs des voies de recours appropriées si la passation des marchés n'est pas réalisée de façon équitable et transparente.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**Les pays partenaires méditerranéens se sont dotés de procédures pour répondre aux griefs des soumissionnaires évincés concernant l'intégrité du processus d'appel à la concurrence.** Soit ces procédures sont définies par des lois spécifiques sur les PPP (adoptées ou à l'état de projet, le cas échéant), soit le droit général prévoit un recours contre les décisions des collectivités publiques en cas de non-respect des procédures de passation des marchés. C'est le cas en Tunisie, où la législation générale autorise un recours contre les décisions de la personne publique en cas de présomption d'irrégularité commise par cette dernière. La loi

égyptienne sur les PPP<sup>26</sup> prévoit une procédure de recours pour les soumissionnaires évincés, mais elle ne traite pas (ce qui appelle peut-être des clarifications) de la question des mesures correctrices, ni des réparations en cas de non-respect des règles de passation des marchés. En Israël, la jurisprudence fixe un ensemble de principes généraux supplémentaires applicables à toute passation de marchés publics, imposant au pouvoir adjudicateur l'obligation d'éviter même l'apparence que des irrégularités aient pu être commises. Un manquement aux principes d'égalité de traitement des soumissionnaires, de concurrence équitable, de caractère raisonnable, de bonne foi, de non-discrimination et d'évitement de l'arbitraire et des conflits d'intérêt fait encourir un risque de contestation devant les tribunaux, même si, en pratique, les saisines concernent rarement des PPP. En Syrie, s'il existe des possibilités de contestation des décisions de passation des marchés, l'efficacité du processus n'est pas claire et bénéficierait d'une élaboration dans le contexte des PPP. Au Maroc, l'un des bienfaits de la nouvelle loi sur les PPP concerne l'amélioration qu'elle est susceptible d'apporter au processus de passation des marchés de PPP en traitant des mesures correctrices dont disposeront les soumissionnaires évincés en cas d'irrégularités avérées.

#### **Procédure d'appel public à la concurrence – recommandations et (ou) facteurs de réussite**

- Prévoir dans le droit des procédures claires de passation des marchés qui conviennent aux structures de PPP
- Faire que la procédure de passation des marchés respecte les principes clés d'équité, de transparence et de concurrence
- S'assurer que le cadre de la commande publique rend les pouvoirs adjudicateurs responsables de leur décision, laquelle doit identifier un adjudicataire capable de mettre en œuvre le projet avec succès
- Instaurer un processus de passation des marchés structuré et incluant des étapes qui reflètent l'échelle et la complexité du projet
- Concevoir une procédure de commande publique qui crée les conditions propices à la concurrence entre les soumissionnaires, de façon à permettre aux pouvoirs publics de maximiser le rapport coût-résultats
- Diffuser convenablement les avis de projets en utilisant les médias accessibles
- Employer des critères d'attribution objectifs et transparents
- Obliger les pouvoirs adjudicateurs à se conformer strictement aux procédures, car cela lève l'incertitude en éliminant le risque de contestation
- Publier des avis d'attribution des marchés
- Informer les soumissionnaires évincés de cette décision et leur donner l'occasion d'obtenir des réponses à leurs questions et des explications concernant le rejet de leur offre
- Conférer aux soumissionnaires évincés des droits clairs de contestation et des mesures correctrices efficaces

<sup>26</sup> Loi N° 67 de 2010

## 6. RÉDACTION DU CONTRAT ET RÉPARTITION DES RISQUES

Selon l'un des principes fondamentaux des structures de financement sur projet, l'avantage économique pour toutes les parties est optimal si les risques sont contractuellement affectés à la partie la mieux à même de gérer le risque spécifique. En conséquence, le contrat doit impérativement être rédigé de manière à garantir un résultat optimal pour toutes les parties.

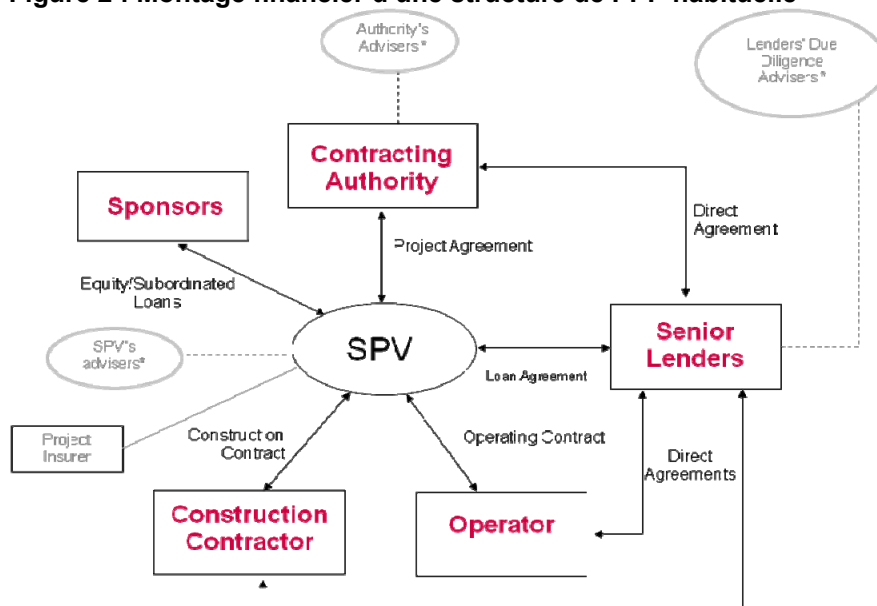
*La présente section expose tout d'abord les principes fondamentaux de la répartition des risques et de la structure contractuelle des opérations réalisées dans le cadre de partenariats public-privé (PPP) dans les pays de référence. Elle analyse ensuite chaque risque important et examine les grandes questions liées à chacun de ces risques, ainsi que la manière dont ils sont traités dans les contrats de PPP, dans les pays de référence et dans les pays partenaires méditerranéens. Les mécanismes de paiement et les risques financiers seront abordés dans la section suivante.*

### **Grands principes généraux régissant la répartition des risques et la structure des contrats**

#### *Pays de référence*

**De manière générale, le montage de type financement sur projet reconnaît la participation et les intérêts de toutes les parties au projet, notamment la personne publique, la société de projet, les promoteurs, les sous-traitants et les bailleurs de fonds.** Dans le cas des pays de référence et des pays partenaires méditerranéens, la structure du projet comprend habituellement des accords directs entre la personne publique contractante et les bailleurs de fonds, des droits de substitution pour les créanciers (par exemple pour remplacer l'opérateur si nécessaire), une garantie par cession de créances liées au projet, ainsi que les documents essentiels relatifs au projet et à la structure de financement. Les principes régissant la répartition des risques entre les parties publique et privée dépendent du pays et du projet en question, bien que l'on puisse observer certains principes de base, comme ceux décrits ci-dessous. La figure 2 ci-dessous illustre le montage financier d'une structure de PPP habituelle.

**Figure 2 : Montage financier d'une structure de PPP habituelle**



*\* Advisers required by parties: legal, technical, financial, insurance and sector specific such as traffic or demand analysts, and fuel or resource analysts (e.g. wind studies)*

REPLACER :	PAR :
Authority's Advisers*	Conseils de la collectivité publique*
Lenders's Due Diligence Advisers*	Conseils d'audit préalable des bailleurs de fonds
<b>Sponsors</b>	<b>Investisseurs</b>
<b>Contracting Authority</b>	<b>Pouvoir adjudicateur</b>
Equity/Subordinates Loans	Capitaux propres & Prêts subordonnés
Project Agreement	Accord de projet
Direct Agreement	Accord direct
SPV's advisers*	Conseils de la société de projet*
<b>SPV</b>	<b>Société de projet</b>
Loan Agreement	Accord de prêt
<b>Senior Lenders</b>	<b>Prêteurs de premier rang</b>
Project Insurer	Assureur du projet
Construction Contract	Contrat de construction
Operating Contract	Contrat d'exploitation
Direct agreements	Accords directs
<b>Construction Contractor</b>	<b>Entrepreneur chargé de la construction</b>
<b>Operator</b>	<b>Opérateur</b>
* Advisers required by parties: legal, technical, financial, insurance and sector specific such as traffic or demand analysts, and fuel or resource analysts (e.g. wind studies)	* Conseils requis par les parties : juridique, technique, financier + assureurs et experts sectoriels, tels qu'analystes trafic ou demande, et analystes ressources (ex. : combustibles, éolien)

**Les opérations de PPP assorties d'un financement sur projet présentent une caractéristique unique : la société de projet est dite « de cantonnement ».** Cette méthode permet de limiter l'exposition aux risques des contractants et promoteurs privés. Grâce au cantonnement, l'actif et le passif de la société de projet sont dissociés de la personne publique et des promoteurs. La société de projet est constituée dans le but exclusif de limiter les possibilités de recours des créanciers (en cas d'échec du projet) à ses actifs. Pour la personne publique, le cantonnement de la société de projet constitue un avantage majeur des PPP par rapport aux marchés publics classiques et permet de mener à bien des marchés à forte intensité capitalistique, les risques financiers liés aux dépassements de coûts, aux retards d'exécution et aux mauvaises performances d'exploitation étant essentiellement transférés au partenaire privé.

**Les structures de financement sur projet peuvent favoriser la mise en œuvre réussie d'un projet.** Généralement, un montage de type financement sur projet, présentant les caractéristiques décrites ci-dessus relatives à la structure du contrat et au cantonnement, ainsi que certaines caractéristiques connexes telles qu'un dispositif de sûreté solide incitera toutes



les grandes parties au projet (personne publique, société de projet, bailleurs de fonds et principaux sous-traitants) à maintenir leur intérêt pour une mise en œuvre réussie du projet et à appliquer la discipline requise à cet effet.

**Par conséquent, une analyse détaillée des risques liés au projet s'avère essentielle.** Chaque événement potentiel pouvant empêcher le projet de répondre aux attentes initiales doit être identifié et quantifié, tant en ce qui concerne sa probabilité de survenance (fréquente ou rare, par exemple) que son incidence financière s'il survient (variant de mineure à catastrophique). Les risques identifiés peuvent alors être répartis entre la société de projet et ses contreparties contractuelles (personne publique, sous-traitants, actionnaires) ou prévus dans le plan financier de la société de projet. Cette affectation des risques est régie par des dispositions spécifiques des contrats de projet ou, dans certains cas, par le droit général. Au Royaume-Uni, lorsqu'elle approuve le modèle économique d'un PPP, la personne publique analyse spécifiquement la répartition des risques au moyen d'une matrice des risques qui permet d'identifier, pour le projet en question, la nature du risque et la partie qui est supposée l'assumer. Les mêmes principes de répartition des risques sont alors repris dans les documents relatifs au marché, de manière à informer clairement les acteurs privés de la répartition des risques préconisée.

**En conjuguant répartition équilibrée des risques dans le contrat de PPP et procédure d'appel à la concurrence, la personne publique s'assure que le partenaire privé offre le meilleur prix et, partant, optimise sa rentabilité et ses ressources financières.** Par définition, un projet rentable réduit le coût de son capital, renforce la bancabilité des projets, limite les risques assumés par la personne publique au strict nécessaire et réduit la prime de risque que le partenaire public doit payer et, partant, le coût de la prestation des services d'infrastructures. Le meilleur rapport coût-résultats, d'autre part, représente l'équilibre optimal entre le coût du cycle de vie complet des biens ou services et leur qualité (ou aptitude à l'usage), nécessaire pour répondre aux exigences de l'utilisateur (définition du Trésor britannique). Cet équilibre contribue à stabiliser les flux de trésorerie du projet qui incitent les bailleurs de fonds et les investisseurs nationaux et internationaux à investir dans les PPP. En pratique, ces investisseurs assumeraient à la fois des risques liés au projet (avec des garanties des sous-traitants, comme il est d'usage dans le cas du financement sur projet) et les risques de crédit relevant du secteur public, une combinaison qui a déjà été financée sans difficulté dans bon nombre de marchés de PPP.

**Dans les pays de référence, les PPP ont notamment eu pour résultat d'amener les entreprises privées à assumer tous les risques liés à la fourniture des prestations conformément aux spécifications requises.** Fondamentalement, l'opérateur privé assume les risques de ses propres prestations. Les risques macroéconomiques, comme la fluctuation des taux de change et l'inflation, sont généralement affectés à la personne publique, à moins que le partenaire privé ne puisse les gérer ou les couvrir séparément. Le risque lié à un changement de la loi ou de la réglementation est du ressort de la personne publique, qui y remédie par le versement d'une compensation ou une modification du contrat, afin d'éviter la dissolution de la société de projet. Les événements assurables, comme les dommages, constituent des risques relevant du secteur privé et leur coût (y compris le manque à gagner) est couvert par une assurance. Les risques liés aux événements échappant au contrôle des parties (les cas de force majeure) sont généralement partagés, mais la définition même du cas de force majeure peut varier en fonction du pays. Dans les pays de référence, le résultat attendu est souvent défini dans un guide d'orientation spécialisé, publié à l'intention d'un secteur spécifique (comme au Royaume-Uni, par exemple), ou dans une documentation normalisée (comme les projets mexicains relatifs aux routes et à l'électricité), toute différence par rapport à la norme ou aux expériences précédentes requérant une approbation centrale. Ces directives n'ont nécessité qu'une actualisation occasionnelle reflétant l'évolution des conditions du marché et sur certains points spécifiques, et ont largement contribué à accélérer les négociations et la passation des marchés pour les PPP.

**Sur la base de cette répartition des risques, les cocontractants doivent observer une discipline claire concernant leurs relations et la gestion du projet.** Pour la personne publique, le principal avantage de l'approche des PPP réside dans la discipline du projet. En effet, si cette dernière est bien structurée, le partenaire privé sera fortement incité à respecter les délais et les spécifications. En conséquence, le partenaire public doit vérifier avec soin,

avant de signer le contrat, si l'élaboration du projet, le calendrier d'exécution et les spécifications lui conviennent. Après avoir signé le contrat, il ne peut demander des modifications importantes que dans des circonstances exceptionnelles, dans le respect de la procédure de modification contractuelle, pour convenir du prix et des spécifications d'une variante. Par la suite, il arrive rarement que le pouvoir adjudicateur interfère avec la manière dont la société de projet mène le projet à bien (à condition qu'elle le fasse dans le respect des spécifications contractuelles). Il gère plutôt le projet en qualité de client pour veiller à ce que les services soient fournis conformément aux conditions du contrat. Ce principe s'applique également lorsque la collectivité publique ou tout autre organe gouvernemental participe aussi à la société de projet : ce genre d'opération de co-investissement favorise le partenariat et contribue au partage des retombées économiques du projet, mais empêche la collectivité publique de passer outre les contrats du projet. Le partenaire public doit pouvoir gérer le contrat de manière adéquate pendant la phase d'exploitation afin que le partenaire privé puisse travailler dans le respect des normes imposées. Cela s'avère plus facile pour certains projets, comme les centrales électriques ou les routes à péage, et plus difficile pour les projets d'équipements sociaux, comme les écoles ou les hôpitaux.

**L'accord de projet (ou contrat de PPP) représente la principale convention entre l'autorité publique et le partenaire privé.** Cet accord régit le partenariat et la répartition des risques entre les cocontractants public et privé pendant la durée du contrat, généralement de l'ordre de 25 à 30 ans, et définit l'étendue de leurs relations, et notamment (sans restriction) : la portée des travaux et services, les exigences en matière de rendement, les normes de performance, la structure des paiements (y compris la répartition des risques liés à la demande et aux performances), les événements causant des retards, les conséquences des modifications législatives, les événements causant une défaillance, les droits de résiliation et les procédures de règlement des litiges. L'accord de projet jette les bases du projet et établit le cadre d'élaboration de tous les autres documents relatifs au projet.

**Les bailleurs de fonds contribuent au financement de la société de projet chargée de la construction de l'équipement, conformément aux modalités de l'accord de prêt et aux documents connexes relatifs au financement.** L'accord de prêt régit notamment les modalités de tirage et de remboursement, les cas de défaillance et les droits de suivi des bailleurs de fonds. Le contrat de financement comprend également : des avis de cession (relatifs à la cession des droits et intérêts de la société de projet en vertu des principaux documents contractuels, et de la sûreté établie sur ses actifs) ; des accords directs (pour créer, pour les créanciers, des droits de substitution concernant les différents contrats conclus par la société de projet et leur apporter toutes autres assurances qu'ils pourraient réclamer) ; des accords de couverture (pour couvrir les fluctuations des taux d'intérêt ou de change) ; des contrats de comptes (régissant les opérations réalisées sur les comptes bancaires de la société de projet qui peuvent servir de sûretés pour les créanciers prioritaires).

**En tant que guide de référence indicatif, l'annexe 1 décrit une analyse de risques caractéristique d'un projet PPP bancable.** Pour chaque risque, le tableau repris dans l'annexe énumère les facteurs d'atténuation potentiels et les préférences des bailleurs de fonds, des promoteurs et des collectivités publiques. Les risques spécifiques identifiés, ainsi que leurs mesures d'atténuation et leur répartition suggérées, sont représentatifs, dans les grandes lignes, d'une série de projets dont le montage financier (financement sur projet) a été couronné de succès. Toutefois, il est essentiel de procéder à l'analyse des risques spécifiques de chaque projet. En outre, la liste mentionnée en annexe 1 n'est pas exhaustive.

***L'assurance en tant qu'outil de gestion des risques et les difficultés à obtenir des assurances adéquates pour les PPP***

*Pays de référence*

**En conditions de marché normales, aucune difficulté particulière ne vient entraver l'obtention d'assurances appropriées lors du lancement d'un projet.** La principale préoccupation concerne le risque de voir les assurances se raréfier ou devenir trop onéreuses pendant la durée de vie du projet. À la signature des contrats financiers d'un projet, la société de projet est généralement en mesure de souscrire des assurances pour toute la période de

construction, même si elle s'étend sur plusieurs années. Par la suite, les assurances sont souscrites chaque année pendant la période d'exploitation. Cependant, le marché des assurances est cyclique. La fluctuation des primes d'assurances dépend des sinistres antérieurs et de la conjoncture économique (à titre d'exemple, les primes d'assurances pour les projets réalisés au Royaume-Uni ont pratiquement triplé après le 11 septembre 2001). Il est parfois difficile de trouver des assurances couvrant certains risques, du moins à des conditions commercialement réalistes. Ces risques échappent au contrôle de la société de projet. De manière générale, les projets basés sur des redevances de disponibilité présentent un niveau d'endettement élevé et un excédent de trésorerie après frais d'exploitation réduit. Ainsi, toute augmentation importante des primes d'assurances engendre une réduction proportionnelle du rendement pour les actionnaires. Pour traiter ce problème, sur le marché britannique des PPP, les contrats de ce type prévoient des normes de référence en matière d'assurances, ainsi qu'un ajustement de la rémunération du PPP si les primes d'assurances commerciales dépassent un certain seuil. Le caractère non assurable – qui constitue généralement un motif de défaillance en vertu du prêt – est considéré comme un motif de résiliation, à moins que la collectivité publique n'accepte d'agir en tant qu'assureur de dernier ressort pendant la période d'inassurabilité.

