



Groupe de Travail « Concessions et autres PPP » (Institut Français des Experts Juridiques Internationaux)



Groupe de Travail « Concessions et autres PPP » (Confederation of International Contractors' Association)

LES CONDITIONS DE DÉVELOPPEMENT DES CONCESSIONS ET AUTRES PPP À L'INTERNATIONAL

Pourquoi tant d'échecs ?

Comment y remédier par une meilleure information et un bon encadrement des conditions du succès?

LES PRIORITES :

- 1. Un Vademecum synthétisant les principes économiques, institutionnels et juridiques essentiels**
- 2. Un Index d'évaluation applicable immédiatement sur le terrain**
- 3. La mise en place de lois-cadres et textes d'application réellement opérationnels**

NOTE DE SYNTHÈSE

DECEMBRE 2012



1. L'HISTORIQUE : Les PPP ont toujours constitué un levier de développement économique

- (a) La longue histoire des PPP dans le monde pour les infrastructures essentielles, leur développement puis leur relatif déclin: de nombreuses leçons à retenir.
- (b) *Exemples* : Sans les grandes Concessions du XIXème siècle (chemin de fer, électricité, canaux, etc.), aucun des pays actuellement développés n'auraient pu atteindre le rythme de croissance qui a été nécessaire pour atteindre rapidement le degré de développement qui a été à la base de leur puissance dans le monde.
- (c) Le renouveau des PPP dans le monde : le tunnel sous la Manche, la grande vague des années 90 (désengagement de l'Etat, contraintes budgétaires) puis nouveau déclin à partir de 1997.
- (d) L'exception française et celle des régions du monde de tradition civile/administrative où les PPP n'ont pas cessé d'être présents.
- (e) La troisième génération de PPP des années 2000 : des résultats contrastés selon le type de PPP: faut-il globalement désespérer des PPP ?

2. Le CONSTAT : Les PPP, un outil économique-juridique désormais incontournable pour la réalisation des infrastructures de services publics et le développement économique

- (a) Les besoins et l'impact des infrastructures de service public sur le développement économique :
 - (i) Le « Sustainable Infrastructure Action Plan » (SIAP) de la Banque Mondiale
 - (ii) Les synthèses des études les plus récentes : sans une nouvelle vague de Concessions et autres PPP basés sur les intérêts légitimes des secteurs privé et public sur le long terme et structurés de façon équilibrée, les Objectifs du Millénaire et le développement ne pourront jamais être réalisés parce que pour l'Afrique les besoins d'investissement dans les infrastructures de service public sont croissant chaque année.
- (b) Il devient impératif de mieux comprendre les PPP et les conditions de leur réussite:
 - (i) Les PPP se situent au carrefour du juridique de l'économique et du politique.
 - (ii) Les relations contractuelles à long terme entre le privé et le public sont souvent difficiles à concrétiser car les cultures juridiques et le droit applicable sont différents.
 - (iii) Peu de spécialistes dominent toute la matière.
 - (iv) Des générations de spécialistes des PPP sont encore à former dans la plupart des pays.



3. ETAT DES LIEUX du cadre institutionnel et juridique dans le monde : « Un patchwork élaboré au gré des circonstances »

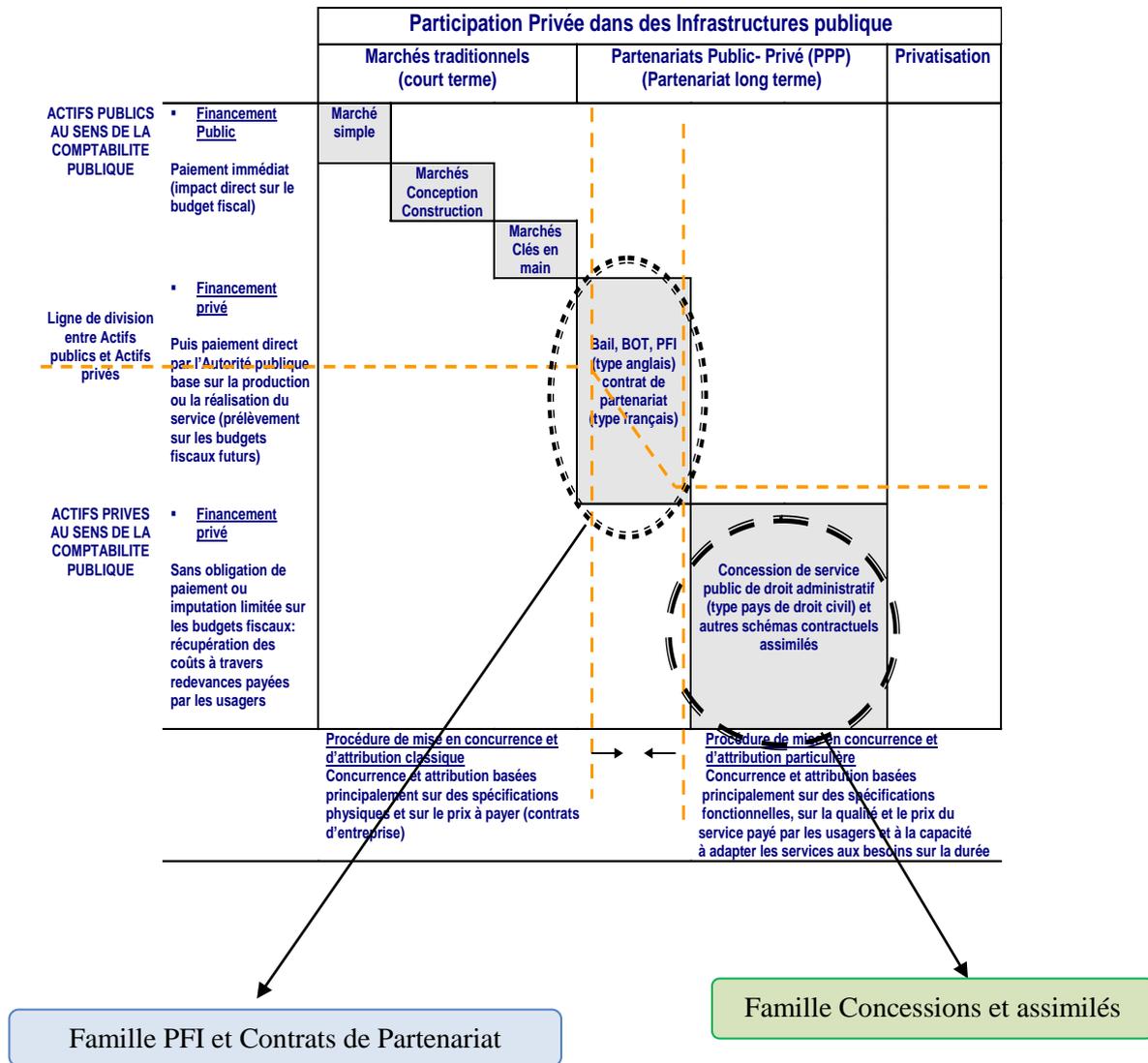
- (a) Des textes spéciaux sur certains types de PPP se multiplient depuis une décennie dans les pays développés et en développement.
- (b) Des principes juridiques très élaborés mais non codifiés sont appliqués au quotidien dans certains pays (pays possédant un droit des contrats administratifs incluant en particulier l'Europe du Sud, l'Amérique latine et les pays d'Afrique francophone).
- (c) Des contrats types sont diffusés. Exemples : France pour différents type de concession depuis près d'un siècle et UK pour d'autres types de PPP (PFI).
- (d) Certains pays ainsi que diverses institutions (Communauté Européenne, Banque Mondiale / PPIAF, ONUDI, UNECE, CNUDCI, BERD, BEI, etc.) ont mis en place des programmes de recherche et développé des « toolkits ».
- (e) Le monde juridique international s'est également mobilisé (Project finance association UK ; PPP taskforce IBA ; groupe de travail IFEJI /Barreau de Paris, etc.).
- (f) Il en va de même pour le monde des entreprises (groupes de travail de la Confederation of International Contractors' Associations – CICA)

Au total, face à la multiplication des textes et des sources telles que mentionnées ci-dessus, couvrant pour certaines qu'imparfaitement et de façon divergente la totalité du champ des PPP, le besoin d'une synthèse cohérente est patent.

Sans une synthèse de qualité correctement diffusée, l'aide au développement perdra une grande partie de son efficacité et sera parfois gaspillée en cherchant à financer des projets mal ficelés.



4. ILLUSTRATION schématique des familles de PPP



5. Deux grandes typologies qui ne méritent pas l'appellation PPP

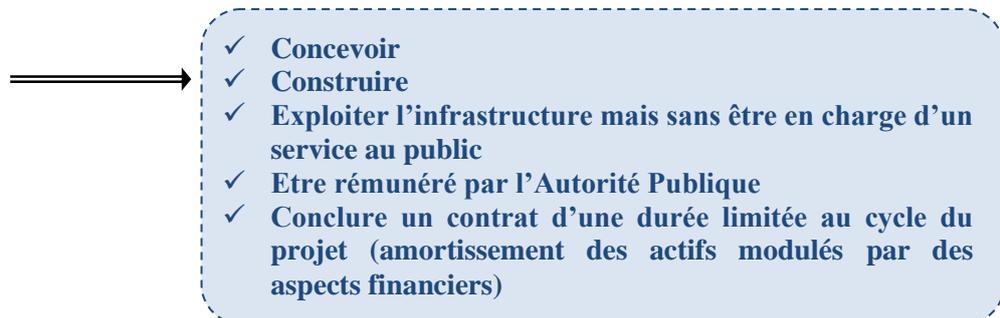
- (a) La situation de privatisation d'infrastructures publiques dans laquelle l'Autorité publique n'a qu'un pouvoir d'intervention très limité.
- (b) Les relations public-privé de type marché public c'est-à-dire les situations où l'Autorité publique supporte de fait l'essentiel des coûts et des risques du projet. Ceci inclut les situations où les principales obligations et risques pour le partenaire privé se limitent en pratique (à travers différentes techniques juridiques) à la seule période de construction, sans vision, ni projection sur la période d'utilisation et le budget de maintenance/entretien indispensable à la préservation du patrimoine créé.

6. Les DEUX GRANDES FAMILLES de PPP qui reflètent le plus grand champ d'expérience internationale

(a) FAMILLE PFI ET CONTRATS DE PARTENARIAT (CP): une jeune famille dynamique d'origine britannique

(En Grande Bretagne, cette famille est moins dynamique aujourd'hui)

- Rôle du partenaire privé :

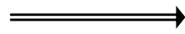


- Montant global des investissements et appréciation
 - ✓ Des principes et des outils juridiques souvent modernes et efficaces dans certains secteurs
 - ✓ Manque de recul pour leur intérêt à long terme
 - ✓ Limité par les contraintes budgétaires publiques sur le long terme
 - ✓ Mal adapté aux services publics évolutifs
- Contrats de Partenariat : la France et de nombreux autres pays ont promulgué au cours de ces dernières années des textes facilitant le développement de cette famille de PPP.
- Le caractère partiel de ces textes qui ne couvrent pas toute la matière se focalisent essentiellement sur les procédures de passation et la régulation extérieure (ceci est moins vrai pour la France).