#### **Encadré 14 – Programmes d'assurances pour les PPP**

En matière d'assurances couvrant le financement de projets, les normes suivent généralement les grands principes suivants :

- Un programme d'assurance commun est attribué dans le cadre du projet, toutes les parties prenantes étant assurées à titre nominatif – la société de projet, la collectivité publique, les bailleurs de fonds et les principaux sous-traitants ; ces parties sont des assurés nominatifs (habilités à réclamer des indemnités, mais pas assujettis à une double indemnité) et la police comprend généralement une clause de « non-invalidation », ce qui signifie que le droit d'une partie assurée de réclamer des indemnités ne sera pas invalidé si l'une des autres parties assurées résilie la police.
- Le programme d'assurance couvre tous les risques, y compris les dommages corporels, le vol et la responsabilité civile. Il comprend également toutes les assurances obligatoires, comme l'assurance RC automobile et les assurances de l'employeur. Les risques couverts incluent généralement les troubles civils et les actes de terrorisme ; une couverture de pertes marines avant réception est requise concernant la fourniture de composants essentiels pour la construction. Dans certains pays (comme dans le cas des premiers projets en PPP réalisés au Mexique), une assurance couvrant le risque politique est nécessaire pour couvrir notamment l'expropriation et les troubles civils, ainsi que l'impossibilité de transférer et de convertir les devises.
- Une assurance couvrant le manque à gagner (eu égard aux risques assumés pendant la période de construction) ou l'interruption des activités est nécessaire pour compenser la perte de recettes engendrée par un événement assuré. Ces extensions de police sont essentielles pour les bailleurs de fonds parce qu'elles leur permettent de couvrir le service de la dette pendant la reconstruction des installations visées par le projet.
- Les bailleurs de fonds insistent pour obtenir une cession des assurances à titre de sûreté, afin de contrôler l'utilisation des sommes versées dans le cadre d'une indemnisation. Toutefois, cela est souvent régi par les accords de projet, à telle enseigne que les banques ne peuvent s'opposer à ce que les indemnités perçues soient utilisées pour relancer le projet.
- Habituellement, les bailleurs de fonds demandent aussi que les polices d'assurances soient souscrites auprès de compagnies solvables et spécifient à cet effet des exigences minimales de notation pour les assureurs. En règle générale, les bailleurs de fonds recourent aux services de conseillers en assurance pour élaborer un programme de couverture qui convienne aux deux parties. Ce processus peut être long, en particulier dans les marchés non éprouvés.

**L'ensemble des couvertures d'assurances requises pour les PPP est généralement disponible dans les pays partenaires méditerranéens.** Par conséquent, les accords de projet devraient s'inspirer de ce qui se pratique dans les pays de référence et spécifier les assurances nécessaires, mais aussi prévoir la possibilité que les assurances se raréfient ou deviennent hors de prix pendant la durée du projet.

Le montant des primes d'assurances varie d'un pays méditerranéen à l'autre. Dans certaines zones, il dépend aussi du risque de catastrophes naturelles, notamment en Algérie, dans le nord d'Israël, en Cisjordanie, au Liban et sur la côte syrienne (risque de tremblement de terre), ainsi que dans le delta du Nil et sur le littoral israélien (tsunami). La couverture « actes de terrorisme » est disponible dans tous les pays partenaires méditerranéens (la masse internationale de primes couvrant les actes de terrorisme est très étendue), mais à des niveaux différents. Par rapport aux normes internationales en la matière, les taxes sur les primes d'assurances sont élevées au Maroc (14 % pour l'assurance « tous risques construction » et les assurances couvrant les biens immobiliers), en Tunisie (10 %), au Liban (11 %, taxes municipales incluses) et en Syrie (8 %), ce qui majore le coût des projets tout en restant fiscalement neutre pour l'État.

**La plupart des pays exigent que les polices d'assurances soient souscrites sur le marché local, ce qui influe sur le coût des assurances, sur le risque d'indisponibilité et sur la sûreté du créancier quant aux assurances du projet.** Tous les pays partenaires méditerranéens, à l'exception d'Israël, exigent que les assurances des entités locales (qui englobent les sociétés de projet constituées et domiciliées dans le pays) soient souscrites auprès d'assureurs nationaux agréés. Le fait de réduire le pool d'assureurs principaux pourrait pousser les primes à la hausse. Il se peut que les marchés locaux soient plus sensibles aux perturbations que le marché mondial. Dans ce cas, la protection spécifique des sociétés de projet, que prévoient les accords de projet, contre le risque d'indisponibilité des assurances ou de flambée des primes pendant la durée du projet peut s'avérer plus importante que prévu. Dans certains cas, (notamment dans les pays n'ayant pas valeur d'investissement), l'obligation de recourir aux services d'un assureur national pourrait aller à l'encontre de l'exigence habituelle des bailleurs de fonds pour des assureurs présentant un certain niveau de solvabilité (note minimum). Toutefois, les bailleurs de fonds ne peuvent imposer cette condition si l'assureur est une filiale ou une entreprise associée d'un des nombreux grands groupes d'assurances internationaux représentés dans la majorité des pays partenaires méditerranéens. En outre, les bailleurs de fonds s'efforceront d'obtenir la reconnaissance de la sûreté accordée sur la base des assurances des principaux assureurs de la société de projet (que le risque soit réassuré dans le pays ou à l'étranger).

### ***Répartition contractuelle des principaux risques liés au projet***

#### **Risque lié à la conception, à la construction et aux spécifications techniques**

- Les contrats de PPP sont-ils basés sur les résultats, de telle sorte que c'est le secteur privé qui assume les risques liés à la conception et à la construction ? Les paiements doivent-ils commencer dès l'achèvement satisfaisant de la construction (à savoir pas de services, pas d'honoraires) ?
- La norme d'exécution des travaux est-elle clairement définie dans le contrat de PPP ?
- Le sous-traitant chargé de la construction est-il suffisamment encouragé à livrer le projet dans le respect des délais et du budget ?
- Le sous-traitant chargé de la construction est-il tenu pour responsable des vices qui seraient constatés dans les travaux pendant une période donnée ?

---

<sup>27</sup> Les informations relatives aux pays partenaires méditerranéens ont été compilées par Willis Limited à partir de données nationales obtenues auprès d'AXCO Insurance Information Services et de Crystal – Lloyd's Global Trading Information.

**Les contrats de PPP sont-ils basés sur les résultats, de telle sorte que c'est le contractant privé qui assume les risques liés à la conception et à la construction ? Les paiements doivent-ils commencer dès le bon achèvement de la construction (pas de services = pas d'honoraires) ?**

#### *Pays de référence*

**Selon la pratique établie dans les pays de référence, la société de projet assume les risques liés à l'élaboration et à la construction et les transfère à un sous-traitant chargé de la construction (avec des garanties appropriées pour la personne publique).** En évitant d'assumer les risques liés à la conception et à la construction, le partenaire public doit uniquement veiller à ce que les actifs du projet soient en mesure de répondre aux exigences de la collectivité publique en matière de services et de résultats. Les contrats de PPP sont généralement basés sur les résultats. Cela signifie que la société de projet est chargée d'élaborer et de construire l'équipement conformément aux exigences du pouvoir adjudicateur. La société de projet n'est rémunérée qu'après l'achèvement de l'équipement et le démarrage du service (« pas de service, pas d'honoraires »). Par conséquent, les bailleurs de fonds préféreront que la société de projet transfère tous les risques liés à la conception et à la construction à un sous-traitant, suffisamment solide sur le plan financier, expérimenté dans le domaine de la conception et disposant des connaissances technologiques requises pour accepter ces risques dans le cadre d'un contrat de conception-construction.

**Dans les pays de référence, les collectivités publiques peuvent se prononcer sur les travaux de conception et exiger des modifications mineures qui n'affectent pas trop les coûts.** Toutefois, la collectivité publique n'est pas supposée approuver la conception ou signer pour accord, car cela revient à retransférer les risques au pouvoir adjudicateur. La pratique standard consiste, pour le contrat de PPP, à inclure une procédure de révision de la conception établissant des modalités de présentation du concept par la société de projet et prévoyant la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de le commenter. Le contrat précisera également l'étendue des modifications mineures autorisées avant qu'elles n'affectent les coûts.

**En transférant à la société de projet les risques liés à l'élaboration et à la construction, les collectivités publiques des pays de référence incitent leurs partenaires privés à concevoir et à construire l'équipement qui présente le meilleur rapport coût-résultats sur tout le cycle de vie du projet.** Cette approche a pour objet de créer des actifs de meilleure qualité. En effet, la société de projet devra optimiser l'équilibre entre la maîtrise des coûts d'investissement et la minoration des futurs coûts de maintenance qui pourraient apparaître pendant la durée du contrat.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**Dans les pays partenaires méditerranéens jouissant d'une certaine expérience des PPP, la répartition des risques liés à la conception et à la construction est conforme à la vision des pays de référence.** Le partenaire privé sera donc responsable de la conception et de la construction du projet. La société de projet gèrera ce risque en le transférant à un sous-traitant et concepteur chargé de la construction (le maître d'œuvre). En outre, le fait d'autoriser des discussions officielles sur le concept pendant la procédure d'appel à la concurrence favorisera une approche plus itérative de l'élaboration des exigences des autorités adjudicatrices en matière de résultats et, partant, donnera lieu à des propositions de conception de meilleure qualité, en particulier pour les projets complexes. De telles procédures sont envisagées par le droit égyptien relatif aux PPP<sup>28</sup>, ainsi que par des propositions de lois jordaniennes et syriennes dans le même domaine.

---

<sup>28</sup> Loi n° 67 de 2010.

## La norme d'exécution des travaux est-elle clairement définie dans le contrat de PPP ?

### *Pays de référence*

**En règle générale, la collectivité publique définit la norme d'exécution des travaux et l'intègre dans le dossier d'appel d'offres et dans le contrat.** Si certaines législations déterminent la norme de qualité qu'un donneur d'ordres doit exiger de l'entrepreneur auquel il confie la réalisation des travaux de construction, l'expérience acquise dans les pays de référence démontre que les normes de construction pour les projets réalisés en PPP devraient être explicitement définies dans les contrats (qui devraient ainsi préciser les conditions techniques détaillées à remplir avant de parvenir à la phase d'exploitation). À titre d'exemple, en Pologne, le code civil, la loi sur les PPP et la loi sur les concessions prévoient que le respect d'un degré raisonnable de soin et de compétence soit exigé dans les contrats de PPP, mais ces derniers contiennent également des dispositions qui imposent à la société de projet de se conformer au cahier des charges technique ou fonctionnel du pouvoir adjudicateur. De même, en France, si la législation intègre la notion d'ouvrage propre à sa destination, les contrats de PPP précisent les normes qui doivent être respectées dans le cadre du projet en objet. Au Mexique, lorsque la législation ne donne aucune indication sur les normes de qualité devant être respectées dans le cadre des travaux, la pratique veut qu'il soit fait mention de la norme la plus appropriée dans le dossier d'appel à la concurrence ainsi que dans le contrat. De cette manière, les normes d'exécution les plus pertinentes peuvent être définies en fonction des besoins spécifiques du projet, ce qui procure un degré de certitude supérieur aux parties concernées.

### *Pays partenaires méditerranéens*

**Jusqu'à ce jour, l'approche adoptée dans les pays partenaires méditerranéens suit celle des pays de référence en ce sens que les normes devant être respectées dans l'exécution des travaux propres à un projet sont définies dans le contrat de construction.** Les notions de degré raisonnable de soin et de compétence, règles de l'art ou normes internationales comptent parmi celles que l'on retrouve le plus souvent.

**En Tunisie, au Maroc et au Liban, la norme minimale à appliquer aux travaux est régie par la législation, mais il serait souhaitable que les autorités définissent des normes supplémentaires dans les contrats de PPP.** En Tunisie, les parties concernées doivent remplir leurs obligations avec un degré raisonnable de soin et de compétence et faire en sorte que l'ouvrage qu'ils réalisent soit propre à sa destination. Au Maroc, la loi sur les concessions<sup>29</sup> stipule que les services publics doivent être fournis selon des normes minimales qui s'appliquent même lorsqu'elles ne sont pas expressément mentionnées dans le contrat. Dans la pratique toutefois, les normes détaillées qui sont d'application sont précisées dans les contrats de PPP au Maroc. Au Liban, la législation impose aux entrepreneurs de réaliser les travaux avec un degré raisonnable de soin et de compétence. Toutefois, les collectivités publiques libanaises intègrent des normes d'exécution supplémentaires dans leurs contrats de construction, et notamment des spécifications et des mesures de référence internationales comme celles de la BSI ou de l'UE lorsqu'elles définissent des normes d'exécution contractuelles.

**En Égypte et en Syrie, où les normes d'exécution des travaux ne sont pas strictement réglementées par la législation, les collectivités publiques doivent les spécifier dans le contrat de PPP.** Ainsi, en Syrie, le projet de loi sur les PPP<sup>30</sup> stipule que chaque contrat de PPP doit inclure des dispositions relatives aux conditions de la fourniture du service, aux normes applicables et aux garanties d'exécution ainsi qu'aux pénalités correspondantes. En Égypte, la loi sur les PPP<sup>31</sup> ne définit pas les normes d'exécution. Celles-ci doivent figurer dans les contrats de PPP.

<sup>29</sup> Loi 54-05 promulguée par le dahir n° 1-06-15 du 14 février 2006.

<sup>30</sup> Projet de loi sur les PPP du 20 avril 2010.

<sup>31</sup> Loi n° 67 de 2010.

**Le sous-traitant chargé de la construction est-il suffisamment encouragé à livrer le projet dans le respect des délais et du budget ?**

*Pays de référence*

**D'une manière générale, le sous-traitant chargé de la construction doit verser des dommages-intérêts à la société de projet en cas de retard d'exécution. Il est dès lors dans son intérêt d'exécuter les travaux dans les délais prévus** (en dehors des retards liés à des mesures libératoires et des événements donnant lieu à une indemnisation). Pour la société de projet, le respect des délais est motivé par le fait qu'elle ne commence à recevoir les paiements au titre des services fournis qu'une fois les travaux de construction achevés. Pour se couvrir contre le manque à gagner potentiel qui découlerait d'un éventuel retard, la société de projet impose des dommages-intérêts au sous-traitant chargé de la construction en cas de dépassement du délai fixé pour la fin des travaux.

**Les approches prévues sous l'angle du droit civil tout comme du droit coutumier pour la détermination du niveau des dommages-intérêts sont jugées acceptables par les investisseurs dans les pays de référence.** En particulier, en Pologne, la loi sur les PPP stipule que le contrat de PPP doit définir les conséquences d'un défaut d'exécution (y compris les dommages-intérêts). Si les conditions d'application des dommages-intérêts et le niveau de ces derniers peuvent être déterminés avec une grande liberté, il est important que la société de projet quantifie avec précision ses pertes (notamment en termes d'augmentation des charges de financement et de manque à gagner) afin de les répercuter sur le sous-traitant en charge de la construction. D'après la jurisprudence britannique, le niveau des dommages-intérêts prévu dans le contrat doit refléter le montant estimé des pertes. Si ces dommages-intérêts sont trop élevés, ils sont considérés comme une sanction financière et ne peuvent être appliqués. En Pologne, le code civil stipule que le niveau des dommages-intérêts peut être ajusté s'il s'avère que les pertes effectives sont beaucoup moins élevées que le montant des dommages-intérêts, ou dans l'hypothèse d'une exécution substantielle.

*Pays partenaires méditerranéens*

**Dans l'ensemble des pays partenaires méditerranéens, il est admis que l'application de dommages-intérêts constitue pour l'entrepreneur une incitation à livrer le chantier dans le respect des délais et du budget prévus.** Conformément à la meilleure pratique internationale, le niveau des dommages-intérêts est précisé dans le contrat de construction et est destiné à compenser les pertes encourues par la société de projet (augmentation des coûts de financement et manque à gagner, par exemple). Dans les pays partenaires méditerranéens qui ont un code civil, l'accent est mis sur l'adéquation du niveau des dommages-intérêts prévu dans le contrat. Le tribunal peut intervenir à la demande de l'un des contractants et ajuster ce niveau si la perte effectivement réalisée lui est supérieure ou inférieure. Une telle intervention est bénéfique si elle a pour but de corriger une réelle inadéquation, mais elle peut également introduire un certain degré d'incertitude. Il serait dès lors souhaitable que le niveau contractuel des dommages-intérêts corresponde d'emblée à une estimation juste et raisonnable, ce qui permettrait d'éviter des ajustements répétés. Au Liban, certains types de dommages-intérêts peuvent donner lieu à ce qui serait considéré comme une double indemnisation dans d'autres juridictions. En particulier, si les dommages-intérêts peuvent être assimilés à une sanction financière pour retard d'exécution, le tribunal peut toujours procéder à une attribution séparée des dommages-intérêts résultant de la rupture effective du contrat. Une telle approche n'est pas courante sur les marchés internationaux des PPP. En Israël, la législation sur les dommages-intérêts suit l'approche du droit coutumier britannique et met l'accent sur les estimations de dommages-intérêts prévisibles établies par les cocontractants. Les pénalités (c'est-à-dire les sanctions pécuniaires) ne sont pas autorisées.

**Le sous-traitant chargé de la construction est-il tenu responsable des vices qui seraient constatés dans les travaux pendant une période donnée ?**

*Pays de référence*

**Le contrat de construction peut prévoir une période fixe durant laquelle l'entrepreneur chargé de la construction est responsable des vices de construction ou de conception.** La durée de cette période varie en fonction de la nature des travaux, mais elle est en général comprise entre un et cinq ans. Pour la société de projet et ses bailleurs de fonds, il est souhaitable que la période durant laquelle l'entrepreneur chargé de la construction est responsable des défauts soit aussi longue que possible (même s'il est admis que des périodes de responsabilité excessivement longues peuvent avoir pour conséquence une hausse sensible du prix).

**Parallèlement aux dispositions spécifiques relatives aux défauts prévues dans le contrat de construction, les périodes de responsabilité peuvent également être définies par la législation en vigueur dans un pays donné.** En France par exemple, l'article 1792 du code civil impose une responsabilité décennale pour les ouvrages de génie civil après achèvement des travaux. Cette disposition s'applique aux travaux réalisés par l'entrepreneur chargé de la construction. La collectivité publique dispose d'autres voies de recours en cas de vice, via les dispositions relatives à la disponibilité et à l'exécution énoncées dans le contrat de PPP.

*Pays partenaires méditerranéens*

**Dans la majorité des pays partenaires méditerranéens, la responsabilité des défauts est prescrite par la loi.** En Algérie, en Égypte, en Jordanie, au Maroc, en Syrie et en Tunisie, la législation impose une responsabilité décennale au partenaire privé pour les vices de conception ou de construction. En Israël, la responsabilité des vices de conception est attribuée dans le cadre du contrat et incombe en règle générale à la société de projet. La période de responsabilité prévue dans le contrat de construction est négociée avec le sous-traitant et varie en fonction de la nature du projet. Au Liban, l'article 668 du code des obligations et des contrats stipule que la partie qui réalise les travaux de construction est responsable de tout défaut constaté dans l'ouvrage réalisé pendant une durée de cinq ans à compter de la livraison du chantier.

#### **Calendrier et autorisations**

- **La collectivité publique fournit-elle les terrains requis pour le projet ?**
- **À quel contractant incombe-t-il d'obtenir les autorisations et permis (permis d'aménagement, notamment) ?**

**La collectivité publique fournit-elle les terrains requis pour le projet ?**

*Pays de référence*

**En principe, les terrains sur lesquels sont réalisés les projets en PPP sont mis à disposition par la collectivité publique.** En effet, les pouvoirs adjudicateurs sont en règle générale propriétaires des terrains concernés (dont ils accordent des droits d'utilisation) ou, si tel n'est pas le cas, ils ont les moyens d'en négocier l'acquisition. Dans le cas des PPP en Afrique du Sud par exemple, l'entité adjudicatrice met les terrains à disposition et délivre un certain nombre de permis (en particulier pour le zonage et l'aménagement urbain). De plus, bon nombre d'administrations qui disposent de programmes de PPP bien établis sont en droit de procéder, si nécessaire, à des acquisitions forcées de terrains, sous réserve d'une indemnisation appropriée. Cependant, elles ne peuvent en principe user de leur pouvoir d'expropriation que dans des conditions faisant l'objet d'un contrôle strict en raison des incidences politiques et sociales négatives qu'une telle mesure est susceptible d'avoir. Le



pouvoir d'expropriation peut présenter des avantages pour le développement des PPP, mais il est important que le processus soit géré avec précaution et que les droits à indemnisation des personnes touchées soient dûment pris en compte.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**Dans les pays partenaires méditerranéens, les projets en PPP sont habituellement réalisés sur des terrains qui appartiennent à l'administration ou dont cette dernière fait l'acquisition.** L'acquisition ou la détention des terrains ne pose dès lors aucune difficulté pratique pour la société de projet, si ce n'est celle du délai requis pour leur achat (le cas échéant) par la collectivité publique. Il s'agit là d'un élément intéressant pour les investisseurs en ce sens qu'il revient à la personne publique d'obtenir l'ensemble des licences et permis directement liés à l'acquisition du site. Toutefois, l'attribution de la responsabilité de l'obtention d'autres permis d'aménagement et d'autres autorisations pour la réalisation des travaux sur le lieu choisi varie d'un pays à l'autre.