(b) FAMILLE CONCESSIONS ET ASSIMILES : Ancienne et nombreuse famille d'origine française et d'Europe du Sud dont l'avenir est particulièrement prometteur à travers le monde mais à des conditions précises

- Rôle du partenaire privé :



- ✓ Concevoir
- ✓ Construire
- ✓ Exploiter l'infrastructure en étant chargé de délivrer un service public au bénéfice des usagers
- ✓ Etre rémunéré entièrement ou principalement par les usagers
- ✓ Conclure un contrat d'une durée limitée au cycle du projet (amortissement des actifs modulés par des aspects financiers)

- Montant global des investissements et appréciation: le plus grand champ d'expérience mondial
 - ✓ Une pratique très courante en France et dans les pays de tradition civile/administrative.
 - ✓ Dans ces pays qui représentent près de la moitié du monde et grâce à une jurisprudence de qualité plus que centenaire, les PPP ont pu se développer avec un minimum de textes spécifiques, tout en assurant sur la longue période aux investisseurs la sécurité juridique indispensable.
 - ✓ Toutefois, depuis une vingtaine d'années des textes se développent surtout au niveau des procédures de passation (le plus célèbre en France : la « Loi Sapin » 1993).

(c) La convergence du cadre institutionnel et juridique des deux familles de PPP à certains niveaux et notamment en matière de préparation de projet permet de dégager peu à peu un ensemble de principes directeurs et de procédures à valeur quasi-universelle.

7. Le DILEMME des PPP

- (a) Pour aboutir à un cadre institutionnel et juridique adapté à un pays, à une région ou à un projet, il est essentiel d'appréhender le dilemme des PPP.
- (b) Ce dilemme est bien illustré par la problématique apparemment complexe des Concessions et autres PPP:
 - (i) Quels sont les besoins et les attentes des usagers en matière de service public ? Comment délivrer sur la longue durée un service reflétant l'évolution des techniques, des besoins et des mentalités, le tout à des conditions acceptables pour tous et reconnues comme compétitives? Exemples: chemin de fer, port, électricité, eau/assainissement, services urbains, etc.
 - (ii) A quelles conditions une entreprise privée peut elle accepter d'investir sur le très long terme et prendre le risque de ne pas être correctement rémunérée ou d'avoir à réaliser des investissements nouveaux et imprévus ?



8. Le CADRE INSTITUTIONNEL ET JURIDIQUE permettant de résoudre le dilemme des Concessions et autres PPP

(a) **Un tronc commun de solutions pragmatiques** et dégagées au fil du temps très largement applicable à de nombreux projets de PPP dans la plupart des pays : **les fameux « Gold Standards »** que le High Level Panel créé par la Banque Mondiale pour le G20 de Cannes en 2012 a préconisé de synthétiser et divulguer au plus vite à travers le monde.

(b) **Focus sur quelques fondamentaux pour les PPP complexes (exemple pour la famille Concessions et PPP aboutissant à une délégation complète du service au partenaire privé):**

(i) Définition de consensus du service public et ses principales caractéristiques : une définition qui nécessite l'adhésion des usagers. Exemple : non discrimination, continuité, performance adaptabilité du service.

(ii) Des ensembles de clauses contractuelles garantissant un bon équilibre entre les intérêts publics et privés : une affectation réaliste du partage des risques et des opportunités entre les partenaires.

(iii) Une équation financière de consensus lors de la conclusion du contrat et en cours de réalisation: une référence permanente à cette équation basée sur les fondements les plus solides du droit des contrats partout dans le monde : l'équilibre à trouver entre *pacta sunt servanda / rebus sic stantibus*.

(iv) Un droit des contrats public échappant au droit commun des contrats dans l'intérêt d'un partenariat pérenne - principes juridiques dérogoires au droit commun: au bénéfice de l'Autorité Publique, lui conférant la maîtrise du projet de sa phase initiale à la fin du contrat et tout en protégeant les droits du partenaire privé à travers d'autres principes juridiques également dérogoires au droit commun.

(v) Une régulation contractuelle interne et détaillée qui est l'essence même du partenariat public/privé: les clauses de rendez-vous, la transparence des comptes, les rapports réguliers.

(vi) Un régulateur externe de qualité:

– Une réponse de tradition française reprise dans de nombreux pays civilistes qui a joué un rôle important dans le développement et le bon fonctionnement des PPP en France et dans certains pays depuis 150 ans:

- ✓ Des décisions émanant d'une instance juridictionnelle ad hoc : le « Conseil d'Etat ».
- ✓ Une instance habilitée à juger en équité.
- ✓ Une jurisprudence très conceptuelle d'où se dégage des principes directeurs.
- ✓ Cette instance également consultée par l'Etat notamment pour l'élaboration des textes réglementaires.

– Une réponse de tradition anglo-saxonne où un régulateur indépendant peut modifier substantiellement le contrat.



9. La PREPARATION D'UN PROJET de CONTRAT PPP ET LE PROCESSUS DE SELECTION

(a) FAMILLE PFI et CONTRAT de PARTENARIAT

(i) Principes de base : Mise en concurrence et égalité de traitement des candidats.

(ii) Un cadre serré proche des marchés publics car c'est grâce à l'impôt alimentant le budget de l'Etat ou de la collectivité que sera assuré pendant de nombreuses années le paiement des prestations rendues à la personne publique et permettant à cette dernière d'honorer ses propres obligations de service public.