**À quel contractant incombe-t-il d'obtenir les autorisations et permis (permis d'aménagement, notamment) ?**

#### *Pays de référence*

**Les risques au stade des permis d'aménagement du site sont soit attribués au partenaire privé, soit, au minimum, partagés entre les parties.** Les processus relatifs aux permis d'aménagement ne sont pas conçus sur mesure spécifiquement pour les projets en PPP. D'une manière générale, les dispositions normales de la législation relative à la propriété et à l'aménagement dans les pays de référence permettent au grand public d'élever des objections et d'être entendu par des tribunaux spécialisés dans les questions d'aménagement (via des droits d'appel, notamment), ce qui peut rendre le processus long et d'issue incertaine. Certains projets intègrent donc des contrôles qui ont pour but de limiter ces procédures d'objection et d'appel par des tiers. Les projets dans certains secteurs (comme celui des transports) peuvent bénéficier de certaines autorisations statutaires afin d'éviter l'application de la législation en matière d'aménagement. Le projet de transport Crossrail en Angleterre en est un bon exemple. La loi Crossrail de 2008 stipule que le permis d'aménagement pour l'exécution des travaux dans le cadre du projet est réputé délivré par cette même loi et que les dispositions normales relatives aux demandes de permis d'aménagement ne s'appliquent pas. Le partenaire privé cherche en principe à éviter tout retard ou tout refus dans l'obtention des autorisations et permis d'aménagement, notamment lorsqu'il respecte sur le fond les exigences en la matière. D'autres options sont possibles pour le partage des risques au stade des permis d'aménagement : la collectivité publique peut par exemple obtenir un permis d'aménagement simplifié et il incombe alors à l'acteur privé d'obtenir le permis détaillé, ou bien la collectivité publique s'emploie à faciliter l'octroi des permis.

**Dans le cadre des PPP dans les pays de référence, il incombe à l'entité privée d'obtenir toutes les autres autorisations définitives** (comme par exemple les autorisations environnementales, les permis de construire, les autorisations d'exploitation de l'eau et les autres autorisations relatives à la conformité avec les normes sanitaires, de sécurité, d'hygiène et de protection anti-incendie). L'obligation de la collectivité publique se limite en principe à fournir une assistance raisonnable à la société de projet dans les démarches qu'elle entreprend pour obtenir les autorisations. La coopération interministérielle et entre les organismes publics intervenant dans la délivrance des autorisations est encouragée.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**En Égypte, en Jordanie et au Maroc, la répartition des risques au stade des permis d'aménagement suit dans bien des cas la meilleure pratique en vigueur dans les pays de référence** de sorte que les investisseurs et les bailleurs de fonds n'ont pas à craindre de se voir exposés à des risques qu'ils ne seraient pas en mesure de gérer. La société de projet est chargée d'obtenir les différents permis d'aménagement et autorisations requis, lesquels varient

en fonction de la localisation du projet et de la nature de l'activité entreprise. Le partenaire privé peut être protégé par le contrat lorsqu'un retard dans la délivrance des permis constitue un cas de défaillance. En Égypte, le nouveau modèle de PPP protège la société de projet contre des retards excessifs ou un refus injustifié de la part des services administratifs dans l'établissement des licences et permis, un tel événement étant considéré comme un cas de défaillance de la part de l'entité adjudicatrice. Il s'agit là d'un point positif car la collectivité publique supporte certains des risques liés aux retards excessifs. En Jordanie, la société de projet obtient en principe les permis d'aménagement avec l'aide du pouvoir adjudicateur. Au Maroc, la loi sur les concessions<sup>32</sup> impose au pouvoir adjudicateur d'aider le partenaire privé dans l'obtention des autorisations nécessaires. La société de projet doit faire de son mieux pour obtenir ces autorisations, mais la responsabilité du partenaire privé n'est en principe pas engagée dans le cadre du contrat qui régit le projet si ces documents ne sont pas délivrés, pour autant qu'il ait pris toutes les mesures possibles pour les obtenir. Étant donné que les permis d'aménagement peuvent être délivrés à différents niveaux au sein de l'administration, les autorités compétentes en la matière pour un projet donné doivent être clairement définies d'emblée et les lignes de communication avec ces autorités doivent être ouvertes. Le risque de retard s'en trouve ainsi réduit. Mais le permis d'aménagement simplifié est souvent délivré avant le bouclage financier et de ce fait, le risque encouru est moindre.

**En Algérie, en Israël et en Tunisie, le partenaire privé supporte contractuellement le risque lié à l'obtention des permis et licences nécessaires pour permettre la construction et l'exploitation des projets dans le cadre des PPP.** Les organes publics concernés ne garantissent pas la délivrance des autorisations et de ce fait, le partenaire privé s'expose au risque de retard dans l'obtention des permis requis ainsi qu'au risque de ne pas pouvoir les obtenir. Ceci peut dissuader les investisseurs étrangers (qui ne sont pas forcément préparés à risquer les sommes parfois très importantes requises pour la préparation des plans et la réalisation des études et autres audits préalables) d'introduire des demandes de permis d'aménagement lorsqu'il existe un risque important de retard. Dans la pratique, dans ces pays, le risque lié à l'obtention des permis d'aménagement et des permis environnementaux est partagé entre le contractant public et le partenaire privé dans une certaine mesure. Les organes publics veulent notamment s'assurer que des actions préliminaires suffisantes sont bien entreprises avant que les projets ne soient mis sur le marché. Une assistance est également fournie dans l'obtention des permis d'aménagement et autres et, en particulier, il existe une volonté de la part de l'administration responsable des permis de construire de faire preuve de souplesse lorsque le projet présente un intérêt public.

**Au Liban et en Syrie, le risque au stade des permis d'aménagement est assumé par la collectivité publique.** Au Liban, si le pouvoir adjudicateur ne parvient pas à obtenir les autorisations nécessaires et que, par conséquent, le projet n'est pas achevé dans les délais ou que sa conception est redéfinie, il peut y avoir indemnisation du partenaire privé. En Syrie, d'après la législation en matière d'aménagement, les permis d'aménagement doivent être obtenus par la collectivité publique, qui doit dès lors assumer la responsabilité en cas de non-obtention ou de retard d'obtention de ces documents. Cette approche de la répartition des risques n'est pas adaptée pour les projets en PPP, comme en témoigne le projet syrien de loi sur les PPP<sup>33</sup> qui prévoit d'autres dispositions à cet égard. Ce projet de loi impose à la société de projet la responsabilité des demandes de permis d'aménagement ou des autres autorisations requises. L'entité publique est uniquement tenue d'assister la société de projet dans sa démarche d'obtention des permis nécessaires.

---

<sup>32</sup> Loi 54-05 promulguée par le dahir n° 1-06-15 du 14 février 2006.

<sup>33</sup> Projet de loi sur les PPP du 20 avril 2010.

## Prorogations de délais et événements donnant lieu à indemnisation

**Les contrats de PPP prévoient-ils le versement d'indemnités et des prorogations de délais lors de la survenance de certains événements indépendants de la volonté de la société de projet ?**

### *Pays de référence*

**Selon la pratique habituelle dans les pays de référence, une société de projet obtient réparation lorsque survient un événement indépendant de sa volonté qui génère un manque à gagner, un surcroît de dépenses d'investissement ou un retard dans le programme de construction.** Du point de vue de la collectivité publique, il est important que la continuité du service public soit assurée dans de telles circonstances. L'octroi d'un délai supplémentaire dans ces conditions permet d'éviter la défaillance de la société de projet devenue incapable de respecter la date de livraison. Compte tenu des incidences financières des retards dans la réalisation du programme de construction, les investisseurs et les bailleurs de fonds exigent que les contrats de PPP prévoient une compensation adéquate de la société de projet (mesure qui sera transférée à l'entreprise de construction sous-traitante) en cas de retard indépendant de sa volonté. Au Royaume-Uni et en Afrique du Sud par exemple, les concepts « d'événements donnant lieu à indemnisation », de « mesures libératoires » et de « force majeure » sont des mécanismes contractuels établis auxquels les contrats de PPP recourent en pareil cas.

**Dans le cadre de PPP conclus dans les pays de référence, les autorités jugent approprié le versement d'indemnités à la société de projet lorsque l'événement générateur du manque à gagner ou du retard relève de la responsabilité de la personne publique.** À titre d'exemple, l'approche qui prévaut au Royaume-Uni et en Afrique du Sud retient trois catégories principales d'événements pour lesquelles la personne publique devra verser des indemnités à la société de projet :

- non-respect des obligations de la personne publique au titre du contrat ;
- modification du cahier des charges à l'initiative de la personne publique ;
- modification de la législation (examinée de manière plus approfondie ci-après).

Le versement d'indemnités figure dans les contrats de PPP sous la forme d'un événement donnant lieu à indemnisation. Le principe général pour ce qui concerne les événements donnant lieu à indemnisation devra consister à rétablir l'équilibre économique du contrat. La société de projet est par conséquent dans une position qui n'est ni meilleure, ni pire que celle qui aurait été la sienne si l'événement n'était pas survenu. Outre une compensation financière, un événement donnant lieu à indemnisation permettra un report de la date de livraison d'une durée équivalente au retard occasionné.

**Le concept d'imprévision tel qu'il figure dans la législation française autorise le partenaire privé à apporter des modifications au contrat afin d'en rétablir l'équilibre économique.** En vertu de la loi française (et d'autres cadres juridiques reposant sur le code civil en vigueur dans certains pays), la théorie de l'imprévision s'applique aux contrats administratifs (c'est-à-dire aux contrats dont l'une des parties est l'Etat). L'objectif est d'assurer la continuité des services publics en évitant le cas où le prestataire manquerait à ses obligations du fait de la survenance d'événements imprévisibles et extérieurs modifiant l'équilibre économique du contrat. Ce concept d'imprévision a vocation à s'appliquer dans plusieurs cas : forte hausse du prix des matières premières, catastrophes naturelles (tremblement de terre, tsunami ou éruption volcanique), ou encore certaines mesures prises par les autorités compétentes (telles que le gel des prix). La société de projet peut alors prétendre à une indemnisation partielle. Les parties prenantes à un contrat de partenariat français veillent à ce que le contrat définisse expressément les événements spécifiques qui mettent en jeu le concept d'imprévision et leurs incidences.

**Dans les pays de référence, les contrats de PPP prévoient également une indemnisation du partenaire privé en cas d'événements indépendants de la volonté de l'une ou l'autre des parties.** Les mesures libératoires et les événements de force majeure sont expressément définis dans le contrat de PPP. Dans les pays de référence, les événements de force majeure sont définis de manière restrictive et concernent uniquement des événements qu'aucune des parties n'est mieux placée pour gérer et qui sont susceptibles d'avoir un effet à long terme voire permanent sur la capacité des parties à exécuter leurs obligations contractuelles. Selon la définition en vigueur dans les pays de référence, les événements constitutifs de force majeure sont par exemple les conflits armés, les actes de terrorisme, la contamination chimique et biologique. Ces événements ne peuvent généralement pas être assurés à des conditions commerciales raisonnables. Dans les contrats de partenariat français, les événements de force majeure se distinguent de l'imprévision par le caractère permanent des changements économiques qui en découlent. Les événements donnant lieu à des mesures libératoires sont des événements indépendants de la volonté des parties qui empêchent l'exécution du contrat par la société de projet, mais que le secteur privé est néanmoins plus à même de gérer.

**S'agissant des mesures libératoires, le risque financier est pris en charge par le partenaire privé sauf en cas de force majeure prolongée, où il est partagé par les parties.** Compte tenu du caractère à plus long terme, voire permanent, des événements de force majeure, les clauses habituelles des contrats de PPP dans les pays de référence prévoient que les parties doivent se consulter pour résoudre les problèmes ou modifier leurs obligations en conséquence. Les clauses de force majeure intègrent par conséquent une certaine souplesse. Dans les pays de référence, les contrats de PPP prévoient que les parties peuvent convenir in fine de résilier le contrat au motif que l'événement de force majeure se prolonge. Le risque financier est partagé puisque la personne publique verse des indemnités de résiliation indirectes en cas de force majeure (voir ci-après). Le secteur privé est réputé mieux placé pour atténuer et gérer les événements donnant lieu à des mesures libératoires et assume donc les conséquences financières liées à la survenance de tels événements. Les mesures d'atténuation peuvent consister en une assurance ou prendre d'autres formes comme une gestion de projet et des procédures de gestion des risques opérationnels adéquates. La société de projet perçoit des indemnités en cas de résiliation du fait de performances insuffisantes, mais elle assumera toute augmentation des coûts ou tout manque à gagner, puisque les déductions au titre des performances continueront à s'appliquer. Aussi est-elle incitée à faire en sorte que les services soient rétablis dans leur intégralité le plus rapidement possible.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**Le régime d'indemnisation et de prorogation des délais est traité de la même manière en Egypte, au Maroc et en Israël et correspond globalement aux pratiques internationales en vigueur.** Dans ces pays, il n'existe aucune disposition législative spécifique prévoyant le versement d'indemnités (ou une prorogation des délais en cas de retard survenu dans la construction visée par le projet) pour cause d'événements imprévisibles, hormis les concepts généraux relevant du concept d'imprévision issu du droit civil. En pratique, les parties ont toute liberté pour convenir de ces questions par contrat. Les contrats de PPP conclus en Egypte et en Israël prévoient une indemnisation du partenaire privé dans les cas suivants : retards dans la prestation du pouvoir adjudicateur entravant l'exécution du contrat par la société de projet, dépenses imprévues, changements à l'initiative du pouvoir adjudicateur et autres événements indépendants de la volonté de la société de projet. Ce traitement devrait satisfaire les bailleurs de fonds aussi bien que les investisseurs.

**Dans certains systèmes juridiques basés sur le code civil (l'Algérie et la Tunisie en particulier), la théorie de l'imprévision s'applique lorsque des événements imprévisibles obèrent la viabilité économique de la société de projet.** Néanmoins, les meilleures pratiques préconisent l'inclusion de clauses contractuelles explicites se rapportant à ces événements, même lorsque la loi prévoit une indemnisation. Ainsi, la législation tunisienne sur les concessions<sup>34</sup> permet d'allonger la durée totale de concession dans certaines circonstances, en particulier dans le cas d'un retard résultant d'événements imprévisibles ou de force majeure (dans la limite d'une période maximale de prorogation selon les circonstances, avant que le

---

<sup>34</sup> Loi n° 2008-23 du 1<sup>er</sup> avril 2008.

partenaire privé ne puisse résilier le contrat). La prorogation du délai paraît acceptable lorsque le partenaire privé assume le risque lié à la demande, mais la personne publique pourrait vouloir envisager de limiter l'allongement de la durée de construction pour les modèles de PPP fondés sur des redevances de disponibilité (incitant ainsi la société de projet à achever les travaux). Si les clauses de prorogation des délais font l'objet de négociations commerciales et sont intégrées dans le contrat de PPP, une position de marché pourrait se dessiner. Le contrat tend également à assurer une meilleure protection que la jurisprudence et offre un degré de certitude supérieur aux parties en mettant à leur disposition un recours direct sans passer par une procédure judiciaire. En Algérie et en Tunisie, la négociation de clauses relatives à la prorogation de la durée et aux événements donnant lieu à indemnisation ne se fait pas selon une approche standardisée établie. Il est par conséquent recommandé d'inclure des dispositions expresses dans les contrats de PPP pour renforcer le degré de certitude offert à toutes les parties.

**Le projet de loi sur les PPP en Syrie<sup>35</sup> et le code civil jordanien prévoient une indemnisation en cas de circonstances imprévues qui échappent au contrôle raisonnable de l'une ou l'autre des parties.** L'article 205 du code civil jordanien prévoit une suspension du contrat dans certaines circonstances. Les tribunaux ont la possibilité d'exonérer le cocontractant de ses obligations. En pratique cependant, les parties ont toute liberté pour convenir de clauses contractuelles à cet égard, ce qu'il convient de privilégier pour renforcer le degré de certitude. Le projet de loi sur les PPP en Syrie permet une prorogation des délais en cas de retards d'achèvement du projet dus à des circonstances imprévisibles qui échappent au contrôle raisonnable de l'une ou l'autre des parties. Il limite à deux ans la durée maximale de prorogation de tout projet accusant un retard, probablement pour tenir compte des circonstances pouvant engendrer des interruptions ou des retards indéterminés, caractéristiques de la force majeure. Un délai supplémentaire de deux ans est en règle générale suffisant au regard d'une période de construction de trois à cinq ans. Le projet de loi syrien sur les PPP, en réglementant la durée de prorogation, assure une approche uniforme des pouvoirs publics dans la phase initiale d'introduction des PPP. Néanmoins, il est inhabituel de légiférer sur une durée maximale de prorogation, car ces questions sont généralement réglées par contrat, par exemple par la fixation d'une date de livraison en adéquation avec les caractéristiques particulières d'un projet donné.

### Performances opérationnelles

**Existe-t-il des dispositions contractuelles appropriées pour faire appliquer des normes de performances dans la phase d'exploitation ?**

#### *Pays de référence*

**Le mécanisme contractuel adopté par les pays de référence pour faire appliquer les normes de performances dans la phase d'exploitation diffère selon que le risque lié à la demande est transféré ou non au secteur privé.** Dans le cadre de mécanismes fondés sur les performances et la disponibilité (c'est-à-dire lorsque le partenaire public assume le risque lié à la demande), les performances sont maintenues et évaluées au regard du respect du cahier des charges par la société de projet, lequel spécifie le niveau de service requis pour chaque élément du périmètre du projet. La personne publique doit verser une redevance d'exploitation à la société de projet, chaque mois ou chaque trimestre par exemple. En règle générale, la personne publique imposera les normes spécifiées dans le contrat de PPP en pratiquant des déductions financières sur les paiements dus au prestataire, au titre de la non-disponibilité ou de l'insuffisance de performances. Les contrats de PPP ont pour objectif de fixer le montant des déductions en fonction de la gravité du manquement et du délai nécessaire pour remédier au problème. Aussi le prestataire est-il incité à corriger les défauts de manière rapide et efficace. La société de projet sera généralement tenue d'assurer le suivi de ses propres performances et le partenaire public disposera d'un droit général lui permettant d'accéder à l'établissement pour

<sup>35</sup> Projet de loi sur les PPP du 20 avril 2010.

réaliser un audit des performances et d'imposer des déductions supplémentaires en cas de défaut de compte rendu sur les performances. En Pologne par exemple, la loi sur les PPP dispose que le contrat de PPP doit comporter une description détaillée des incidences d'une exécution inadéquate ou d'une non-exécution des engagements, s'agissant notamment des pénalités contractuelles et des réductions de rémunération du partenaire privé.

**Les déductions constituent généralement l'unique recours de la personne publique en cas de mauvaises performances opérationnelles, la sanction finale étant la résiliation du contrat de PPP.** Les promoteurs et les bailleurs de fonds exigeront de connaître avec certitude l'exposition financière en cas de mauvaises performances et se préoccuperont de savoir si la personne publique peut réclamer des pénalités distinctes, au-delà de ce que prévoit le régime contractuel de performances. Les déductions financières pourraient ne pas être appropriées en cas de manquements de moindre gravité. En lieu et place, la personne publique pourrait imposer un système de points de performances qui affecte à chaque manquement un nombre de points fixe et applique une déduction seulement à partir d'un certain nombre de points cumulés. Cette approche avantage les bailleurs de fonds qui s'assureront ainsi que des manquements mineurs n'obèrent pas de manière disproportionnée les flux de recettes de la société de projet.

**Les contrats de concession stipulent généralement que le concessionnaire paie une somme forfaitaire à la collectivité compétente en cas de performances inférieures aux normes spécifiées.** Dans les grandes lignes, la personne publique estime ex ante le coût d'un événement particulier (dans un projet routier par exemple, l'indisponibilité de la route pendant un certain laps de temps) et exige du prestataire le versement de cette somme à titre de compensation, le cas échéant. Cette approche est également cohérente avec les principes adoptés dans les systèmes juridiques basés sur le code civil. Selon le code civil français, par exemple, les parties sont en droit de conclure une clause dite de pénalité afin de préciser le montant ex ante des dommages-intérêts sanctionnant un manquement à une obligation contractuelle. De tels mécanismes servent à inciter le prestataire à satisfaire à ses obligations contractuelles. En pratique, les pénalités seront répercutées aux sous-traitants qui assument les risques en question.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**En général, l'importance de définir clairement des critères de performances dans les contrats est reconnue dans tous les pays partenaires méditerranéens comme dans les pays de référence.** Le montant des déductions tend être proportionnel à la gravité et à la fréquence des manquements. Les déductions peuvent en outre être assorties de périodes de différé ou de délais de rectification afin de permettre à la société de projet d'agir et de corriger efficacement les manquements. Il s'agit là d'une bonne pratique. Si une gamme plus large de mécanismes de paiement est adoptée dans les pays partenaires méditerranéens, les pouvoirs adjudicateurs devront mettre en place d'autres systèmes d'application des normes opérationnelles, tels que le paiement de dommages-intérêts à la personne publique par la société de projet.

#### **Modifications législatives**

**Comment les modifications législatives seront-elles appréhendées sur la durée du contrat – existe-t-il un mécanisme de partage du risque de changement législatif ?**

#### *Pays de référence*

**On entend par risque de changement législatif le risque qu'une instance publique modifie la loi en vigueur à la conclusion du contrat de PPP durant la période visée par ce contrat, entraînant des répercussions sur les coûts d'exploitation.** Le secteur privé est en mesure d'estimer le coût des modifications législatives prévisibles avant la signature du contrat, mais il peut s'inquiéter de ce que les changements imprévisibles (indépendants de sa volonté)

risquent de renchérir les coûts de construction ou d'exploitation du projet et, partant, d'obérer sa rentabilité et sa capacité à assumer le service de la dette.

**Dans le cadre de certains projets de concession mis en œuvre dans les pays de référence, il est possible de considérer toutes les modifications législatives comme un risque relevant du secteur privé.** Ainsi, dans les concessions où les coûts induits par l'application de changements législatifs peuvent être transférés aux usagers finals par le biais de hausses tarifaires (les péages routiers par exemple), le partenaire privé devra assumer ce risque. L'intervention du secteur privé dans la fixation des tarifs peut néanmoins susciter des difficultés politiques. De fait, le partenaire privé n'est pas en mesure de fixer systématiquement les tarifs et, partant, de répercuter les incidences financières de changements législatifs sur les utilisateurs finals. Les PPP sud-africains, par exemple, appliquent une formule de partage du risque de modification législative lorsque les tarifs sont fixés par le pouvoir adjudicateur ou par un tiers.

**Dans les pays de référence, lorsque la personne publique représente le principal utilisateur ou bailleur de fonds du projet, il est admis qu'un équilibre doit être trouvé dans la répartition du risque.** On ne s'attend pas à ce que le secteur privé assume tous les coûts liés à des changements législatifs imprévisibles qui touchent directement ou visent spécifiquement le projet ou le secteur concerné. À l'inverse, les sociétés de projet devront admettre que, lorsque toutes les organisations ou entreprises sont soumises aux mêmes évolutions de la loi, le secteur privé est généralement mieux placé pour en gérer les effets et réduire au minimum le coût pour leur activité.

**Les pays de référence ont mis en place une formule de partage du risque en cas de changement législatif.** Au Royaume-Uni par exemple, les contrats de PPP distinguent (i) « les modifications législatives de portée générale » qui concernent un groupe plus large que le projet donné ou le secteur s'y rapportant, et (ii) « les modifications législatives spécifiques ou discriminatoires » qui s'appliquent spécifiquement au projet ou secteur en question. Le secteur public assume l'intégralité du risque lié à un changement législatif spécifique ou discriminatoire (en percevant tous les avantages qui en découleraient en matière d'économies de coûts) et le renchérissement des coûts liés à des changements législatifs de portée générale est partagé entre les parties selon un barème progressif. Considérons, par exemple, un projet de construction d'un hôpital au Royaume-Uni : un changement législatif portant sur le cahier des charges des équipements d'unités chirurgicales sera réputé de portée spécifique et pris en charge par la personne publique, alors qu'un changement législatif portant sur le nombre d'ascenseurs dans les bâtiments publics sera réputé de portée générale. Le risque est partagé entre le secteur privé, qui accepte d'assumer l'intégralité des coûts d'un changement législatif de portée générale jusqu'à un plafond, et la personne publique, qui assume une part croissante du risque ainsi qu'une augmentation des dépenses nécessaires à la mise en conformité. En Afrique du Sud aussi, les autorités reconnaissent généralement que la personne publique doit assumer le risque lié à des changements législatifs imprévisibles qui discriminent un partenaire privé (singulièrement ou au niveau de son secteur).

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**En Israël, en Egypte, au Maroc et en Tunisie, une formule de partage du risque de changement législatif semblable à celle en vigueur dans les pays de référence a été adoptée.** Elle semble refléter la maturité des marchés de PPP dans ces pays. En Israël, le secteur public va plus loin et assume le risque de changement législatif de nature discriminatoire en autorisant la société de projet à résilier le contrat de PPP si, pendant la période de différé, la personne publique ne la protège pas des effets de ce changement, ni ne l'indemnise, ni ne lui accorde toute prorogation de délai nécessaire pour exécuter le contrat.

**Dans les pays partenaires méditerranéens qui n'ont pas encore adopté une formule de partage du risque de changement législatif, la mise en œuvre d'une telle approche permettrait d'améliorer le rapport coût-résultats.** En Algérie par exemple, un changement législatif survenant pendant la durée du contrat n'autorise pas la société de projet à obtenir automatiquement une augmentation de ses paiements. Par conséquent, les modifications législatives sont pour l'heure essentiellement considérées comme un risque relevant du secteur

privé et que les soumissionnaires devraient intégrer dans leurs tarifs. La prime de risque au titre des changements législatifs pourrait diminuer si la personne publique reconnaissait un droit à indemnisation du secteur privé. Compte tenu de la nature à long terme des contrats de PPP, certains investisseurs et bailleurs peuvent avoir des difficultés à assumer le risque de changement législatif sans recourir à un quelconque mécanisme de partage du risque. Une méthode possible consisterait à considérer les changements législatifs comme un cas de force majeure politique. En Syrie, une formule de partage du risque figure dans le projet de loi sur les PPP<sup>36</sup>, bien que le marché des PPP ne soit pas encore mature. Ainsi, la société de projet est en droit de demander la révision d'un contrat de PPP en cas de modification de l'équilibre financier découlant de changements majeurs dans les dispositions de droit impératif à son détriment. Ce modèle fondé sur le préjudice est plus avantageux pour le secteur privé que les modèles fondés sur la nature discriminatoire ou spécifique en vigueur dans les pays de référence. Le Liban et la Cisjordanie devraient adopter une formule de partage du risque de changement législatif qui s'appliquerait aux PPP à long terme conclus par leurs collectivités publiques. En Jordanie, le risque de changement législatif est assumé par le secteur public. Dans certains cas spécifiques où il serait trop coûteux pour le secteur privé d'assumer toutes les conséquences des évolutions législatives, les autorités jordaniennes pourraient envisager d'adopter une formule de partage du risque. De fait, la charge pesant sur la personne publique en serait allégée dans le cas d'une évolution législative aux conséquences financières importantes.

### Résiliation et indemnités de résiliation

- **Les indemnités de résiliation sont-elles clairement stipulées dans le contrat de PPP ?**
- **Chaque partie est-elle en droit de mettre fin au contrat au motif d'un manquement de l'autre partie dans certaines circonstances ou en cas de force majeure ?**
- **Le contrat de PPP stipule-t-il clairement les conséquences de la résiliation, notamment les indemnités de résiliation ?**
- **Les indemnités reflètent-elles de manière adéquate la nature de la résiliation ?**

#### *Pays de référence*

**À l'instar d'autres clauses contractuelles, les indemnités de résiliation (des deux parties) sont clairement définies dans le contrat de PPP.** Aussi chaque partie a-t-elle connaissance des circonstances entraînant une résiliation, de la procédure de résiliation (en particulier, des clauses de notification et des délais de recours) et des conséquences de la résiliation. Même si la législation traite de la résiliation (à l'instar de la loi polonaise sur les PPP qui accorde des indemnités de résiliation à la personne publique), le contrat de PPP à long terme devra définir de manière exhaustive les événements entraînant la résiliation.

**Le contrat de PPP doit prévoir des clauses relatives à tous les principaux modes de résiliation.** Celles-ci devront concerner au minimum :

- la résiliation par la personne publique pour cause de défaillance du prestataire ;
- la résiliation par le prestataire pour cause de défaillance de la personne publique ;
- la résiliation en cas d'événement constitutif de force majeure.

Dans les pays de référence, les contrats de PPP prévoient généralement la résiliation dans ces circonstances.

**La résiliation pour cause de défaillance de l'une ou l'autre des parties devrait concerner des manquements spécifiques sérieux ou graves.** Il convient de définir ces manquements (plutôt que de simplement s'y référer). Ainsi, le non-paiement est généralement constitutif de la défaillance de la personne publique tandis que l'insolvabilité du prestataire, l'abandon des

<sup>36</sup> Projet de loi sur les PPP du 20 avril 2010.



travaux et la sous-traitance sans autorisation préalable sont des exemples de défaillance du prestataire.

**Les parties peuvent conclure d'autres clauses d'indemnités de résiliation.** Ainsi, on peut citer la résiliation par commodité à l'initiative de la personne publique, la résiliation à fenêtre (à des moments spécifiés pendant la durée du contrat), la résiliation pour cause de modification législative (les obligations contractuelles ne pouvant plus être respectées) ou encore la résiliation en raison d'un risque généralement assurable devenu inassurable (c'est-à-dire que l'assurance ne peut plus être souscrite du tout ou ne peut plus l'être à des conditions commerciales acceptables).

**Les motifs de résiliation tout comme les conséquences d'une résiliation devraient être clairement stipulés dans le contrat.** La loi générale peut autoriser la partie non responsable à intenter une action en dommages-intérêts devant les tribunaux, mais il est préférable d'adopter une méthode plus simple et plus sûre qui consiste à stipuler les indemnités par contrat, éventuellement par référence à une formule. Il s'agit là d'une pratique courante au Royaume-Uni, en France et en Afrique du Sud.

**Les mesures compensatoires reflètent la nature de l'événement entraînant la résiliation et la répartition du risque.** Ainsi, en cas de résiliation du contrat de PPP pour défaillance de la personne publique, ou par commodité à l'initiative de celle-ci, les indemnités à verser à la société de projet couvriront les coûts du sous-traitant et les coûts de remplacement, les indemnités de licenciement, le manque-à-gagner, le service de la dette et le rendement des fonds propres. Ces éléments figurent dans les orientations de la PFI britannique ; le montant de ces indemnités est fixé de sorte que la société de projet et ses bailleurs de fonds soient intégralement indemnisés et ne se retrouvent pas dans une situation moins favorable que si le contrat avait été mené à son terme. Les conséquences financières d'une résiliation en cas d'événement constitutif de force majeure (sans faute imputable à l'une ou l'autre des parties) devront être partagées et, de ce fait, la société de projet ne sera généralement pas indemnisée à hauteur de son apport en fonds propres ou du rendement de ces fonds propres.

**Des indemnités de résiliation sont prévues, même lorsqu'un manquement du prestataire est constitutif de la résiliation.** Si cette disposition peut être considérée de prime abord comme de nature à permettre au prestataire de tirer profit de sa propre défaillance, elle se justifie dans ces circonstances ; l'une des conséquences de la résiliation étant que la personne publique devient propriétaire des actifs visés par le projet, il convient de s'assurer qu'elle ne perçoit pas un bénéfice exceptionnel (pas d'enrichissement sans cause). Une méthode de calcul de la valeur de marché devra être adoptée, de sorte que le montant des indemnités se fonde sur le prix que paierait un tiers pour le contrat. Une telle méthode ne signifie pas nécessairement que les bailleurs de fonds seront intégralement indemnisés, ce qui les incite à participer au renflouement du projet. Selon une autre méthode en vigueur en France, par exemple, la société de projet sera indemnisée dans ces circonstances à hauteur des investissements réalisés ou des travaux entrepris, dans certaines limites parfois, et non en fonction du manque à gagner qu'elle enregistre.

**Les collectivités publiques devront seulement verser des indemnités équitables.** Des déductions sont appliquées au calcul des indemnités en fonction des éléments suivants : indemnités d'assurance, recettes perçues, soldes créditeurs, coûts et dépenses que devra engager la personne publique pour corriger les défauts et réaliser les opérations.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**Dans ceux des pays partenaires méditerranéens où le recours aux PPP est plus développé, les contrats de PPP tendent à stipuler clairement les motifs de résiliation et les droits de chaque partie.** C'est à ce jour la pratique en Algérie, en Egypte, en Israël, en Jordanie, au Maroc et en Tunisie. Dans ces pays, le contrat de PPP prévoit généralement des clauses de résiliation dans les cas suivants : (i) défaillance de la personne publique, (ii) défaillance du prestataire, (iii) force majeure et (iv) commodité (une clause qui ne figure généralement pas dans les contrats de PPP jordaniens). Les contrats de PPP sont relativement

détaillés à cet égard et tendent à inclure des dispositions de résiliation expresses prévues par la loi qui, par exemple, seraient implicites dans le code civil.

**Au Liban et en Syrie, du fait de l'expérience limitée des PPP, il est difficile de savoir si les clauses de résiliation reflèteront les meilleures pratiques (telles que décrites ci-dessus).** Cependant, on peut être optimiste au regard des contrats conclus à ce jour au Liban, qui stipulent les cas de résiliation, et du projet de loi syrien sur les PPP<sup>37</sup>, qui prévoit expressément d'assortir les contrats d'une clause de résiliation dans des circonstances définies : (i) décision souveraine (résiliation volontaire), (ii) défaillance de la personne publique, (iii) défaillance du prestataire et (iv) cas de force majeure.

**Les contrats de PPP des pays partenaires méditerranéens prévoient des indemnités de résiliation, mais il existe plusieurs approches différentes (décrites ci-après).** Cela semble refléter une expérience limitée dans le montage financier de projets faisant intervenir des banques internationales qui sont des acteurs majeurs des marchés de PPP plus développés.

**Parmi les pays partenaires méditerranéens, l'Égypte, la Jordanie et Israël semblent disposer des mécanismes contractuels d'indemnisation les plus avancés en cas de résiliation.** Les contrats de PPP conclus à ce jour spécifient clairement les formules de calcul des indemnités. Il est important de noter que les prêts de premier rang et les participations en fonds propres sont protégés dans certaines circonstances. L'approche privilégiée consiste à adapter le montant des indemnités en fonction du motif de résiliation. Un prestataire percevra par conséquent des indemnités moins élevées si le contrat est résilié du fait de sa propre défaillance. Dans ces pays, la possibilité d'indemniser le prestataire défaillant se fonde sur le principe reconnu dans les pays de référence selon lequel la personne publique ne devrait pas retirer un bénéfice du projet sans contrepartie.

**En Algérie, en Tunisie et au Maroc, les dispositions contractuelles prévoient des indemnités de résiliation, mais ne reconnaissent généralement pas spécifiquement l'indemnisation des prêteurs de premier rang et des investisseurs en fonds propres.** La méthode d'indemnisation habituelle prendra en compte la valeur des travaux et le manque à gagner, mais le mécanisme contractuel concerné pourrait ne pas prévoir explicitement la protection de la dette de premier rang et des participations. Il y a lieu de rédiger les contrats en approfondissant cette question clé afin d'inciter les bailleurs à la confiance. Au Liban, en Syrie et en Cisjordanie, le développement d'un programme de PPP suppose que ces pays considèrent les indemnités de résiliation comme un élément clé de la rédaction du contrat. Cet aspect est important pour les nouveaux entrants sur un marché d'équipements, qui seront liés par des contrats à long terme.

---

<sup>37</sup> Projet de loi sur les PPP du 20 avril 2010.

## **Répartition contractuelle des risques liés au projet – recommandations et facteurs de réussite**

### **Conception et construction**

- Transférer au secteur privé les risques associés à la conception et à la construction.
- Le secteur public doit être encouragé à procéder aux paiements selon le principe « pas de rémunération sans service » : autrement dit, les paiements au partenaire privé ne doivent commencer que lorsque les travaux de construction ont été menés à bonne fin ou lorsqu'il est établi que les critères de performances spécifiés ont été respectés.
- Définir clairement dans le contrat de PPP les normes d'exécution des travaux.
- Mettre en œuvre un système d'incitation (pénalités et (ou) primes) favorisant la bonne exécution des travaux par le partenaire privé.
- Faire en sorte que l'entrepreneur chargé de la construction soit responsable (en vertu du contrat ou du droit en vigueur) des vices de construction pendant un délai défini.

### **Questions d'urbanisme/aménagement et autorisations**

- En règle générale, la collectivité publique fournit les terrains nécessaires aux fins du projet.
- Affecter au partenaire privé les risques relatifs à l'urbanisme ou à l'aménagement, mais encourager le partenaire public à prêter assistance.
- Confier au partenaire privé le soin d'obtenir toute autre autorisation (permis de construire, par exemple), le partenaire public devant quant à lui fournir une assistance raisonnable.

### **Modifications de la législation**

- La meilleure solution dans ce domaine consiste à répartir les risques de telle sorte que le risque lié à une réforme juridique d'ordre général soit partagé, tandis que celui associé aux modifications de la législation spécifique au projet incombe au secteur public.

### **Prorogation des délais et indemnisation**

- Prévoir dans le contrat de PPP le versement d'une indemnité au partenaire privé en cas de survenance de certains événements dont la collectivité publique a la maîtrise, de façon à rétablir l'équilibre économique du contrat.
- Énoncer clairement dans le contrat de PPP les dispositions relatives aux prorogations de délais et aux dispenses accordées en cas de survenance d'événements spécifiques dont les contractants n'ont pas la maîtrise.

### **Performances opérationnelles**

- Mettre en œuvre les mécanismes de paiement et les critères de performances et de qualité de façon à assurer le respect des normes pendant la phase d'exploitation.
- Indiquer clairement les conséquences du non-respect de ces critères dans le contrat de PPP.

### **Résiliation du contrat et indemnités en cas de résiliation**

- Mentionner clairement les droits de résiliation dans le contrat de PPP, notamment ceux attribués à chacun des contractants en cas de force majeure ainsi qu'en cas de défaillance du cocontractant dans certaines circonstances.
- Insérer dans le contrat de PPP des dispositions claires concernant l'indemnité due par la collectivité dans les différents cas de résiliation.

## 7. MÉCANISME DE PAIEMENT ET RISQUES MACROÉCONOMIQUES

**Le mécanisme de paiement est le principal mode de répartition des risques macroéconomiques entre la collectivité publique ou les usagers et le prestataire titulaire du contrat de partenariat public-privé (PPP). Il vise à garantir que les collectivités publiques n'effectuent des paiements qu'en contrepartie de services ou résultats fournis et que les prestataires n'ont pas besoin de prévoir des dispositifs onéreux aux fins de la tarification de risques dont ils n'ont pas la maîtrise.**

*La présente section est consacrée à l'examen du mécanisme de paiement afférent aux PPP, et en particulier aux modalités de traitement des principaux risques financiers macroéconomiques – à savoir le risque d'inflation et le risque de change – dans les contrats de PPP, à travers l'étude des questions ci-dessous.*

- Comment mettre en place des mesures appropriées pour inciter le secteur privé à prester un service ou à fournir un résultat au moindre coût pour la collectivité tout en faisant que le projet soit bancable ?
- Les risques macroéconomiques d'inflation, de change et de taux (d'intérêt) sont-ils répartis de façon efficace ?

### Le mécanisme de paiement

#### *Pays de référence*

**Des principes communs régissant la répartition des risques financiers dans le mécanisme de paiement des contrats de PPP ont été mis au point** dans le cadre des PPP réalisés, tant dans les pays de référence que dans d'autres pays où des programmes de PPP sont en place depuis plusieurs années. Ces principes sont exposés dans l'encadré 15 ci-dessous.