Justifier impérativement, dès l'origine, l'avantage du recours au PPP par rapport aux autres formes possibles d'investissement et de gestion publique. Exemples :

- avantages en termes financiers immédiats et futurs,
- avantage en matière de réalisation de l'infrastructure notamment par rapport aux contrats globaux de type « Design and Build », clefs en main ou produits qui se développent de plus en plus à l'international,
- avantages de l'investissement et de la gestion privée de l'infrastructure par comparaison avec la gestion publique traditionnelle, en prenant en compte, dans l'une et l'autre option, les diverses façons de faire participer le privé à la gestion et la totalité des coûts,
- avantages pour l'adaptation du service aux évolutions des techniques, des besoins et des mentalités,
- Comment utiliser efficacement les techniques et outils d'évaluation préalable traditionnels du monde des DSP et les nouveaux outils récemment proposés par le monde anglo saxon tels que : le « Public Service Comparator », la « Best Value for Money », qui sont toujours à améliorer, pour affiner la connaissance, non biaisée dans le temps de l'ensemble des entrants nécessaires à la délivrance des prestations.
- Des prérequis :
 - ✓ Définir suffisamment et précisément les besoins, les fonctionnalités et les objectifs et établir les critères de comparaison et de sélection.
 - ✓ Organiser un appel à manifestation d'intérêt puis une sélection en plusieurs étapes.
 - ✓ Mettre en place, si nécessaire, un processus de dialogue compétitif : quels enjeux ? La charte du dialogue compétitif développée sous l'égide de l'Institut de Gestion Déléguée (IGD).
 - ✓ La justification du choix du candidat sélectionné sur la base de critères pré établis connus des compétiteurs.
 - ✓ L'existence de recours rapides et efficaces en cas de non respect du processus.



(b) FAMILLE CONCESSIONS ET ASSIMILES

(i) **Principes de base: Mise en concurrence et égalité de traitement des candidats.**

(ii) **Un cadre moins contraignant et plus « contractuel » car le budget de l'Etat ou de la collectivité ne sera pas ou peu affecté :**

Le partenaire privé supporte a priori des risques plus importants qui doivent être correctement maîtrisés ainsi que leur évolution future.

Flexibilité nécessaire au niveau des investissements, des caractéristiques techniques et des moyens à mettre en œuvre.

L'Autorité publique doit se focaliser sur la capacité du candidat à rendre régulièrement un service public adapté aux attentes.

- Préparation, définition des besoins axés sur les spécifications fonctionnelles : nature, qualité, adaptation du service et capacité contributive des usagers. Justification de l'avantage du recours au PPP (quelques outils similaires aux PPP à paiement public additionné d'autres outils et principes financiers et socio-économiques).
- Préparation de comptes prévisionnels pour la durée prévue du partenariat. Élaboration d'une équation financière réaliste au regard des enjeux de financement, des risques d'investissements et commerciaux et du taux de bénéfice retenu afin de pouvoir attirer des partenaires de qualité à long terme. Exemple : clauses incitatives de partage en cas de résultats supérieurs aux prévisions du business plan initial. Ces clauses peuvent être la contrepartie naturelle de l'existence de subventions ou garanties accordées au partenaire privé par la personne publique.
- Préparation d'un document intégré résumant les objectifs principaux à atteindre incluant des critères de performance et des ensembles de clauses types réalistes qui serviront de base au choix du partenaire et à la négociation finale.
- Appel à manifestation d'intérêt puis choix des candidats admis à déposer une offre.
- Étape finale de « négociation compétitive » avec un ou plusieurs candidats : négociation en « tunnel » strictement encadrée et protectrice de la créativité attendue du partenaire privé (Exemple de la « Loi Sapin » en France).
- Choix du candidat justifiant du meilleur rapport initial qualité / prix assorti des meilleures capacités de relation partenariale et d'adaptation du service sur le long terme (à la fois en termes techniques et financiers).
- Existence de recours efficaces en cas de non respect du processus et de choix contestable.



10. Le SUIVI et CONTRÔLE des CONCESSIONS et AUTRES PPP : un enjeu majeur trop souvent négligé et source de nombreux échecs

- (a) Remarque importante: Contrairement à la plupart des marchés publics, le succès d'un PPP ne peut pas être jugé à l'issue de la procédure d'attribution et à la signature du contrat.
- (b) Le succès d'un PPP ne peut en fait être jugé qu'à l'issue d'une très longue période souvent supérieure à 10 ans durant laquelle un service rendu à l'Autorité publique ou au public selon le cas devra avoir répondu à un ensemble de caractéristiques et satisfait les bénéficiaires dont les exigences à long terme comportent des inconnues (ceci est particulièrement important dans la famille des Concessions-PPP).
- (c) Le suivi et le contrôle des PPP nécessitent des procédures adaptées et des ressources humaines en nombre et en qualité suffisante au niveau de chacun des partenaires qui seuls permettent de vérifier la satisfaction dans le temps des objectifs assignés au titulaire du contrat:
 - (i) L'importance des clignotants et de procédures détaillées de transmission de rapports et tableaux réguliers.
 - (ii) La nécessité de réunions périodiques organisées selon des procédures contractuellement et institutionnellement adaptées.
- (d) Exemple de difficultés courantes : Evolution imprévue des coûts de fonctionnement, du nombre d'utilisateurs ou leur diminution, développement de la concurrence avec d'autres services, évolutions technologiques, baisse du pouvoir d'achat, évolutions des techniques et des besoins, etc.
- (e) Les solutions aux difficultés courantes souvent prévisibles dans leur principe mais imprévisibles dans leur occurrence et dans leur importance : les conditions de développement de relations de PPP durables sont basées sur les clauses contractuelles et des principes juridiques originaux.
- (f) Leçons de l'expérience :
 - (i) A quoi chaque partenaire doit-il être préparé ? Quelles compétences et quelles équipes doit-il réunir ?
 - (ii) La réalité juridico-économique des PPP : Une forme contractuelle parfois plus proche du droit des sociétés que du droit des contrats. Chaque partenaire doit contribuer au succès de l'objectif commun en sachant appliquer avec flexibilité des principes rigides pour préserver l'équilibre de la relation partenariale.