#### **Encadré 15 – Le rôle des mécanismes de paiement dans le cadre des PPP**

**Dans le cadre des contrats de PPP, le mécanisme de paiement constitue le principal mode de répartition des risques économiques entre la collectivité et (ou) les usagers et la société de projet.** Dans le cadre des PPP, la collectivité publique ne rembourse pas les coûts d'investissement du projet à la société de projet lorsque ceux-ci sont encourus. En revanche, la société de projet recouvre le coût d'investissement, auquel s'ajoutent les rendements financiers et les coûts d'exploitation, pendant la durée de vie opérationnelle du projet, soit grâce aux paiements réguliers effectués par la collectivité, soit au moyen des redevances versées par les usagers, ou selon un système combinant ces deux modes de rémunération. Les formules de détermination des paiements et (ou) des redevances à la charge des usagers, ainsi que les modalités de calcul des ajustements éventuels, sont précisées dans les clauses du contrat de PPP relatives au mécanisme de paiement. En outre, la collectivité publique est généralement en droit d'opérer des retenues sur les paiements si les performances ne répondent pas aux normes et si aucune solution n'est apportée dans des délais appropriés (voir ci-dessus la section consacrée aux performances opérationnelles).

**D'une façon générale, le montant global des crédits de paiement relatifs à un projet donné doit comporter un « élément d'exploitation » et un « élément financier ».** Ces éléments couvrent respectivement (i) les coûts d'exploitation et les dépenses périodiques telles que les frais d'entretien pendant le cycle de vie du projet, et (ii) les montants versés aux bailleurs de fonds et aux actionnaires qui ont financé les coûts d'investissement du projet au titre du service de la dette et de la rémunération des fonds propres. La ventilation entre l'élément d'exploitation et l'élément financier peut être explicite – tel est le cas, par exemple, lorsque ces deux éléments sont définis expressément en tant que tels –, ou à défaut implicite, en ce sens que les formules retenues dans le mécanisme de paiement ou de tarification reflètent la ventilation sous-jacente entre l'élément d'exploitation et l'élément financier.

#### **Les crédits de paiement peuvent revêtir plusieurs formes :**

- en cas de **paiements basés sur la disponibilité ou sur les capacités**, le partenaire public effectue des paiements au titre de l'équipement tant que celui-ci est disponible et exploité conformément aux normes de performances convenues, et ce, que la collectivité publique utilise ou non effectivement le produit de cet équipement.

- Dans certains secteurs comme celui des transports, les droits de péage ou autres redevances des usagers (qu'ils soient payés par l'État, par les usagers ou les deux à la fois) peuvent être **liés à la demande ou au volume**, si le projet imposait que la société de projet ou le concessionnaire prévoient la demande et assument le risque y afférent.

**Les aides publiques non remboursables peuvent être combinées avec le mécanisme de paiement afin de couvrir une partie (mais pas la totalité) du coût d'investissement.** Dans le cadre d'un PPP, l'octroi d'une aide en capital peut permettre de maintenir les redevances exigées des usagers à un niveau abordable pour ces derniers. Sinon, si la procédure d'allocation budgétaire établit une distinction entre les budgets d'investissement et de recettes, les collectivités publiques peuvent juger plus efficace d'affecter une partie de leur dotation en capital à l'octroi d'une aide non remboursable de façon à réduire le risque que les obligations de paiement annuelles au titre des PPP n'obèrent les budgets de recettes futures. Enfin, les aides en capital sont appropriées si le besoin global de financement du projet excède l'appétit du marché pour le financement de projets de même nature dans le secteur ou pays considéré (à titre d'exemple, on peut citer plusieurs projets de métro léger au Royaume-Uni et le projet du Gautrain en Afrique du Sud). Cette pratique a été adoptée en Israël pour des projets routiers qui comportaient tous des aides en capital, dans le but de réduire le coût répercuté sur les usagers par le biais des tarifs ou des droits de péage.

**À défaut d'aide en capital, une subvention de fonctionnement annuelle peut servir à réduire le coût répercuté sur l'utilisateur final.** Le versement de telles subventions peut être lié aux performances, comme celui des redevances de disponibilité. Toutefois, le recours aux subventions de fonctionnement plutôt qu'aux aides en capital peut accroître les coûts globaux du projet étant donné que la société de projet doit financer la totalité du coût du projet.

**Certains projets ont le potentiel de générer des recettes accessoires ou réalisées par des tiers, les bénéficiaires correspondants pouvant être partagés de façon à réduire le coût annuel du projet.** Ces sources de revenu incluent notamment la location de stations-service au bord des autoroutes, les cafétérias et autres services annexes dans les hôpitaux ou les zones commerciales ou résidentielles privées aménagées dans le cadre de la mise en œuvre d'un PPP. Toutefois, l'expérience acquise sur les plus grands marchés des PPP (tels que les marchés britannique ou français) montre que très peu de projets ont le potentiel nécessaire pour une subvention croisée substantielle, et que, souvent, le promoteur choisi pour exécuter le marché en PPP ne possède pas nécessairement de solides compétences pour la gestion de l'activité génératrice de revenus de tiers. Il existe des exceptions, lorsque le projet permet de dégager des terrains excédentaires à des fins de réaménagement ou si le projet peut inclure des boutiques (cas d'un aéroport, par exemple). Cependant, si un projet comporte bel et bien des sources potentielles de revenu de tiers, il peut s'avérer plus avantageux pour la collectivité publique de dissocier cette activité accessoire du PPP et d'attribuer des marchés séparés, de façon à pouvoir affecter une partie des revenus tirés de cette activité au financement des paiements au projet.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**Les pays partenaires méditerranéens ont adopté, en matière de PPP, différents mécanismes de paiement selon le pays et le secteur concernés.** Compte tenu du nombre relativement faible de PPP attribués à ce jour, aucun principe clair n'est encore défini pour la conception des mécanismes de paiement, si ce n'est celui consistant à suivre l'exemple tiré de projets antérieurs similaires réalisés dans le même pays, comme les projets de dessalement en Algérie. En l'absence de précédent « national », les pays suivent les pratiques internationales. Ceux qui ont traditionnellement recours aux concessions, comme le Maroc, la Jordanie et la Tunisie, concluent généralement des marchés qui attribuent au concessionnaire des redevances réglementées à la charge des usagers, dont le produit est parfois partagé avec la collectivité. En revanche, le système des redevances de disponibilité a été adopté en principe dans plusieurs secteurs dans les pays partenaires méditerranéens, notamment pour les projets de traitement des eaux et de dessalement en Algérie, en Égypte et en Israël. Les projets relevant du secteur de l'électricité, comme les projets AES Amman East IPP en Jordanie et Dairut IPP en Égypte, reposent généralement sur des contrats d'achat d'électricité de type « *take or pay* » (prise ferme), le tarif unitaire de l'électricité produite étant ajustable en cas de variation des coûts des combustibles sous-jacents.

**Lors du lancement de projets basés sur les redevances des usagers, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer que les prévisions relatives à la demande sont robustes et ont été validées par une source indépendante.** Lorsque des investisseurs présentent une offre pour un projet basé sur des droits de péage ou une proposition concernant le montant de la subvention requise (qu'il s'agisse d'une subvention d'investissement ou de fonctionnement), il

existe un conflit intrinsèque entre le caractère abordable du projet et sa bancabilité. En effet, les soumissionnaires sont souvent sélectionnés selon le critère de la subvention la plus faible, qui implique de retenir les prévisions de trafic les plus optimistes. En fait, c'est pour les projets de ce type que les financements sont les plus difficiles à obtenir, en particulier en l'état actuel du marché du crédit. Il ressort des études de marché que, dans la majorité des projets de transport entrepris dans le monde entier, la demande réelle n'atteint pas le niveau prévu à l'origine. Dans certains pays partenaires méditerranéens comme la Syrie et la Jordanie, qui envisagent des PPP dans les secteurs du transport routier et du métro léger, mais qui disposent d'un nombre limité de projets de référence pour établir les prévisions de demande, les bailleurs de fonds internationaux feront preuve de prudence lors de l'évaluation de tels projets. Dans ce cas, il serait souhaitable de recueillir en amont l'avis des investisseurs, des acteurs du marché et des bailleurs de fonds, afin de définir le mécanisme de paiement le mieux approprié. Des mesures telles que la garantie d'un niveau minimum de recettes (proposée pour le projet de métro léger Amman-Zarqa en Jordanie) et un dispositif de partage du bénéfice excédentaire peuvent être envisagés. Israël a assorti ses projets routiers de garanties d'un niveau minimum de recettes, en sus de l'octroi d'aides en capital.

**Le partage accru d'informations entre les pays partenaires méditerranéens permettrait de reproduire les mécanismes de paiement appliqués avec succès dans d'autres pays et, partant, d'accélérer les passations de marchés.** Ce partage pourrait compléter les enseignements tirés des bonnes pratiques sur le marché international en général. Cette démarche serait particulièrement bénéfique, par exemple, pour les projets dans lesquels l'évaluation technologique des performances est généralement complexe mais similaire à travers les pays, comme les projets de production d'énergie (notamment d'énergies renouvelables), les projets dans le secteur de l'eau et les autres projets d'équipements sociaux. L'intensification, au niveau régional, du partage des connaissances relatives au mode de traitement de certains risques spécifiques dans le cadre du mécanisme de paiement stimulerait en outre les candidatures d'investisseurs qui pourraient commencer à affecter des ressources aux PPP à l'échelle d'une région entière.

## Risques macroéconomiques

### *Pays de référence*

**Dans les pays de référence, le risque d'inflation est traité à la fois par des systèmes d'indexation générale des prix et par une analyse comparative spécifique des coûts.** S'agissant des crédits de paiement prévus dans ces pays, l'inflation des coûts d'exploitation est généralement gérée au moyen (i) d'une indexation annuelle de l'élément d'exploitation et (ou) (ii) d'une analyse comparative ou vérification périodique (tous les trois à cinq ans, par exemple) des éléments de coût sur le marché par rapport à des services similaires fournis dans le pays. Ces mécanismes sont nécessaires car la société de projet n'est pas en mesure d'absorber l'inflation générale des prix ni les augmentations réelles de salaires. Certaines concessions qui reposent sur des recettes de tiers prévoient l'augmentation de l'élément d'exploitation des droits de péage ou tarifs unitaires en fonction de l'inflation et (ou) de l'évolution des coûts soumis à analyse comparative. Ce système a été adopté, par exemple, dans le cas de projets relatifs à des routes à péage et à des ponts en France et au Mexique.

**Les marchés des capitaux des pays de référence sont suffisamment profonds pour que le secteur privé puisse, en règle générale, lever des financements à taux fixe de longue durée libellés dans la monnaie nationale ou couvrir les risques de change.** À l'exception de la Pologne et de certains projets mexicains, le secteur public des pays de référence n'assume pas habituellement le risque de change dans le cadre du mécanisme de paiement. Au Royaume-Uni, en France et en Afrique du Sud (hormis, pour ce dernier pays, les projets d'envergure dans le secteur de l'électricité), les marchés du crédit et des actions sont en mesure d'apporter des ressources financières suffisantes aux projets de type PPP. Au Mexique, la grande majorité des financements accordés récemment en faveur du programme de PPP relatif à des routes à péage était libellée en pesos mexicains (MXN). Les projets antérieurs étaient généralement financés en dollars des États-Unis (USD), les paiements de la personne

publique faisant l'objet d'ajustements périodiques en fonction des variations du taux de change. Dans le cas des routes à péage, les sociétés de projet ont, dans une certaine mesure, la possibilité d'ajuster les redevances des usagers, mais ces ajustements peuvent avoir un impact sur la demande et les volumes de trafic. Une grande partie des financements en faveur des PPP polonais est libellée en EUR et non en PLN, conformément à la politique des pouvoirs publics qui vise à l'adoption de l'euro dans un proche avenir. La position de la Pologne est donc analogue à celle de plusieurs pays partenaires méditerranéens pour ce qui est de la nécessité que le secteur public supporte le risque de change dans le cadre de son programme de PPP.

**Si la société de projet doit assumer des risques qu'elle ne peut ni maîtriser ni atténuer, cette situation a une incidence défavorable sur le caractère abordable du projet pour la collectivité publique.** Aux fins de la tarification de risques tels que l'inflation, les investisseurs privés (et leurs bailleurs de fonds) prennent probablement pour hypothèses d'inflation un éventail plus large de scénarios possibles que ne le feraient les collectivités publiques, ce qui a pour effet d'accroître les coûts pour le secteur public. Par voie de conséquence, la position adoptée dans les pays de référence consiste à faire supporter le risque d'inflation au secteur public. S'agissant des autres risques financiers – risque de change et risque de taux –, la plupart des pays de référence sont dotés de marchés financiers évolués qui permettent au secteur privé d'assumer le risque de change à un coût raisonnable et, compte tenu de la profondeur des marchés des capitaux, les promoteurs privés sont normalement en mesure d'obtenir des prêts à taux fixe de longue durée – ou assortis de contrats d'échange (*swaps*). L'encadré 15 ci-dessus décrit certains principes communs définis dans les pays de référence en matière de répartition des risques financiers.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**De même que dans les pays de référence, le risque d'inflation est généralement assumé par le secteur public afin de majorer le rapport coût-efficacité du projet.** Il est possible de couvrir ce risque au moyen d'une indexation générale, d'une analyse comparative ou de vérifications sur le marché. Dans la plupart des pays partenaires méditerranéens, ou bien l'inflation des prix est relativement irrégulière (comme en Égypte, en Syrie et en Jordanie), ou bien les indices de prix publiés ne sont pas toujours détaillés, ou encore une réglementation et des mécanismes de contrôle des prix sont en place (comme en Syrie). Dans ces différents cas, la réalisation régulière d'analyses comparatives ou de vérifications sur le marché serait souhaitable. Dans les autres cas (par exemple en ce qui concerne Israël et le Maroc), l'inflation est suffisamment faible et stable pour permettre l'application d'une indexation générale à une part substantielle des paiements relatifs au projet, à l'exception de certains éléments de coûts tels que des produits de base ou intrants techniques spécifiques. Israël a adopté des formules d'indexation très spécifiques qui sont étroitement liées à la structure des coûts de la société de projet et qui intègrent des ajustements en fonction de l'indice général des prix à la consommation, d'indices de coûts sectoriels et des variations des cours de change.

**La répartition des risques de change dans les mécanismes de paiement est conditionnée dans une large mesure par la profondeur des marchés des capitaux locaux.** Comme indiqué dans l'encadré 16, la répartition optimale de ces risques financiers dépend de la source de financement de la société de projet. Les pays qui disposent d'une épargne en monnaie locale – Algérie, Israël, Égypte, Tunisie et Maroc – peuvent à des degrés variables obtenir des financements nationaux suffisants pour une fraction significative de leurs programmes de PPP, mais doivent probablement solliciter des financements en devise auprès de bailleurs de fonds internationaux pour les projets de grande dimension. En tout état de cause, même si un projet est financé en monnaie locale, il peut s'avérer nécessaire de prévoir dans les mécanismes de paiement un ajustement destiné à couvrir les variations des taux de change qui affectent la composante en devise des coûts de construction, si ces derniers ne peuvent faire l'objet d'une couverture pendant toute la période de construction. Dans le cas de l'Algérie, les pouvoirs publics octroient un prêt à taux fixe en faveur du projet à des conditions identiques pour tous les soumissionnaires ; ce prêt est décaissé comme les prêts consentis par les banques publiques et, par conséquent, le seul ajustement de change nécessaire aux fins des projets concerne l'élément en devise des coûts de construction. En Égypte, au Maroc et en Tunisie, des financements en monnaie locale sont disponibles pour les PPP, mais pas à taux fixe pour toute la durée du prêt, en raison de l'absence de marchés des contrats d'échange de taux à long terme. Les pays partenaires méditerranéens dans lesquels les taux de change sont

formellement arrimés à une monnaie (comme la Jordanie, le Liban et la Cisjordanie, qui n'émet pas sa propre monnaie) ou dont le secteur bancaire privé est de dimension modeste comme la Syrie, estimeront probablement qu'en matière de PPP, les financements en monnaie étrangère sont plus avantageux sur le plan du coût, le secteur public étant mieux placé pour assumer le risque de change. Si le secteur privé est prié d'assumer ce risque, le pouvoir adjudicateur risque de devoir faire face à des paiements d'un montant plus élevé pendant la phase d'exploitation.

#### **Encadré 16 – Principes généraux de la gestion des risques de change dans le cadre des PPP**

**Dans la mesure où le projet est financé au moyen de prêts et de fonds propres en monnaie locale, la collectivité publique n'a pas besoin d'assumer de risque de change important.** Par exemple, si le projet est financé par des prêts en monnaie locale provenant de banques locales et par l'apport de capitaux propres d'un fonds d'infrastructure local, les risques de change liés au projet seront très limités, et les paiements afférents au projet peuvent être libellés en monnaie locale sans qu'il soit nécessaire de procéder à des ajustements importants au titre des taux de change. Des ajustements limités peuvent être nécessaires pour des éléments spécifiques, tels que du matériel importé, mais uniquement en cas de remplacement planifié, ou si la phase de construction est plus longue que les durées proposées sur les marchés pour des contrats à terme ou des contrats d'échange pour la monnaie locale.

**Dans la mesure où le projet est financé au moyen de prêts et de fonds propres en monnaie étrangère, il est probable que la collectivité publique devra assumer le risque de change afin de créer le rapport coût-efficacité maximum pour le projet.** Dans les cas de ce type, il convient d'ajuster les paiements relatifs au projet en fonction des variations des taux de change, soit en libellant les coûts engagés à l'étranger (notamment au titre du service de la dette) directement en monnaie étrangère, soit à travers l'indexation des paiements en monnaie locale. Il n'existe pas de marché sur lequel la société de projet puisse couvrir le risque de change en monnaie locale pendant la durée du projet. Les soumissionnaires et leurs bailleurs de fonds percevront ce risque comme une variable d'ordre essentiellement macroéconomique ou politique dont ils n'ont pas la maîtrise, en particulier lorsque les taux de change sont contrôlés comme c'est le cas dans de nombreux pays partenaires méditerranéens. Pour assurer la stabilité des flux de trésorerie nets de la société de projet, il conviendrait donc d'ajuster l'élément financier des paiements relatifs au projet en fonction des variations du taux de change sous-jacent. Là où les pouvoirs publics entendent maintenir l'arrimage du taux de change, les financements en monnaie étrangère sont généralement plus avantageux en termes de coût étant donné que l'offre de financements à taux fixe de longue durée est plus abondante dans les devises comme l'EUR ou l'USD qu'en monnaie locale. Si un pays a pour politique d'arrimer en totalité ou en partie sa monnaie, le partenaire public est alors mieux placé que le secteur privé pour couvrir le risque (par une indexation de la monnaie dans le mécanisme de paiement, par exemple) puisqu'il s'agit d'un risque dont le secteur public a le contrôle.

#### **Risques financiers et conditions de paiement – recommandations et facteurs de réussite**

- Concevoir les mécanismes de paiement conformément au principe selon lequel les risques sont imputés au contractant qui est le mieux à même de les gérer, de les maîtriser et de les atténuer – généralement de telle sorte que le partenaire privé assume les risques associés à ses propres performances et que le partenaire public supporte les risques macroéconomiques, sauf si ceux-ci peuvent être gérés ou couverts séparément par le secteur privé.
- Si certains postes de coûts de la société de projet sont exposés au risque d'inflation nationale des prix, des coûts ou des salaires, autoriser la société à transférer les variations de coûts à la collectivité publique au moyen d'ajustements du mécanisme de paiement.
- Autoriser les ajustements du mécanisme de paiement pour les variations de taux de change si la société de projet a bénéficié de financements en devise, ou (en cas de financements en monnaie nationale) si elle engage des coûts d'investissement en devise et ne peut pas couvrir le risque de change.



## 8. PROPENSION DES INVESTISSEURS ET BAILLEURS DE FONDS À INVESTIR DANS LES PPP ET AUTRES PROJETS EN FINANCEMENT SUR PROJET

Le succès d'un programme national de PPP dépend de la qualité des investisseurs qu'il parvient à mobiliser et de la disponibilité de financements. L'élaboration d'un régime d'investissement transparent et la suppression des obstacles tels que le contrôle des changes ou les restrictions au rapatriement des dividendes devraient contribuer à attirer les investisseurs étrangers, ce qui stimulera la concurrence. Il est de surcroît essentiel que les bailleurs de fonds bénéficient de solides dispositifs de sûreté (par exemple, engagement de collectivités publiques solvables ou autres formes de garanties ou de soutiens couvrant les obligations du partenaire public, possibilité de gager les créances du projet, charges et hypothèques, accords directs et droits de substitution).

*Cette section examine les grands facteurs susceptibles d'influer sur les décisions des investisseurs étrangers en abordant successivement les questions ci-après.*

- Quelles sont les principales incitations et restrictions à l'investissement étranger ?
- Des garanties appropriées sont-elles fournies lorsque nécessaire ?
- Un solide dispositif de sûreté est-il en place ?
- Quelle influence exercent les questions fiscales et comptables sur l'accessibilité économique des PPP ?
- Certaines règles ou pratiques d'ordre général sont-elles susceptibles d'influer sur la bonne mise en œuvre des PPP ?

**Quelles sont les principales incitations et restrictions à l'investissement étranger ?**

*Pays de référence*

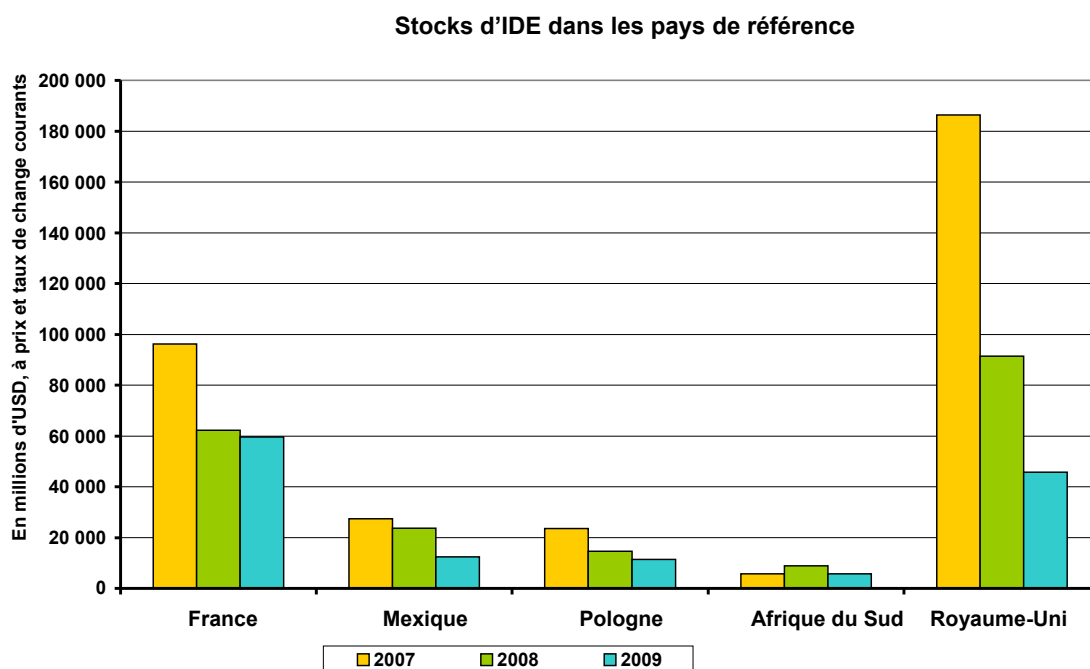
**Les programmes de PPP de tous les pays de référence parviennent à attirer des investisseurs étrangers, même si ces États appliquent encore des restrictions à l'investissement dans des contextes très particuliers.** L'Afrique du Sud, par exemple, interdit aux entités locales de procéder à des paiements en devise sans l'approbation préalable du Département du contrôle des changes de la Banque centrale d'Afrique du Sud. À cela vient s'ajouter un ensemble de mesures régulant la perception de paiements en devises par les entités locales. Ces restrictions sont progressivement supprimées, mais la crise financière récente semble avoir ralenti ce mouvement : aucun progrès significatif n'a été enregistré en la matière en 2010. Au Mexique, la loi sur l'investissement étranger<sup>38</sup> stipule que les participations étrangères dans les secteurs sensibles tels que les services portuaires, le pétrole, le gaz et l'électricité ne sauraient dépasser 49 % (les sociétés étrangères ne peuvent par exemple investir davantage dans les sociétés de projet). Cette disposition n'a cependant pas été appliquée et, à ce jour, aucune activité de PPP menée au Mexique n'a subi de restriction à l'investissement.

**Les comparaisons en volume des investissements directs étrangers montrent clairement qu'améliorer le climat d'affaires et subventionner l'investissement est une démarche fructueuse.** La figure 3 présente les stocks d'IDE dans les pays de référence en 2007-2009. Le Royaume-Uni et la France bénéficient chaque année de flux considérables d'IDE, ce qui

<sup>38</sup> Loi sur l'investissement étranger du 27 décembre 1993

s'explique par l'ouverture relative de leurs économies, le caractère généralement attractif de leurs marchés et leur pleine intégration dans l'Union européenne (UE). Le recul des IDE observé en 2008 et 2009 découle évidemment de la crise économique de 2008. Le Mexique, la Pologne et l'Afrique du Sud reçoivent tous chaque année un volume très important d'IDE, quoique bien inférieur à celui enregistré au Royaume-Uni et en France.

Figure 3



Source : CNUCED

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**La réglementation de l'investissement étranger est assez peu contraignante en Égypte, en Israël, au Liban et au Maroc.** Dans ces pays, les IDE ne souffrent d'aucune restriction particulière impossible à contourner en pratique. En Égypte, aucune disposition légale ne s'oppose à ce que les sociétés de capitaux distribuent des profits aux actionnaires étrangers. Aucun accord n'est par ailleurs nécessaire pour les transferts de bénéfices hors du pays, qui ne font l'objet d'aucune restriction. En Israël, les lois et politiques et vigueur sur l'investissement facilitent le financement des PPP, tandis que le niveau de réglementation favorise l'instauration de marchés secondaires sains pour les projets en PPP. Au Liban, l'investissement étranger n'est soumis à aucune contrainte ou disposition spécifique, mais des restrictions s'appliquent à l'actionnariat des sociétés intervenant dans des secteurs sensibles (médias, secteur foncier). Au Maroc, la loi protège les investissements étrangers et le droit à rapatrier les capitaux et profits est solidement établi dans les textes et dans la pratique.

**Les réformes récentes de la réglementation tunisienne (assouplissement des règles et réduction des démarches administratives pour les investisseurs étrangers) ont rendu le pays plus attractif pour les investisseurs.** Une série de dispositions législatives, à l'instar du Code d'incitation aux investissements, a ainsi établi le principe de la liberté de l'investissement étranger dans des secteurs tels que les communications, les transports ou le tourisme. Ces dispositions garantissent que les investisseurs étrangers, résidents ou non, peuvent investir en Tunisie sans subir de discrimination.

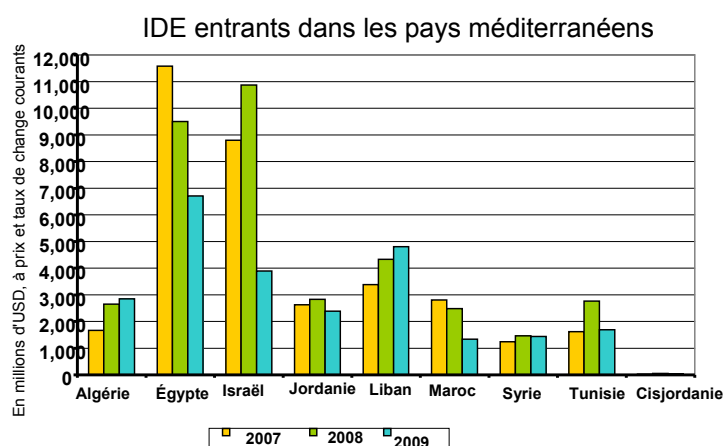
**En Syrie, la réglementation de l'investissement étranger a été assouplie au cours des dernières années, même si une réforme plus profonde de certaines dispositions pourrait accroître l'attractivité du pays pour les investisseurs étrangers.** La Syrie maintient un

système de contrôle des changes, qui pourrait rendre plus difficile, pour les sociétés de projet, de rapatrier certains revenus à l'étranger. Les fonds ne peuvent être transférés hors du pays que s'ils ont été, à l'origine, transférés depuis l'étranger vers un compte bancaire syrien et conservés dans cette banque en devise. Dans le contexte des PPP, cette règle pourrait compliquer le rapatriement des paiements reçus par des sociétés de projet au titre de leur activité en Syrie, voire le remboursement des intérêts des prêts étrangers. La nouvelle loi sur les PPP, encore au stade de projet, devrait comprendre des mesures visant à accroître l'attractivité des PPP pour les investisseurs. Les sociétés de projet et les bailleurs de fonds seront à ce titre probablement exonérés des exigences applicables aux opérations en devises.

**En Jordanie, en Cisjordanie et en Algérie, des restrictions s'appliquent dans certains secteurs à la détention d'actions par des entités étrangères, même si des dérogations peuvent être accordées.** En Jordanie, le règlement n° 54-2000 sur la promotion des investissements non jordaniens (le « règlement sur l'investissement ») énonce les limites applicables à la participation des investisseurs étrangers dans le capital de sociétés jordaniennes intervenant dans certains secteurs et menant certaines activités. Par exemple, dans la construction et l'exploitation des lignes de métro, des ponts et des autoroutes, les participations étrangères ne peuvent dépasser 49 ou 50 %. Le Conseil des ministres jordaniens peut dans certains cas limités permettre à des investisseurs étrangers dans les PPP de détenir une part plus importante du capital. S'agissant des projets menés en Cisjordanie, le ministre de l'économie est habilité à modifier le plafond légal de participation des entités étrangères dans le capital des sociétés locales (49 %) et à le porter à 99 %. En Algérie, des règles strictes ont été introduites en 2009 sur les participations, emprunts et rapatriements de bénéfices des personnes étrangères. Si des dérogations peuvent en théorie être accordées, il n'existe pas d'instructions en bonne et due forme à ce sujet. Or, ces dernières années, de nombreuses entités étrangères ont investi dans des PPP en Algérie. Pour maintenir ce flux d'investissement étranger, il serait utile d'établir des lignes directrices précisant si, et dans quel cas, les projets peuvent bénéficier de dérogations.

**La figure 4 ci-dessous permet de comparer les volumes d'IDE dans la région méditerranéenne.** Les IDE se sont réduits dans de nombreux pays partenaires méditerranéens, la crise financière internationale ayant freiné les investissements dans des secteurs axés vers l'exportation, tels que les activités portuaires et le tourisme. L'Égypte et Israël sont les pays de la région qui reçoivent le plus d'IDE, ce qui reflète le niveau de libéralisation assez élevé de leurs régimes d'investissement. La croissance enregistrée au Liban traduit quant à elle la solide reprise que connaît le pays depuis 2006, tirée notamment par la construction et l'immobilier.

**Figure 4**



## Des garanties appropriées sont-elles fournies lorsque nécessaire ?

### *Pays de référence*

**Dans les pays de référence, des garanties de paiement peuvent être fournies lorsque nécessaire par le secteur public (y compris sous la forme de garanties souveraines), selon les particularités du projet et la solvabilité du pouvoir adjudicateur.** Pour les projets en PPP impliquant le versement de redevances de disponibilité par la personne publique, les soumissionnaires et les bailleurs de fonds peuvent demander une garantie de paiement à un tiers, par exemple le ministère de tutelle, lorsqu'ils s'inquiètent de la solvabilité du pouvoir adjudicateur. Il convient de noter que la garantie dont il est ici question porte sur les obligations d'une personne publique au titre d'un mécanisme de paiement et ne constitue pas une garantie souveraine directe d'une dette. Les garanties d'État sont notamment interdites au Mexique. Dans ce pays pourtant, les PPP sont relativement bien établis, les collectivités publiques intervenant en qualité de pouvoirs adjudicateurs sont généralement notées comme « valeurs d'investissement » et l'expérience montre que les obligations de paiement sont le plus souvent respectées.

En Afrique du Sud et au Royaume-Uni, s'il arrive que le ministère de tutelle ou d'autres services de l'État apportent une garantie pour les obligations de paiement et de résultats du pouvoir adjudicateur, cela reste une mesure exceptionnelle. Les autorités d'Afrique du Sud reconnaissent ainsi qu'une garantie pourrait être accordée pour Eskom, acheteur dans le cadre du programme de centrales électriques indépendantes, même si l'entreprise est considérée comme une « valeur d'investissement ». Les agences de notation s'inquiètent en effet de la capacité de la société, au regard de son bilan, à financer les investissements considérables prévus dans les infrastructures sans appliquer des tarifs reflétant mieux les coûts encourus. Au Royaume-Uni, les obligations des fiducies du National Health Service (NHS) au titre de PPP sont couvertes par une garantie d'État (ces fiducies sont des entreprises publiques chargées de gérer les hôpitaux publics).

### *Pays partenaires méditerranéens*

**L'existence de garanties souveraines sur les obligations de paiement du pouvoir adjudicateur devrait améliorer la bancabilité de certains projets des pays partenaires méditerranéens.** Conformément à la pratique habituelle des investisseurs dans les PPP, les soumissionnaires et bailleurs de fonds évaluent en amont la solvabilité générale du pouvoir adjudicateur et le degré de confiance qu'ils peuvent lui accorder. Si des inquiétudes demeurent quant à la capacité de la personne publique à procéder aux paiements, les soumissionnaires et les bailleurs de fonds vont chercher à obtenir des garanties supplémentaires. La mesure dans laquelle des garanties souveraines ou d'autres formes de soutien public peuvent être apportées pour faciliter l'investissement des prêteurs étrangers, ainsi que les conditions y afférentes, varient selon les pays, en fonction, essentiellement, de la notation ou de la solvabilité de la collectivité publique concernée.

**L'État israélien ne fournit généralement ni garanties ni sûretés pour les obligations incombant aux personnes publiques dans le cadre des contrats.** Dans certains cas, les investisseurs internationaux n'y voient pas d'inconvénient. Pour certains projets cependant, des garanties souveraines pourraient permettre d'améliorer les conditions de financement et d'obtenir un meilleur rapport coût-résultats.

**L'Égypte fait preuve de pragmatisme en ce qui concerne les garanties souveraines de paiement.** La mise à disposition de garanties est largement fonction du projet ou du secteur et notamment de facteurs tels que les conditions de marché et les caractéristiques du projet. Cette approche pourrait sembler adaptée aux yeux des investisseurs et bailleurs de fonds étrangers, qui souhaiteront sans doute parfois obtenir des garanties d'État pour compenser certains risques (par exemple lorsque le taux d'adoption est insuffisant pour un équipement régi par un mécanisme de paiement basé sur la demande). Ces garanties permettent de réduire le coût du capital d'un projet en améliorant les conditions d'emprunt.

**Au Maroc, les conditions des garanties sont négociées en fonction du projet, sur une base commerciale, et elles induisent une charge pour les bailleurs de fonds privés.** Les bailleurs de fonds s'inquiètent du coût de ces dispositifs (actuellement 3,5 % du montant du prêt). Pour évaluer s'ils sont bénéfiques au secteur public en chiffres nets, il conviendrait d'examiner comment les soumissionnaires vont intégrer cette charge à leur offre.

**En Algérie, aucune garantie souveraine n'est généralement apportée, un inconvénient qui est compensé, en pratique, par le recours à une entreprise publique solide qui intervient en tant qu'acheteur.** Les pouvoirs adjudicateurs ont récemment créé des entités publiques dans les secteurs où les PPP sont très fréquents (eau et énergies renouvelables). L'imaturité relative de ces entités suscite des préoccupations légitimes chez les investisseurs, qui peuvent s'inquiéter de la solvabilité du pouvoir adjudicateur en tant qu'acheteur. Ainsi, l'acheteur initialement prévu pour le premier projet d'usine de dessalement était une entité créée cinq ans auparavant seulement et il a été considéré que son bilan n'était pas suffisamment solide pour garantir les paiements lui incombant. Pour résoudre ce problème, une co-entreprise a été créée avec SONATRACH. Les bailleurs de fonds ont jugé cette solution satisfaisante, mais elle a contraint à prolonger les négociations et à apporter d'importantes modifications à la documentation contractuelle, appliquées par la suite à tous les autres projets de dessalement en PPP.

**En Jordanie, au Liban, en Syrie et en Tunisie, participer à des projets en PPP serait plus attractif pour les investisseurs et bailleurs de fonds étrangers si une politique claire était établie concernant les garanties souveraines apportées aux obligations de paiement du pouvoir adjudicateur.** Il n'est pas d'usage pour ces États de s'engager sur ce plan. Comme les PPP y sont encore peu développés (en particulier au Liban), de telles garanties seraient un facteur clé pour renforcer la confiance du secteur privé et atténuer les craintes entourant les risques de paiement et le risque-pays, qui peuvent peser sur les décisions d'investissement. En Jordanie, le projet de loi sur les PPP<sup>39</sup> laisse la possibilité de fournir des garanties souveraines. Celui élaboré à ce sujet par la Syrie<sup>40</sup> ne prévoit à ce stade aucune disposition relative à une éventuelle garantie d'État sur les paiements dus aux sociétés de projet.

**En Tunisie, l'absence de garantie souveraine pour les projets en PPP s'explique par le fait qu'à ce jour, dans ce pays, les partenariats avec le secteur privé ont essentiellement pris la forme de concessions. Dans ces structures, le concessionnaire assume le risque lié à la demande et les recettes dépendent des utilisateurs finals (et non des paiements de la personne publique).** L'État ne fournit généralement aucun soutien, et ne donne notamment pas de garantie minimale de paiement. Cependant, lorsqu'il existe des craintes quant à l'adoption par les usagers d'un équipement dont le mécanisme de paiement est fondé sur la demande, l'État peut envisager d'intervenir. La garantie offerte permet dans ce cas de compenser certains risques liés à la demande et d'exercer, pour le secteur public, une influence positive en matière d'accessibilité économique et de rapport coût-résultats.

**Le niveau d'endettement du pays joue également sur la décision de l'État d'accorder ou non sa garantie.** Il est souvent impossible aux pays affichant un ratio dette/PIB élevé – par exemple, le Liban et la Jordanie – d'apporter simultanément une garantie d'État à plusieurs grands projets d'équipements, car cela induirait une charge financière insoutenable. La hiérarchisation et l'échelonnement des projets revêtent donc pour eux une importance cruciale. De surcroît, panacher, lorsque c'est possible, redevances de disponibilité et redevances d'utilisation pourrait, dans certains secteurs, aider à réduire les engagements de paiement du secteur public.

---

<sup>39</sup> Projet de loi sur les PPP du 1<sup>er</sup> juin 2010

<sup>40</sup> Projet de loi sur les PPP du 20 avril 2010

## Un solide dispositif de sûreté est-il en place ?

### *Pays de référence*

**Les cadres juridiques en vigueur dans les pays de référence admettent les principales sûretés habituellement requises dans les PPP internationaux.** Les bailleurs de fonds souhaitent le plus souvent qu'un solide dispositif de sûreté soit en place pour protéger leur investissement en cas de défaillance de l'emprunteur (la société de projet). Pour les projets en PPP menés dans les pays de référence, les bailleurs de fonds exigent que les sûretés couvrent l'ensemble des actifs de la société de projet, y compris les droits contractuels (sont notamment utilisés la cession par voie de sûreté, les gages sur comptes bancaires et les sûretés sur les actions de la société). Différents mécanismes de sûreté sont disponibles pour le financement de projets dans les pays de référence, dont ceux présentés ci-après.

- Hypothèques sur des terrains et des biens détenus par la société de projet.
- Gages et nantissements sur les actions de la société de projet ainsi que sur les machines et équipements, soldes créditeurs, créances recouvrables, droits de propriété intellectuelle et autres droits de jouissance.
- Cession de polices d'assurance par voie de sûreté.
- Cession par voie de sûreté de toutes les créances détenues sur la personne publique, les sous-traitants, les contreparties de couverture, les compagnies d'assurance et l'administration fiscale et de tous les droits afférents à tout accord auquel la société de projet est partie. En France, la cession Dailly permet de protéger le prêteur en créant entre les bailleurs de fonds et la personne publique une relation directe qui autorise les premiers à solliciter de la seconde certains paiements.
- Dispositions prévoyant le transfert des recettes dégagées par le projet vers un compte spécial bloqué, généralement auprès de la banque chef de file. Ces accords contiennent généralement une clause (dite « cascade » ou « waterfall ») instituant un ordre de priorité dans les paiements.
- Accord de soutien de projet : les promoteurs du projet apportent une garantie de bonne fin et (ou) relative aux dépassements de coûts.
- Subordination des fonds propres et prêts des investisseurs et bailleurs de fonds par rapport aux prêts du prêteur de premier rang.
- Dispositions relatives à la couverture des risques de taux et de change.
- Garanties collatérales telles qu'accords directs relatifs au devoir de diligence des sous-traitants.
- Accords directs prévoyant des droits de substitution que les bailleurs de fonds peuvent exercer en cas de défaillance ou de risque de démantèlement de la société de projet (notamment en remplaçant le constructeur ou l'exploitant si celui-ci ne respecte pas ses obligations durant une période donnée ou en transférant le contrat à une entité de substitution convenable). Ces accords directs prévoient également la subordination des droits de la personne publique par rapport à ceux des bailleurs de fonds.