Les PPP sont tout sauf des contrats complexes ou les spécifications techniques ou la description du service se perdent dans les détails. La complexité et précision contractuelle est en général une fausse sécurité et le plus souvent facteur de blocage, de surcoûts et, in fine, créateur d'insécurité juridique pour les deux parties (C'est souvent très difficile à apprécier par les ingénieurs ou juristes transactionnels peu informés des ressources du droit des contrats publics).
 - (iii) L'objectif commun (surtout pour la famille des Concessions-PPP), sans affecter l'équation financière du projet, doit être moins la satisfaction personnelle du partenaire privé ou public que la satisfaction de milliers ou dizaines de milliers d'utilisateurs sur le long terme.



Diverses techniques juridiques longuement testées mais encore trop peu diffusées et appliquées (exemples : scénario économique et financier de base ayant valeur contractuelle et régulièrement actualisé et comprenant divers indicateurs liés aux clauses contractuelles d'affectation, de réduction ou de partage des risques et des opportunités) permettent d'y parvenir de façon simple, basées sur le pur bon sens économique et l'équité juridique préservant les intérêts des deux parties et la pérennité de la relation.

11. Les SPECIFICITES D'UN CONTRAT PPP: un cadre juridique particulier et différent du droit commun des contrats et plus équitable et moins risqué pour chaque partie

Exemples classiques et appliqués au quotidien dans des milliers de contrats ayant terminé leur cycle complet ou en cours dans le monde, pour la famille des Concessions et autres DSP :

(a) Des droits additionnels pour l'Autorité Publique:

Nonobstant tout accord contraire, l'Autorité Publique doit bénéficier le plus souvent de droits "exorbitants": Exemples :

- (i) Droit de résilier le contrat, non seulement pour défaut d'exécution du service public, mais aussi par convenance, pratiquement à tout moment avec notification préalable, si une telle résiliation est prononcée dans l'intérêt général.
- (ii) Droit de modifier l'accord original pour adapter le service dans le meilleur intérêt du public.
- (iii) Droit d'imposer d'autres mesures coercitives en cas de manquement fondamental aux obligations du délégataire (comme par exemple un droit d'utilisation automatique des actifs et ressources humaines du délégataire en cas de service public manifestement mal rendu).

(b) Des droits additionnels pour le Concessionnaire:

Nonobstant tout accord contraire, le Concessionnaire doit bénéficier le plus souvent de droits "exorbitants". Exemples :

- (i) Droit à une juste compensation: lorsque l'Autorité Publique exerce divers droits souverains dans l'intérêt du public, sur le fondement du principe d'indemnisation pleine et entière, comprenant non seulement les coûts induits mais aussi les pertes de bénéfices ("damnum emergens" et "lucrum cessans") dont les conditions de détermination auront été initialement définies.
- (ii) Droit à une compensation adéquate en cas d'évènement non prévu ("sujétions imprévues"): par exemple en cas d'évènements imprévisibles de nature technique ou économique survenant pendant la phase de construction, ou pendant la réhabilitation ou la maintenance des infrastructures.
- (iii) Droit de restaurer l'équilibre du contrat en cas d'imprévision ("hardship"): par exemple, lorsque les circonstances économiques existant à la date de la signature ont substantiellement changé, pour des causes étrangères à l'action du partenaire privé et



de manière imprévisible qui ne permettent plus au délégataire de rendre le service dans des conditions économiquement agréées initialement entre les parties.

- (iv) Droit à indemnisation, lorsqu'un acte de l'Autorité Publique a pour conséquence une augmentation des obligations du Concessionnaire et qu'une telle action n'est pas raisonnablement prévisible (à condition que le concessionnaire ne soit pas défaillant).

12. Proposition d'outil d'évaluation des conditions de succès des PPP: Un INDEX composite opérationnel aux différents stades d'un projet

(a) Pourquoi créer un index sur les PPP ?

- (i) Le taux d'échec des PPP dans le monde est trop important
- (ii) L'expérience révèle que dans de nombreuses situations, ces échecs auraient pu être évités si une « bonne méthodologie » avait été mise en place pour la préparation des projets, et si le cadre institutionnel et juridique avait été adapté aux enjeux.

(b) Quelle méthodologie utiliser pour créer un Index pertinent ?

- (i) Tirer des leçons de :
 - projets qui ont déjà au moins une décennie d'existence.
 - projets qui sont représentatifs d'un secteur, d'une activité, etc.
 - situations qui pour l'essentiel peuvent être universellement transposables : les fameux « Gold Standards » identifiés par le High Level Panel et dont les conclusions ont été adoptées par les multilatéraux et agréées au niveau du G20 (Cannes 2011).
- (ii) Adopter une méthode scientifique d'analyse et d'utilisation des données statistiques.

(c) Un Index pour qui ?