### *Pays partenaires méditerranéens*

**Israël emploie des structures de sûreté complexes conformes à la pratique internationale.** Tous les instruments évoqués plus haut dans la partie sur les pays de référence

y sont utilisés. Le fait que le droit israélien les reconnaisse est un des principaux facteurs expliquant l'attrait, pour les investisseurs, des projets en PPP menés dans ce pays.

**De solides dispositifs de sûreté sont également disponibles en Égypte, en Algérie, en Jordanie, au Maroc et en Tunisie et ils sont le plus souvent conformes à la pratique internationale des PPP en financement sur projet. S'il existe certaines exceptions, des solutions sont en place pour y remédier.** Par exemple, même si la loi égyptienne ne reconnaît pas la cession par voie de sûreté, un accord de cession est conclu simultanément au contrat de prêt, accord qui est exercé sous réserve de déclaration d'un cas de défaillance. Au Maroc, le niveau de protection dont bénéficient les bailleurs de fonds est négocié. On peut généralement s'attendre à un solide dispositif incluant la constitution de sûretés sur les actifs, les actions et les comptes bancaires de la société de projet, ainsi que des accords directs en faveur des bailleurs de fonds. Le droit marocain restreint dans certaines situations la possibilité pour le secteur privé d'hypothéquer les actifs du secteur public. Ainsi, si les entreprises publiques ne sont en pratique pas soumises à cette disposition – elles peuvent bénéficier de l'exception prévue par la loi sur les concessions pour autant que les actifs reviennent à la collectivité publique une fois le prêt remboursé<sup>41</sup> –, ce n'est pas le cas des sociétés de projet détenues par le secteur privé. En Jordanie, les bailleurs de fonds et la collectivité peuvent être protégés par un solide dispositif de sûreté, même si le droit jordanien n'admet pas la possibilité de constituer un nantissement d'actifs. Tous les actifs garantis doivent donc être précisés avec un degré de certitude suffisant et il faut actualiser régulièrement les contrats pour y intégrer les actifs supplémentaires acquis au fil du temps par la société de projet. Les conditions applicables aux instruments de sûreté utilisés dans le cadre des concessions tunisiennes sont conformes à celles en vigueur sur le marché international.

**Les bailleurs de fonds des PPP algériens (des banques publiques) peuvent utiliser les instruments de sûreté les plus courants.** Le cas de l'Algérie est peu commun en ce sens que les prêteurs des PPP sont des banques publiques. Il est difficile de déterminer si la possibilité existe, pour les bailleurs de fonds, de bénéficier de droits de substitution. Le risque lié à cette incertitude peut cependant être atténué par le lien existant entre les bailleurs de fonds et l'acheteur (c'est-à-dire, l'entité publique achetant le service ou le produit).

**Les sûretés classiques de prêt aux projets sont des nouveautés au Liban et en Syrie, où les programmes de PPP sont à un stade peu avancé.** Le Liban et la Syrie élaborent actuellement leurs politiques et programmes de PPP, notamment via la législation, et des mécanismes standard de sûreté devraient y devenir disponibles. Jusqu'à une date récente, ces deux pays optaient généralement pour des mécanismes traditionnels de commande publique, du type de ceux utilisés dans la construction. Il conviendrait ainsi d'y développer les sûretés particulières employées dans les projets en PPP (par exemple, droits de substitution pour le prêteur, mise en gage de l'ensemble des actifs du projet). En Syrie, s'il est courant que les accords passés avec les collectivités publiques prévoient des droits de substitution au profit de celles-ci, il est plus rare que les bailleurs de fonds en bénéficient. L'occasion pourrait être donnée d'établir des précédents utiles en incluant de telles dispositions aux premiers accords de projet conclus au titre de la nouvelle loi sur les PPP, une fois celle-ci votée.

**Quelle influence exercent les questions fiscales et comptables sur l'accessibilité économique des PPP ?**

*Pays de référence*

**Les PPP sont habituellement fiscalement neutres et aucune incitation particulière n'est nécessaire en la matière dans les pays de référence.** Au Royaume-Uni, par exemple, lorsque la décision d'achat incombe au « département des achats » du gouvernement, celui-ci évalue les offres sur une base avant impôt. Dans les PPP en effet, les soumissionnaires fixent le prix de leur offre de manière à atteindre un certain taux de rendement des fonds propres

<sup>41</sup> Loi 54-05 telle que promulguée par le dahir n° 1-06-15 du 14 février 2006 (article 8)

après impôt. S'ils s'emploient à élaborer un montage financier aussi avantageux que possible du point de vue fiscal, ils intègrent au modèle financier et à leur offre tous les impôts à payer. Par conséquent, il faudra exclure ces derniers de l'analyse pour calculer le coût net de l'opération pour le secteur public.

#### *Pays partenaires méditerranéens*

**De la même manière, les pays partenaires méditerranéens n'ont pas introduit sur le plan fiscal ou comptable de mesures d'incitation ou de traitements spécifiques aux PPP. Les sociétés de projet suivent donc les règles nationales.** Les taux d'impôt sur les sociétés vont de 15 à 30 %, ce qui est conforme à la pratique internationale, et la plupart des pays appliquent un prélèvement sur les intérêts ou dividendes versés aux entités étrangères (habituellement fixé à 10 %, mais variable selon les conventions fiscales).

**L'opportunité d'introduire des incitations fiscales à l'investissement dans les PPP doit être examinée avec soin. En effet, les soumissionnaires tiennent compte de l'impôt anticipé (qu'il soit faible ou élevé) pour fixer le prix de leurs offres.** Par conséquent, le coût net pour la collectivité publique ou les utilisateurs finals – paiements de projet bruts moins recettes fiscales provenant de la société de projet – sera globalement identique quels que soient le taux de l'impôt ou les incitations fiscales en vigueur. Cependant, des incitations à l'investissement ou des régimes fiscaux particuliers pourraient être envisagés pour les recettes en devises et les projets induisant une compétition internationale (ports ou aéroports, notamment).

**Pour les investisseurs dans les PPP, la stabilité des régimes fiscaux applicables est plus importante que le niveau absolu des taxes et incitations.**

Lorsqu'ils calculent les paiements qui seront versés au titre du projet sur toute la durée de celui-ci, les promoteurs doivent pouvoir considérer que le régime fiscal national restera globalement identique au cours de cette période. Pour s'en assurer, ils vont vérifier que l'accord de projet leur offre un certain degré de protection contre une éventuelle évolution défavorable de la législation fiscale.

**Parvenir à un équilibre adéquat dans la réglementation fiscale et comptable permet aux autorités d'optimiser le rapport coût-efficacité des projets.** Pour évaluer les offres, le pouvoir adjudicateur doit examiner non seulement les paiements bruts proposés au titre du projet par le soumissionnaire, mais aussi la charge d'impôt (y compris les retenues à la source) due par la société de projet tout au long du cycle de vie du projet. De nombreux régimes fiscaux sont envisageables en fonction de la structure capitalistique du soumissionnaire et l'offre pour laquelle les paiements proposés sont les plus bas n'est pas forcément celle présentant le coût le plus faible après impôt.

**Il existe dans certains pays méditerranéens des règles fiscales susceptibles de fausser les décisions d'achat ou de déboucher sur des structures capitalistiques inefficaces.** Comme indiqué ci-après, la comptabilisation en actif financier (« contract debtor accounting ») aide à réduire le coût du capital des sociétés de projet. En Égypte, au Maroc et en Tunisie, des règles de sous-capitalisation visent par ailleurs à empêcher que les sociétés mères, en vue de réduire leur impôt, n'affectent à leurs filiales un montant excessif de dettes interentreprises. Ces dispositions risquent de limiter les dettes que les sociétés de projet peuvent contracter à un bon rapport coût-efficacité. Comme elles bénéficient contractuellement d'un flux de recettes à long terme, les sociétés de projet peuvent généralement supporter un endettement plus élevé que les personnes morales traditionnelles. Or, les règles de sous-capitalisation pourraient inciter à financer par apport de fonds propres une part du projet plus importante que nécessaire, d'où une augmentation des coûts pour le pouvoir adjudicateur. Également, les décisions d'achat peuvent être affectées lorsqu'un soumissionnaire peut obtenir au niveau national des prêts n'entraînant pas de retenue à la source tandis que d'autres soumissionnaires se finançant par emprunt à l'étranger subissent un tel prélèvement sur les intérêts. Dans de tels cas – nonobstant toute préférence d'ordre politique pour le financement national –, l'autorité pourrait envisager, pour assurer une meilleure comparabilité des offres, de déduire la retenue d'impôt à la source de l'offre de paiements de projet.



**La comptabilisation en actif financier<sup>42</sup> améliorera l'accessibilité financière des projets « fondés sur la disponibilité »** en permettant une correspondance bien plus étroite entre le bénéfice comptable et les flux de trésorerie du projet après service de la dette. Les normes comptables de tous les pays partenaires méditerranéens à l'exception de l'Algérie, du Maroc et de la Tunisie autorisent cette méthode pour les entités subsidiaires telles que les sociétés de projet. Ce traitement ne peut cependant être employé à *des fins fiscales* qu'en Israël, en Jordanie, en Syrie et en Cisjordanie (pays où cela ne s'est pas encore traduit dans la pratique). Les normes comptables internationales recommandent ce traitement comptable car il permet d'éviter les nombreux problèmes découlant, pour les projets en PPP, de la comptabilisation en immobilisation. S'il n'est pas appliqué, les soumissionnaires sont forcés de retarder le versement des dividendes et paient des impôts plus élevés<sup>43</sup>, ce qui les encourage à financer les projets par fonds propres plutôt que par emprunt (afin d'éviter que la société de projet ne détienne des liquidités distribuables durant longtemps), et rend donc leurs offres plus onéreuses.

### **Remarques conclusives sur les règles ou pratiques générales susceptibles d'influer sur les PPP**

**Les PPP fonctionnent mieux lorsque les parties au projet peuvent s'acquitter de leurs responsabilités sans subir un cadre réglementaire trop rigide.** Le projet est mené conformément à la législation sur les PPP et aux dispositions contractuelles, mais on ne saurait considérer qu'il est indépendant des règles ou pratiques générales. Tous les PPP doivent respecter les lois et règlements locaux en matière d'emploi, de santé et de sécurité, de fiscalité, d'environnement, de protection des consommateurs et des données, de même que les obligations administratives et d'immatriculation. Cependant, si elles sont trop rigides, les règles risquent de dissuader les soumissionnaires et investisseurs potentiels (étrangers en particulier) d'investir dans un pays, et de les inciter à préférer les pays où le climat des affaires est plus favorable. De surcroît, même quand les soumissionnaires connaissent bien le contexte national, le coût du projet est accru lorsque des coûts administratifs plus élevés doivent être intégrés en raison des pesanteurs réglementaires.

**En définitive, la réussite des PPP tient à la qualité du partenariat.** Un projet détaillé et bien conçu, des procédures de passation des marchés transparentes et concurrentielles, notamment pour l'évaluation des offres, et une répartition équilibrée des risques liés au contrat sont autant de facteurs essentiels pour la signature des PPP et leur bon financement. Mais c'est en définitive les parties elles-mêmes qui déterminent la réussite du projet : partenaires publics et partenaires privés (y compris les bailleurs de fonds) doivent reconnaître que celle-ci est dans leur intérêt mutuel.

---

<sup>42</sup> Avec la comptabilisation en actif financier, la concession en PPP est considérée non comme une immobilisation amortissable, mais comme une créance découlant de droits de concession. Le coût du capital est amorti sur la base de la part de capital des annuités. Il s'ensuit que les recettes nettes, défalquées de l'amortissement et des intérêts, sont réparties de manière bien plus régulière sur la durée de vie du projet et correspondent bien plus étroitement aux flux de trésorerie effectifs, ce qui permet d'éviter le problème des pertes comptables – lesquelles restreignent les paiements de dividendes. L'IFRIC 12 - Accord de concession de service, émise par le Conseil international des normes comptables (IASB), recommande la comptabilisation en actif financier pour les contrats de PPP dans lesquels le secteur public tire les principaux avantages de l'emploi des actifs. La méthode est employée au Royaume-Uni au titre de la note d'application F (*Reporting the Substance of Transactions – PFI and Similar Contracts*) de la norme d'information financière (Financial Reporting Standard) n°5 de septembre 1998. Elle est également autorisée en Pologne et en Afrique du Sud, mais pas en France, où ce sont les normes comptables nationales qui s'appliquent aux sociétés de projet et les normes comptables internationales aux comptes consolidés de groupe.

La comptabilisation en actif financier est à comparer à la comptabilisation en immobilisation, plus courante, où c'est l'actif qui est amorti, souvent selon la méthode linéaire. L'amortissement linéaire et la forte charge d'intérêts supportée les premières années du projet peuvent donner lieu à des pertes comptables même si le projet génère des excédents de trésorerie avant charges financières.

<sup>43</sup> L'impôt sur les sociétés est plus élevé au total sur la durée de vie du projet si les pertes fiscales imputables à la comptabilisation en immobilisation ne peuvent être reportées indéfiniment sur les recettes taxables des dernières années du projet. La majorité des pays partenaires méditerranéens imposent des limites temporelles (généralement de trois à cinq ans) au report de pertes fiscales – il est donc possible que les pertes fiscales expirent avant de pouvoir être utilisées.

**Propension à investir dans les PPP et les projets en financement sur projet – recommandations et facteurs de réussite**

- Réduire au minimum les restrictions à l'investissement et créer des incitations à l'investissement étranger afin de renforcer la concurrence.
- Envisager des garanties souveraines lorsque des inquiétudes entourent la solvabilité du pouvoir adjudicateur ou de l'acheteur.
- Faire que les contrats de PPP puissent prévoir de solides dispositifs de sûreté répondant aux attentes des bailleurs de fonds. Permettre qu'une sûreté puisse être constituée sur les actifs de la société de projet (y compris sur ses flux de recettes) et des droits de substitution accordés aux bailleurs de fonds.
- Pour que le projet réussisse, il est essentiel que, tout au long de la durée de vie du contrat de PPP, la collectivité publique et le prestataire privé entretiennent un dialogue ouvert dans lequel les deux parties reconnaissent leurs intérêts mutuels.

## APPENDICE 1 – ANALYSE DES RISQUES D’UN PROJET EN PPP

Risque	Solutions ou facteurs d’atténuation types	Solution privilégiée par les bailleurs de fonds (IFI et ACE comprises)	Solution privilégiée par l’investisseur	Solution privilégiée par la personne publique	Affectation-type du risque
<b>Investisseur – qualité de la gestion / technique</b> <i>Insuffisance des niveaux de savoir-faire et d’expérience dans la gestion de projets similaires, ainsi que des ressources pour ce projet</i>	<p>Les preuves d’expérience et de savoir-faire sont un critère fondamental de présélection.</p> <p>La faiblesse de l’investisseur peut être partiellement compensée par la solidité des sous-traitants ou la mise à disposition de ressources spécifiques.</p>	Condition essentielle, déterminée en général par l’existence d’une relation de clientèle bien établie entre l’institution et l’investisseur		Condition essentielle, établie sur la base d’une connaissance préalable de la réputation de l’investisseur et des renseignements obtenus pendant la procédure d’appel à la concurrence	Investisseur satisfaisant sélectionné
<b>Investisseur – solidité financière face aux imprévus</b> <i>Disponibilité de ressources à injecter pour éviter la perte de sa mise de fonds s’il choisit de rester dans le projet (le système du financement sur projet étant sans recours, il n’y a généralement pas d’engagement de provisions pour imprévus)</i>	Protection générale, sans engagement juridique, procurée par la taille et la réputation de l’investisseur, et par l’importance stratégique du projet pour lui (si, par exemple, il ne peut se permettre de voir son image ternie par l’échec d’un projet)	Projet considéré comme stratégiquement important de sorte que l’investisseur hésitera à se désengager	Pas d’engagement formel en faveur d’une injection de capitaux propres au-delà des montants engagés au bouclage financier (sinon, il s’agirait d’un prêt à une entreprise et non d’un financement sur projet)	Investisseur de bonne réputation ayant un dossier solide, voire, ayant l’expérience de la remise sur pied de projets en difficultés	Risque qualitatif, partagé par les parties au projet
<b>Construction – Risques de retard ou de dépassement des coûts</b> <i>Projet non réalisé dans les délais prévus ou dépassant le budget fixé</i>	<p>Contrats distincts, à prix et délais convenus, prévoyant des dommages-intérêts en cas de retard, avec la société de projet chargée de la construction ou avec l’entrepreneur EPC (lequel peut également faire partie des investisseurs)</p> <p>Résilier le contrat de l’entrepreneur et se substituer à ce dernier en cas de retard excessif</p>	Le contrat à prix convenu apporte une certitude quant aux coûts d’investissement et la clause de dommages-intérêts couvre tout coût financier lié aux retards.	Comme pour les bailleurs de fonds	Coûts certains, puisque les paiements à la société de projet ne commencent qu’après l’achèvement de la construction : incitation forte à réaliser dans les délais	<p>L’entreprise chargée de la construction ou l’entrepreneur EPC supporte le risque.</p> <p>Dommages-intérêts non dus à la personne publique s’il n’y a pas de perte économique résultant clairement d’une livraison tardive</p>

Risque	Solutions ou facteurs d'atténuation types	Solution privilégiée par les bailleurs de fonds (IFI et ACE comprises)	Solution privilégiée par l'investisseur	Solution privilégiée par la personne publique	Affectation-type du risque
<b>Construction – Risque de défaillance de l'entrepreneur</b> <i>La société de construction ou l'entrepreneur EPC devient insolvable et ne peut pas poursuivre le projet.</i>	<p>L'évaluation préalable de la solidité de l'entrepreneur est un critère de présélection fondamental.</p> <p>Garanties de bonne fin</p> <p>Retenues de garantie</p> <p>Intervention : capacité de remplacer l'entrepreneur et de continuer le projet</p>	<p>La capacité d'intervenir et de se substituer à l'entrepreneur sans résiliation du projet est une garantie fondamentale pour les banques.</p> <p>Des niveaux satisfaisants de garanties de bonne fin et de retenues de garanties pour couvrir les coûts d'interruption</p>	Idem	Les fortes incitations financières faites à la société de projet et à ses investisseurs et bailleurs de fonds pour sauver le projet suite à la défaillance de l'entrepreneur rendent en général l'octroi de droits de substitution moins coûteux pour la personne publique que la résiliation et la reprise du projet.	Risque de la société de projet, atténué par la capacité d'intervention et de substitution de l'entrepreneur défaillant
<b>Permis et autorisations nécessaires au projet (exigences en matière d'aménagement, d'environnement et autres réglementations)</b> <i>Le projet n'obtient pas les autorisations nécessaires pour être mené à bien.</i>	<p>Obtenir les autorisations avant le bouclage financier ou le démarrage de la construction</p> <p>Vérifier que la construction et les activités sont conformes aux conditions des autorisations</p>	Condition préalable à l'engagement de fonds. Le contrat de prêt devra contenir une clause stipulant que, une fois l'autorisation obtenue, la société de projet doit se conformer à ses conditions	Condition préalable à l'engagement de fonds. Il appartient à la société de projet ou à l'investisseur de soumettre les demandes sous une forme appropriée ; ils ne peuvent poursuivre le projet tant que les autorisations ne sont pas obtenues	La personne publique ou d'autres organismes publics ne devraient pas faire obstruction au processus d'attribution des permis ni le contrecarrer.	L'intérêt commun de toutes les parties est d'obtenir un plein consentement.
<b>Risque technique – sélection de la conception et de la technologie</b> <i>La conception du projet ou les spécifications techniques ne respectent pas les normes légales ou ne répondent pas aux spécifications imposées.</i>	<p>La conception du projet fait l'objet d'un accord suffisamment détaillé avant l'attribution du marché et le bouclage financier.</p> <p>L'audit technique préalable destiné aux banques confirme (ou infirme) l'adéquation de la conception</p> <p>La conception est acceptée par l'entreprise de construction ou l'entrepreneur EPC</p>	<p>Audit technique préalable pour confirmer l'adéquation de la conception</p> <p>Risque transféré à l'entreprise de construction ou l'entrepreneur EPC</p>	Risque transféré à l'entreprise de construction ou l'entrepreneur EPC	La conception est arrêtée au bouclage financier : cela évite le risque de recherche d'améliorations superflues de la part des fonctionnaires, c'est-à-dire de coûteuses modifications ultérieures de la conception hors d'un processus d'autorisation formel.	<p>La société de construction ou l'entrepreneur EPC supporte le risque.</p> <p>Règle importante pour le secteur public : le contrôle, le coût et le risque de la conception sont transférés</p>