- Pour toute personne publique ou privée qui prépare, négocie ou réalise un projet et qui a besoin de références simples pour évaluer l'intérêt et les risques d'un projet et pour le réaliser dans les meilleures conditions,
- Pour les législateurs et autorités publiques afin de bien prendre en compte tous les facteurs qui de façon intégrée et itérative sont à la base du succès ou de l'échec des projets.



13. La CHAÎNE DES CONDITIONS DU SUCCÈS DES CONCESSIONS ET AUTRES PPP

Chaîne complète pour les Concessions et assimilés (chaîne pouvant être allégée pour les PFI/CP)

1. PPP - Préparation



2. PPP – Sélection de l'investisseur



3. PPP – Conditions contractuelles



1. PPP – Cadre juridique



2. Cadre institutionnel central

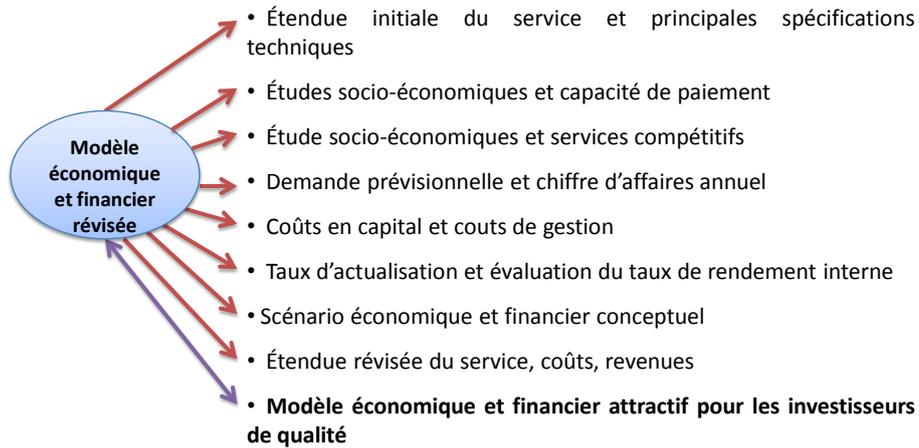


3. Cadre institutionnel d'un projet PPP (sectoriel, local)

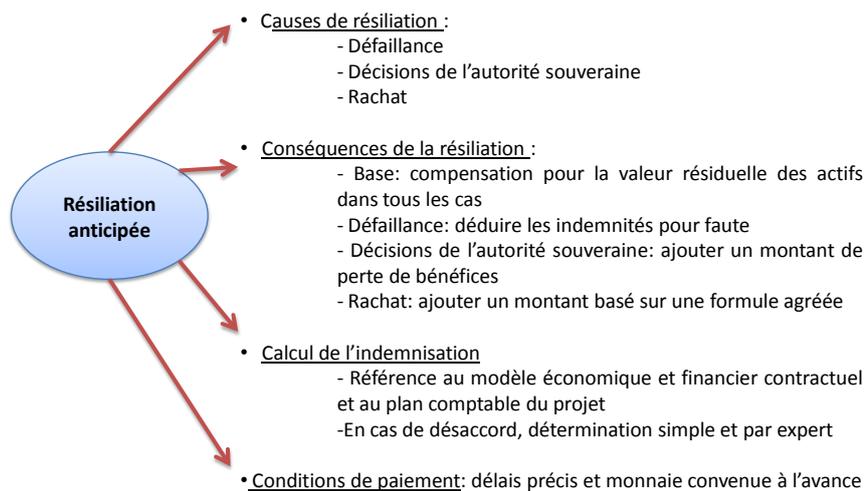


14. EXEMPLE DE PLAN pour deux maillons essentiels pour les Concessions et assimilés

1.4



3.4



15. CONCLUSIONS

(a) Une fois que l'on a fait la somme des expériences sur les conditions du succès des Concessions et autres PPP dans les pays en développement et autres au cours de ces vingt à trente dernières années (ce qui est l'horizon nécessaire pour avoir un jugement pertinent), on peut constater que :

- (i) Le renouveau des PPP au cours de ces vingt dernières années dans les pays en développement s'est essentiellement focalisé sur le financement par le secteur privé d'infrastructures publiques ou de services essentiels que la puissance publique n'avait pas les moyens de financer (PFI/CP largement basés sur les techniques de financement de projet assez décorollée des exigences spécifiques du service public et donc très influencés par le monde bancaire) ;

Cette nouvelle forme de PPP, qui possède certains avantages par rapport aux marchés publics traditionnels au regard des engagements du secteur privé pour des marchés globaux de construction et d'infrastructure de services publics et d'ingénierie financière, reste limitée par des contraintes d'équilibre des budgets publics sur le long terme : la Grande Bretagne vient de donner un coup de frein sérieux au développement du PFI.

- (ii) Ces contraintes n'existent pas ou sont beaucoup moins présentes dans la famille des PPP traditionnels type Concession, Affermage et assimilés où l'investisseur privé ayant financé l'infrastructure dans le cadre d'un contrat global se rémunère directement (entièrement ou principalement) sur les usagers dans le cadre d'un contrat dont les clauses principales d'équilibre, pourtant largement testées et mises en œuvre sur des milliers de projets sont trop peu connues, valorisées et mises en œuvre dans les pays en développement.

(b) Comment favoriser le développement des Concessions et autres PPP pérennes dans les pays en développement. Priorité absolue : mieux synthétiser et mieux promouvoir objectivement l'éventail complet des Concessions et autres PPP en diffusant largement les conditions du succès de chacune de ces familles.