Risque	Solutions ou facteurs d'atténuation types	Solution privilégiée par les bailleurs de fonds (IFI et ACE comprises)	Solution privilégiée par l'investisseur	Solution privilégiée par la personne publique	Affectation-type du risque
<b>Risque technique – risque de malfaçon ou de mise en service</b>  <i>Le projet construit ne répond pas aux normes à l'achèvement.</i>	Contrat clé-en-main – refus ou transfert de contrôle  Dommages-intérêts au titre de l'exécution dus à la société de projet  Responsabilité civile de l'entrepreneur, jusqu'à un plafond  Résilier le contrat et remplacer l'entrepreneur pour rectification	Audit préalable pour confirmer la faisabilité  Risque transféré à l'entreprise de construction ou l'entrepreneur EPC	Risque transféré à l'entreprise de construction ou l'entrepreneur EPC	Risque transféré à la société de projet puisque les paiements ne commencent pas avant l'achèvement	La société de construction ou l'entrepreneur EPC supporte le risque  Dommages-intérêts non dus à la personne publique à défaut de pertes économiques résultant clairement d'une livraison tardive
<b>Risque technique – performances opérationnelles</b>  <i>Le projet ne répond pas aux spécifications techniques.</i>	Après la mise en service, risque pour l'opérateur avec demande d'indemnisation à l'entreprise de construction ou l'entrepreneur EPC pour malfaçon  Le manque à gagner de la société de projet (y compris déductions des paiements de la personne publique) est déduit de ses paiements à l'opérateur, jusqu'à un plafond.  Résilier le contrat et remplacer l'opérateur en cas de dépassement du plafond	Audit préalable pour vérifier si cela est réaliste  Risque transféré à l'opérateur	Risque transféré à l'opérateur	Transfert du risque à la société de projet, puisque les modalités de paiement du projet prévoient des déductions en cas de production, disponibilité ou performances réduites	Risque de l'opérateur
<b>Exploitation – normes d'exécution non atteintes</b>  <i>Le projet n'est pas exploité selon les normes requises.</i>	Risque pour l'opérateur sans demande d'indemnisation à l'entreprise de construction ou l'entrepreneur EPC – même atténuation que pour « Risque technique – performances opérationnelles »	Comme pour « Risque technique – performances opérationnelles »	« Risque technique – performances opérationnelles »	« Risque technique – performances opérationnelles »	« Risque technique – performances opérationnelles »

Risque	Solutions ou facteurs d'atténuation types	Solution privilégiée par les bailleurs de fonds (IFI et ACE comprises)	Solution privilégiée par l'investisseur	Solution privilégiée par la personne publique	Affectation-type du risque
<b>Exploitation – Risque de dépassement de coûts</b> <i>Les coûts d'exploitation dépassent le budget.</i>	<p>La rémunération de l'opérateur est fixe, soumise à une indexation et à l'étalonnage ou au test de marché de certains éléments des coûts ou de leur totalité</p>	<p>Vérification en amont du caractère raisonnable des hypothèses de coût</p> <p>Risque transféré à l'opérateur</p>	<p>Risque transféré à l'opérateur</p>	<p>Risque transféré à l'opérateur : les coûts pour la personne publique sont connus à l'avance (du fait de l'application du mécanisme de paiement) sauf modification de la portée des services</p>	<p>L'opérateur supporte le risque.</p> <p>Règle importante pour le secteur public : pour que les coûts soient certains, il ne faut pas modifier l'étendue des services par rapport à ce qui a été convenu au début (tout changement est soumis à procédure formelle de modification)</p>
<b>Exploitation – fourniture de facteurs de production (exemple de l'approvisionnement en combustible)</b>	<p>La société de projet passe un contrat à long terme d'approvisionnement en combustible suffisant pour atteindre le plein rendement.</p> <p>Soit le prix du combustible est fixé, soit le mécanisme de paiement du projet (voir « Recettes – risque de marché ») prévoit des ajustements permettant de faire face aux variations du prix du combustible.</p> <p>Réserves financières pour imprévus constituées pour faire face aux risques résiduels</p>	<p>Le fournisseur de combustible doit être sérieux et solvable.</p> <p>Il est crucial qu'il y ait concordance entre la base du prix de la fourniture en combustible et le mécanisme de paiement des recettes du projet.</p> <p>Hypothèses très prudentes pour les risques résiduels concernant le prix du combustible</p>	<p>Risque transféré au fournisseur de combustible</p>	<p>Les paiements du projet devraient être moins élevés si la base du prix de fourniture du combustible et le mécanisme de paiement des recettes du projet concordent que si des réserves financières sont fixées dans le contrat.</p>	<p>Le fournisseur de combustible supporte le risque et la base du prix du combustible concorde avec le mécanisme de paiement des recettes du projet (c'est-à-dire que les paiements du projet s'ajustent exactement au coût du combustible).</p>
<b>Exploitation – risque de défaillance de l'entrepreneur</b> <i>L'entrepreneur chargé de l'exploitation et de l'entretien ou le prestataire de service deviennent insolvable et ne peuvent pas poursuivre le projet.</i>	<p>L'évaluation préalable de la solidité de l'entrepreneur est un critère de présélection fondamental.</p> <p>Intervention : capacité de se substituer à l'entrepreneur et de continuer le projet</p>	<p>Comme pour « Construction – risque de défaillance de l'entrepreneur »</p>	<p>Comme pour « Construction – risque de défaillance de l'entrepreneur »</p>	<p>Comme pour « Construction – risque de défaillance de l'entrepreneur »</p>	<p>Comme pour « Construction – risque de défaillance de l'entrepreneur »</p>

Risque	Solutions ou facteurs d'atténuation types	Solution privilégiée par les bailleurs de fonds (IFI et ACE comprises)	Solution privilégiée par l'investisseur	Solution privilégiée par la personne publique	Affectation-type du risque
<p><b>Recettes – risque lié à la demande</b></p> <p><i>La demande des utilisateurs finals pour la production du projet est inférieure aux projections du scénario de base.</i></p>	<p>Spécificité sectorielle : dans de nombreux secteurs, la société de projet ne peut pas maîtriser ou prévoir de façon fiable la demande des utilisateurs finals. Dans ces cas, le mécanisme de paiement du projet est conçu de manière à éliminer le risque lié à la demande : la personne publique accepte la grande majorité de la production du projet à plein rendement.</p>	<p>Généralement, acceptable uniquement si la demande des utilisateurs finals peut être prévue de façon fiable et si elle ne peut pas être influencée par l'action du secteur public sans ajustement compensatoire des paiements du projet.</p> <p>En cas d'acceptation (autoroutes à péage, par exemple), le montant du prêt et les ratios de couverture utilisent une hypothèse prudente pour le volume de la demande</p>	<p>Comme pour le bailleur de fonds, mais enclin à plus d'optimisme que les banques dans les prévisions</p>	<p>La personne publique devrait prendre conscience qu'une offre est exagérément optimiste si le soumissionnaire a calculé le péage ou le tarif le plus bas en supposant une demande exagérément élevée. Si la demande prévue n'est pas au rendez-vous, le projet risque de devenir rapidement insolvable pour cause de recettes insuffisantes.</p>	<p>Le risque lié à la demande est l'un des risques les plus importants auxquels une société de projet peut être confrontée, et il augmente son coût du capital de façon notable. Si la personne publique est en meilleure position pour assumer le risque lié à la demande, il est préférable qu'elle conserve ce risque et le compense par une réduction des paiements du projet.</p>
<p><b>Recettes – risque lié à la production</b></p> <p><i>La production du projet est inférieure aux projections du scénario de base, pour des raisons autres que les performances ou la demande – par exemple, suite à des dommages ou pour cause de ressources insuffisantes (dans des projets d'énergie renouvelable, par exemple).</i></p>	<p>Pour les ressources : analyse détaillée préalable des ressources disponibles et protections financières telles que des comptes de réserve</p> <p>Risques de dommages afférents à la société de projet : assurance multirisque</p>	<p>Audit préalable pour vérifier l'adéquation des assurances</p> <p>Utilisation de projections basses afin de retenir une hypothèse de ressources (éoliennes, solaires...) prudente</p>	<p>Comme pour le bailleur de fonds</p>	<p>La personne publique n'a pas à payer, ou elle peut pratiquer des déductions, pour les fournitures ou prestations qui n'ont pas été livrées</p>	<p>Risques du projet qui doivent être gérés par la société de projet</p>

Risque	Solutions ou facteurs d'atténuation types	Solution privilégiée par les bailleurs de fonds (IFI et ACE comprises)	Solution privilégiée par l'investisseur	Solution privilégiée par la personne publique	Affectation-type du risque
<b>Recettes – risque lié au prix ou au tarif</b> <i>Le prix unitaire ou le tarif sont inférieurs aux projections du scénario de base.</i>	<p>En général, le mécanisme de paiement du projet en PPP fixe un prix couvrant les coûts d'exploitation, les frais financiers et le coût de financement du projet. Le mécanisme inclut d'habitude une indexation, un étalonnage par rapport à la concurrence, et des ajustements de taux d'intérêt et de taux de change si la société de projet ne peut pas fixer ou couvrir contractuellement ces variables de façon distincte.</p>	<p>Les flux de trésorerie du projet étant la seule source de remboursement du prêt, les bailleurs exigent que ces flux soient aussi sûrs que possible. Pour cela, la société de projet fixe en grande partie ses recettes et ses coûts au travers des contrats du projet, afin que les flux de trésorerie soient prévisibles aussi longtemps que les parties au projet poursuivent l'activité et ne font pas défaut</p>	<p>Comme pour les bailleurs de fonds</p>	<p>La personne publique cherche à transférer à la société de projet les risques dont elle pense que celle-ci ou ses sous-traitants peuvent les maîtriser ou les atténuer.</p>	<p>Un mécanisme de paiement équitable, dans lequel la société de projet n'assume que les risques qu'elle peut gérer, permet généralement d'atteindre le résultat optimal et le plus abordable pour la personne publique. La société de projet obtient le coût du capital le plus faible pour le projet concerné, et la personne publique transfère la majorité du risque de projet.</p>
<b>Recettes – risque de défaut de paiement de la personne publique ou de l'acheteur</b> <i>La personne publique ou l'acheteur ne peut pas acquitter le prix ou le tarif unitaire demandés contractuellement.</i>	<p>Évaluation par les bailleurs de fonds de la collectivité publique et du risque de crédit souverain</p> <p>Garantie étatique des obligations contractuelles (légale ou contractuelle)</p>	<p>La confiance des bailleurs de fonds et investisseurs dans la capacité des collectivités publiques à honorer leurs obligations est essentielle pour que le financement soit mis à disposition.</p>	<p>Comme pour les bailleurs de fonds</p>	<p>Les obligations contractuelles peuvent faire à juste titre l'objet d'une garantie de l'État si les procédures d'évaluation du projet et d'approbation du marché déterminent que le projet est viable et raisonnable et qu'un budget peut lui être alloué.</p>	<p>Garantie étatique des obligations contractuelles (découlant de la loi ou du contrat), procurée, en général, pour les projets importants</p>
<b>Financement – exposition au risque de taux d'intérêt</b> <i>Les charges d'intérêts de la société de projet dépassent la projection du scénario de base.</i>	<p>Financement à taux fixe ou couverture du risque de taux d'intérêt si possible</p> <p>Ajustement du mécanisme de paiement si la société de projet est financée dans une monnaie pour laquelle les marchés des swaps de taux à long terme et des obligations sont limités</p>	<p>Possibilité de recourir à l'une ou l'autre des mesures d'atténuation (couverture ou ajustement du mécanisme modalités de paiement)</p>	<p>Comme pour le bailleur de fonds</p>	<p>La couverture séparée par la société de projet est préférée, mais l'ajustement des modalités de paiement peut être un compromis inéluctable, pour recourir à un financement en monnaie locale, par exemple.</p>	<p>Une couverture distincte est mise en place par la société de projet si elle est disponible sur le marché.</p>



Risque	Solutions ou facteurs d'atténuation types	Solution privilégiée par les bailleurs de fonds (IFI et ACE comprises)	Solution privilégiée par l'investisseur	Solution privilégiée par la personne publique	Affectation-type du risque
<b>Financement – exposition au risque de change</b> <i>Les variations du taux de change font grimper les coûts du projet dans la monnaie de financement, par rapport à la projection du scénario de base.</i>	L'ajustement du mécanisme de paiement est requis si la société de projet est financée dans une monnaie différente de celle des paiements du projet.	L'ajustement du mécanisme de paiement est requis.	Comme pour le bailleur de fonds	Si le projet est financé en devise, la personne publique ne peut pratiquement pas éviter le risque de change – sinon, il n'y a pas de projet.	Peut être pris en charge par la personne publique si le projet n'est pas financé en monnaie nationale, en particulier en cas de monnaie de rattachement
<b>Financement – liquidité</b> <i>Le projet est à court de trésorerie en raison d'un problème à court terme, tout en étant solvable par ailleurs.</i>	Le plan de financement de la société de projet inclut la création de comptes de réserve de trésorerie – un compte de réserve destiné au service de la dette, par exemple.	À inclure dans le plan de financement du projet	En général, les investisseurs acceptent les exigences des bailleurs de fonds	Du ressort de la société de projet, même si, dans toute commande publique, la personne publique devrait vérifier la robustesse du plan de financement	Risque à la charge de la société de projet
<b>Financement – fiscalité</b> <i>Montant de l'impôt (en proportion du résultat et des flux de trésorerie) à acquitter par la société de projet plus élevé que prévu</i>	<p>Suivant la stabilité et la pertinence du régime fiscal, soit acceptation du droit fiscal en vigueur au démarrage du projet, soit traitement spécifique préalablement convenu</p> <p>Ajustements du mécanisme de paiement pour préserver la rentabilité après impôt des investissements en cas de modification de la législation ou du régime fiscal</p>	Une certaine exposition au risque de modification du taux général d'impôt sur les sociétés peut être acceptable, mais toutes les modifications spécifiques de l'impôt portant sur le projet ou le secteur doivent faire l'objet d'un ajustement en conséquence du mécanisme de paiement ou des contrats.	Comme pour les bailleurs de fonds. Nécessaire étant donné que la société de projet, contrairement aux entités commerciales ordinaires, ne peut pas arbitrairement relever ses prix pour compenser des hausses de coûts	Ne pas accepter cela serait envoyer un signal défavorable quant à la solvabilité et à la capacité de paiement de la personne publique	En fonction du choix du bailleur de fonds

Risque	Solutions ou facteurs d'atténuation types	Solution privilégiée par les bailleurs de fonds (IFI et ACE comprises)	Solution privilégiée par l'investisseur	Solution privilégiée par la personne publique	Affectation-type du risque
<b>Assurance</b> <i>Assurances du projet inadaptées à une couverture des risques indépendants de la société de projet</i>	Étendue de l'assurance multirisque à convenir entre les parties au début du projet	Exigence fondamentale	Exigence fondamentale	Exigence fondamentale	Police d'assurance multirisque souscrite
<b>Politique et juridique</b> <i>Comprend l'expropriation, la non-convertibilité ou le non rapatriement, les changements législatifs, la force exécutoire, les troubles civils et les conflits armés</i>	<p>Évaluation préalable par les bailleurs de fonds, les institutions financières internationales, les assureurs de crédit à l'exportation et les investisseurs nationaux, et appétence au risque souverain</p> <p>Dans certains cas, l'assurance du risque politique peut être disponible pour couvrir certains risques comme la défaillance d'un emprunteur souverain, l'expropriation ou la non-convertibilité, par exemple</p>	L'appétence des bailleurs de fonds pour le risque crédit du pays est une condition préalable. L'assurance du risque politique, si elle est disponible, peut aider dans certains cas.	Semblable à celle des bailleurs de fonds, même si les investisseurs ayant déjà réalisé des opérations avec l'État concerné auront davantage confiance		Les contrats du projet spécifient que l'expropriation et la non-convertibilité sont des cas de défaillance. Le risque de changement législatif doit être traité par ajustement du contrat, tandis que les risques de conflit armé et de troubles civils sont habituellement traités comme des cas de force majeure (même si, dans certains pays, l'État peut avoir à conserver ces risques).





Facilité euro-méditerranéenne d'investissement et de partenariat



En combinant des ressources publiques et privées, les partenariats public-privé (PPP) peuvent améliorer la fourniture, la mise à disposition et l'entretien d'installations et de services relatifs aux infrastructures. La capacité des PPP à répondre aux défis socio-économiques auxquels sont confrontés les pays partenaires méditerranéens nécessite que certaines conditions soient remplies au préalable. Le but de la présente étude est d'évaluer les cadres juridique et financier nécessaires pour qu'un pays sélectionne, prépare et réalise avec succès des projets de type PPP dans la région.

Opérationnelle depuis octobre 2002, la Facilité euro-méditerranéenne d'investissement et de partenariat (FEMIP) regroupe l'ensemble des instruments mis à disposition par la Banque européenne d'investissement (BEI) dans les pays partenaires méditerranéens. La présente étude est financée par le Fonds fiduciaire de la FEMIP (FFF).

## Contacts opérationnels

### Claudio Cortese

Directeur général adjoint  
Direction des opérations en dehors  
de l'UE et des pays candidats  
☎ (+352) 43 79 - 86836  
✉ [c.cortese@bei.org](mailto:c.cortese@bei.org)

### Alain Nadeau

Division Maghreb  
☎ (+352) 43 79 - 86816  
✉ [a.nadeau@bei.org](mailto:a.nadeau@bei.org)

### Javier Gutiérrez Degenève

Division Proche-Orient  
☎ (+352) 43 79 - 84820  
✉ [j.gutierrez@bei.org](mailto:j.gutierrez@bei.org)

### Angus Macrae

Division opérations spécialisées  
(opérations de capitalinvestissement)  
☎ (+352) 43 79 - 86406  
✉ [a.macrae@bei.org](mailto:a.macrae@bei.org)

### Ioannis Kaltsas

Division de politique générale et fonds  
fiduciaire Direction des opérations en  
dehors de l'UE et des pays candidats  
☎ (+352) 43 79 - 86425  
✉ [i.kaltsas@bei.org](mailto:i.kaltsas@bei.org)

## Bureaux extérieurs

### Égypte : Jane Macpherson

Chef de bureau  
6, Boulou Hanna Street - Dokki, 12311 Giza  
☎ (+20-2) 3 336 65 83  
✉ [j.macpherson@bei.org](mailto:j.macpherson@bei.org)

### Maroc : Guido Prud'homme

Chef de bureau  
Riad Business Center, Aile Sud  
Immeuble S3, 4<sup>e</sup> étage  
Boulevard Er-Riad, Rabat  
☎ (+212) 537 56 54 60  
✉ [g.prudhomme@bei.org](mailto:g.prudhomme@bei.org)

### Tunisie : Robert Feige

Chef de bureau  
70, avenue Mohammed V  
TN-1002 Tunis  
☎ (+216) 71 28 02 22  
✉ [r.feige@bei.org](mailto:r.feige@bei.org)

## Informations et contacts pour la presse

### Anne-Cécile Auguin

☎ (+352) 43 79 - 83330  
☎ (+352) 43 79 - 61000  
✉ [a.auguin@bei.org](mailto:a.auguin@bei.org)

### Banque européenne d'investissement

100, boulevard Konrad Adenauer  
L-2950 Luxembourg  
☎ (+352) 43 79 - 1  
☎ (+352) 43 77 04

[www.bei.org/femip](http://www.bei.org/femip) - ✉ [info@bei.org](mailto:info@bei.org)