- (i) Une première étape consiste à s'appuyer sur des synthèses des meilleures pratiques internationales adaptées aux enjeux locaux telles que ces dernières sont proposées par diverses institutions et actuellement affinés, synthétisés et développés dans le Vademecum en cours de finalisation par les équipes IFEJI/CICA en contact constant avec les principaux experts internationaux. L'index associé est à cet égard précieux car il permet immédiatement d'évaluer les chances de succès des projets en cours et la qualité de la réglementation et de contribuer à redresser la barre si nécessaire.
- (ii) Une deuxième étape, qui peut être développée parallèlement à la première étape, et sans laquelle il est illusoire de penser que des pipelines de Concessions et autres PPP pérennes pourront se développer, est d'organiser de façon très volontariste, les processus de préparation puis d'adoption des lois cadres sur les Concessions et autres PPP réglementant l'éventail des PPP possibles dans le secteur d'infrastructures de service public qui doit comprendre également un cadre institutionnel adapté sans lequel ce type de texte a très peu de chances d'être mise en œuvre de façon pérenne.



Ce cadre doit également annoncer un ensemble de textes d'application, les uns généraux, les autres sectoriels, tout en précisant les grandes lignes de leurs contenus.

Cette création institutionnelle, législative et réglementaire doit impérativement comprendre des analyses suffisantes du climat des investissements, de sa réglementation et de sa pratique (due diligence) permettant de s'assurer que les autres lois et règlements n'affecteront pas négativement la réalisation et l'exploitation de l'infrastructure ou du service (foncier, investissement, fiscalité, etc.). Il devra être complété par une analyse du fonctionnement concret des autres services de l'Etat et des collectivités publiques au regard des besoins des deux familles de PPP.

Il est important de rappeler que l'expérience des récentes lois PPP qui ont été promulguées au cours de ces 15 dernières années en Afrique francophone n'apporte pas encore des réponses réellement satisfaisantes et à la hauteur des enjeux permettant au secteur privé d'avoir un appétit suffisant.

En l'état, elles ne permettent pas d'utiliser aisément tout l'éventail des différentes formes de PPP possibles (il suffit de comparer des questions traitées par ces lois avec les 30 enjeux principaux identifiés au sein de la chaîne de conditions du succès qui est à la base de l'index d'évaluation, pour le constater).

(c) Comment organiser le processus de rédaction d'une loi cadre ? Quelle méthodologie ? Quel contenu ?

- (i) La somme des expériences recueillies par les équipes ayant contribué au projet de Vademecum alliée à une **bonne connaissance de la science de la légistique appliquée aux pays en développement permet désormais d'apporter des éléments de réponse fiables** à cette question majeure sur laquelle la communauté des bailleurs de fond devraient se pencher très attentivement pour aider à programmer un processus qui dans n'importe quel pays ou région doit être très rigoureux et très professionnel.
- (ii) Ci-joint, à titre d'exemple, une synthèse des retours d'expérience sur les conditions d'élaboration d'une loi-cadre sur les concessions et PPP et des textes d'application, présentée, débattue et par les hauts fonctionnaires de 12 pays francophones au cours du séminaire régional organisé conjointement par l'AFD, l'ADETEF et l'ALSF à Abidjan sur les conditions de succès des Concessions et autres PPP du 22 au 26 octobre 2012 (**voir Annexe A**).

Roger Fiszelson

*Directeur Général de CICA
Délégué Général SEFI / FNTP*

Marc Frilet

*Editeur en chef du Vademecum
Associé Gérant – Frilet Société d'Avocats,
Avocat au Barreau de Paris
Membre fondateur Global Construction and
Infrastructure Legal Alliance (GCILA)
Secrétaire général de l'Institut Français des
Experts Juridiques Internationaux (IFEJI)
avocats@frilet.com*



Séminaire régional AFD/ALSF/ADETEF- Abidjan, octobre 2012

« Bien préparer un PPP » : Les conditions d'élaboration d'une loi cadre sur les Concessions et PPP et des textes d'applications

Synthèse des retours d'expérience

Marc Frilet

Fixer les principaux objectifs

- Une loi cadre qui définit les principes communs à l'éventail de concessions et PPP possibles dans le secteur des infrastructures publiques et de service public
- Une loi cadre voulue et acceptée par l'Etat, les ministères et les autorités publiques et les agences d'exécution
- Une loi cadre écrite dans un langage simple et précis permettant d'accélérer la planification et le développement des projets et leur bonne mise en œuvre en pleine transparence
- Une loi cadre limitée à 50 à 100 articles annonçant des décrets d'application et précisant les grands principes que ces décrets contiendront

Mettre en place une méthodologie adaptée

➤ Première étape:

- **Evaluation du cadre législatif et réglementaire existant et de sa pratique**
 - ✓ Cadre général des investissements, infrastructures publiques et privées: analyse des textes, de leur application et des procédures, étude catégorielle (ex. douanes, fiscalité, contrôle des changes, foncier, environnement, contrats, résolution des litiges, monopoles, droit de la concurrence, réglementation sectorielle)
 - ✓ Analyse de la mise en œuvre pratique: analyse des expériences de projets les plus significatifs, des modalités de fonctionnement et des procédures utilisées par l'Etat, les ministères et les autorités publiques, des conditions de délivrance des autorisations et permis
 - ✓ Analyse des modalités d'évolution législative, réglementaire au cours des 15 dernières années et les tendances futures principalement en matière de protection et garantie des investissements sur le long terme
 - ✓ Analyse de l'ensemble des règles et bonnes pratiques internationales devant être observées pour les projets d'investissement à long terme dans le secteur des infrastructures publiques et minières

➤ Deuxième étape

- **Identification des principaux enjeux, échanges et feuille de route**
 - ✓ Identification des lacunes existantes en matière de protection des investissements, des procédures et des principes généralement admis en



matière de concessions et PPP à travers le monde et dans des pays de tradition juridique similaire

- ✓ Prise en compte des perceptions des investisseurs internationaux susceptibles d'être les plus intéressés
- ✓ Rédaction de « concept notes » sur chacun des enjeux (ex. fiscalité, notion de service public, équilibre économique et financier, adaptation) en vue d'un processus d'échanges structurés avec l'ensemble des parties prenantes dans le pays ou la région concernée: « concept notes » factuelles assorties de justifications appropriées pour les préconisations exprimées

➤ Troisième étape

▪ **Mise en place d'un processus d'échanges structurés comprenant des experts des principaux ministères amenés à participer aux projets futurs**

- ✓ Identification des différents niveaux d'expertises, des qualifications des experts, des secteurs et institutions représentés
- ✓ Organisation d'un comité ad hoc: acte de mission nécessitant une volonté étatique et gouvernementale affichée
- ✓ Première réunion du comité consacrée à son statut, à son règlement intérieur et à ses conditions de fonctionnement efficace au regard des objectifs affichés et des « concept notes »: obligation de confidentialité, de présence, de réactivité, de prise de connaissance de tout document, note et autre à l'avance, des opportunités pour s'exprimer et faire valoir des points de vue et des conditions de formulation des synthèses émanant du comité

➤ Quatrième étape

▪ **Conclusions initiales du comité, feuille de route et démarches ciblées d'informations et d'échanges additionnels**

- ✓ La feuille de route: synthèse entre les « concept notes » et les délibérations et orientations du comité, prise en compte de questions et de préconisations additionnelles, plan détaillé du projet de loi cadre et directives pour sa rédaction
- ✓ Mission ciblée d'experts sectoriels pour éclairer le comité et faciliter le processus de rédaction
- ✓ Mission du comité ou d'experts dans la région ou dans les pays développés pour échanger sur différents niveaux d'expertise législative, réglementaire et pratique

➤ Cinquième étape

▪ **Rédaction du projet complet de loi cadre basé sur la feuille de route**

- ✓ Evaluation du projet de loi par le comité
- ✓ Révision du projet de loi tenant compte des observations du comité
- ✓ Evaluation du projet de loi par un panel de personnalités qualifiées du monde des concessions et PPP à l'international: juristes, économistes, financiers, environnementalistes, secteur privé, social, organisations multilatérales, etc.
- ✓ Deuxième révision du projet de loi et synthèse finale avec le comité



- **Champ d'application et définitions**
 - ✓ Exemples de définitions possibles: projets complexes, droit des contrats publics, intérêt public, service public)
 - ✓ Objet
 - ✓ Périmètre
 - ✓ Secteurs
 - ✓ Dispositions d'ordre public
 - ✓ Relations avec le droit de la commande publique
 - ✓ Définition des deux familles concessions et autres PPP

- **Cadre institutionnel**
 - ✓ Gouvernance éthique
 - ✓ Unités PPP sectorielles (statuts, pouvoirs, obligations, etc.)
 - ✓ Comités PPP projets (statuts, pouvoirs, obligations, etc.)
 - ✓ Comité local d'évaluation
 - ✓ Autorités de régulation
 - Régulation contractuelle
 - Règlement des différends

- **Préparation des projets**
 - ✓ Unité PPP centrale (statuts, pouvoirs, obligations, décisions, etc.)
 - ✓ Procédures de préparation: cadre conceptuel, préféabilité, scénario économique et financier
 - ✓ Choix de la forme contractuelle
 - ✓ Décision finale et inscription sur la liste des projets
 - ✓ Conditions d'emploi d'experts et consultants

- **Mise en concurrence et choix de l'investisseur**
 - ✓ Conditions d'organisation de la pré qualification ou présélection
 - ✓ Conditions de préparation et contenu du dossier de consultation
 - ✓ Procédures de sélection
 - Consultation en deux étapes
 - Dialogue compétitif
 - Négociation compétitive
 - Offres spontanées
 - ✓ Recours
 - Référés: conditions et conséquences
 - Autres

- **Cadre juridique**
 - ✓ Généralités: aspects réglementaires et contractuels
 - ✓ Droit des contrats publics
 - Equilibre économique, définition, conditions d'application et principes de diminution, de répartition ou de prise en charge des risques et opportunités
 - Droits spécifiques des autorités publiques
 - Droits spécifiques des investisseurs
 - *Intuitu personae*
 - ✓ Statut juridique de l'investisseur
 - ✓ Statut juridique des terrains et des actifs
 - ✓ Garanties et droits réels
 - ✓ Droit de l'environnement: EISE et permis



- ✓ Droit de l'expropriation obligation d'indemnisation et de réinstallation
- ✓ Prévention et règlement des différends, arbitrage, loi applicable

- **Liste des clauses contractuelles obligatoires**
 - ✓ Liste de base
 - ✓ Liste additionnelle pour la famille PPP concessions
 - ✓ Exemple de clauses nécessitant des précisions *a minima*
 - Clauses tarifs
 - Clauses autorisations et permis
 - Clauses de rendez-vous, de partenariat, de prévention et de règlement des différends
 - Clauses de transparence, de production des comptes et de contrôle
 - Clauses de droit applicable
 - Clauses de résiliation anticipée et conditions d'indemnisation et de règlement des différends par arbitrage

