



# COMMISSIONS OUVERTES BARREAU DE PARIS

Co-responsables Maria Beatriz Burghetto et Patricia Cuba-Sichler



Le partenariat public-privé (PPP) en France  
et en Amérique Latine

3 octobre 2017

# Intervenants

**Pierre Sultan**

Avocat au Barreau de Paris, PPA avocats

**Florencio Travieso**

Avocat au Barreau de Buenos Aires

**Maria Beatriz Burghetto**

Avocat aux Barreaux de Paris et de Buenos Aires

**Patricia Cuba-Sichler**

Avocate aux Barreaux de Paris et de Lima, DS Avocats

# Introduction – Définition des PPP

Sans apparaître dans les textes juridiques, la notion de partenariat public-privé (PPP) a fréquemment été utilisée pour faire référence à une pluralité de contrats globaux de longue durée, à financement privé, auxquels ont recours des autorités publiques

# Proposition de définition

*« Un Partenariat Public-Privé est un contrat de long-terme, entre une entité publique et une société privée, au travers duquel la société privée s'engage à fournir un service global pouvant combiner financement, conception, réalisation, exploitation et maintenance d'une infrastructure publique. La société privée est rémunérée soit par les redevances payées directement par les usagers, soit par des paiements de l'entité publique, conditionnés à l'atteinte de certains niveaux de performance du service, soit par une combinaison des deux. »*

**Banque mondiale**

# Caractéristiques communes

**Contrats globaux** : (pré)financement, conception, construction, exploitation, maintenance

**Contrats de long terme**

**La partie privée apporte tout ou partie du financement**

**Maîtrise d'ouvrage déléguée au partenaire privé**

**Recours croissant à la technique du financement de projet**

# Caractéristiques communes

## **Contrats globaux**

*Un contrat de PPP a pour caractéristique centrale de regrouper plusieurs phases ou missions d'un même projet:*

***La conception** (ou « travaux d'ingénierie ») l'élaboration du projet, qu'il s'agisse du concept initial, des exigences en matière de résultats, ou des spécifications de conception prêtes à être mises en chantier.*

## *La **construction** ou **réhabilitation** :*

lorsqu'il est fait recours aux PPP pour de nouvelles infrastructures, l'entité privée est en général chargée de la construction de l'actif et de l'installation de tout l'équipement : **Projet « Greenfield »**  
Lorsque les PPP concernent des actifs existants, l'entité privée se chargera de la réhabilitation ou de l'expansion de l'actif: **Projet « Brownfield »**

*Le **financement** :* lorsqu'un PPP comprend la construction ou la réhabilitation d'un actif, l'entité privée est généralement tenue de financer tout ou partie des dépenses d'immobilisation requises

*La **maintenance** :* les PPP attribuent à l'entité privée la responsabilité d'entretenir une infrastructure selon une norme spécifique, pour la durée de vie du contrat. Cette fonction est en général considérée comme une caractéristique déterminante des contrats de PPP.

*L'**exploitation** :* les responsabilités d'exploitation de l'entité privée peuvent varier considérablement, selon la nature de l'actif sous-jacent et du service associé.

# Caractéristiques communes

## Financement privé

Les PPP apparaissent comme un **mécanisme de financement** pour surmonter les contraintes budgétaires à court terme, en répartissant le coût d'investissement d'un projet sur toute la durée de ce dernier. Les PPP, par contraste, créent des décaissements sur une longue période.

Les **PPP peuvent aider à accroître le financement disponible pour l'infrastructure**, c'est-à-dire, dégager un revenu supplémentaire pour s'acquitter des services d'infrastructure, notamment :

- **Hausse des revenus en provenance des usagers** : en imposant des redevances aux usagers ou en réduisant les pertes au niveau de la collecte de ces frais.
- **Nouvelles sources de revenus** en provenance d'une utilisation accrue de l'actif. Accroître les recettes en utilisant autrement les actifs d'infrastructure peut permettre de réduire le coût de l'infrastructure imposé au gouvernement ou aux usagers.

# Caractéristiques communes

## Mécanisme de paiement

L'entité privée peut:

- percevoir des redevances auprès des usagers,
- peut être payée par le personne publique, ou
- être rémunérée selon une combinaison de ces deux méthodes, avec comme condition, couramment utilisée, que le paiement soit subordonné aux résultats.

Le mécanisme de paiement dépendra des fonctions assumées par l'entité privée :

Dans le cadre de **PPP à paiement par les usagers** tels que des routes à péage, l'entité privée fournit un service aux usagers et produit des recettes en leur imposant des redevances pour le service en question. Ces frais (ou tarifs, ou péages) peuvent être complétés par des subventions versées par le gouvernement. Celles-ci peuvent être axées sur la performance (par exemple, subordonnées à un niveau de qualité donné) ou sur les résultats (par exemple, en fonction des paiements par l'utilisateur).

Dans le cadre de **PPP à paiement public**, le gouvernement est la seule source de revenu pour l'entité privée. Les paiements par le gouvernement peuvent dépendre de l'actif ou du service mis à disposition selon un niveau de qualité défini contractuellement.

# Catégories de PPP contractuels

## □ Les PPP concessifs

Régie intéressée, affermage, concession de service public

Concessions de services

Concessions d'aménagement

- Paiement essentiellement par l'utilisateur ou par l'exploitation
- Le concessionnaire supporte le risque d'exploitation

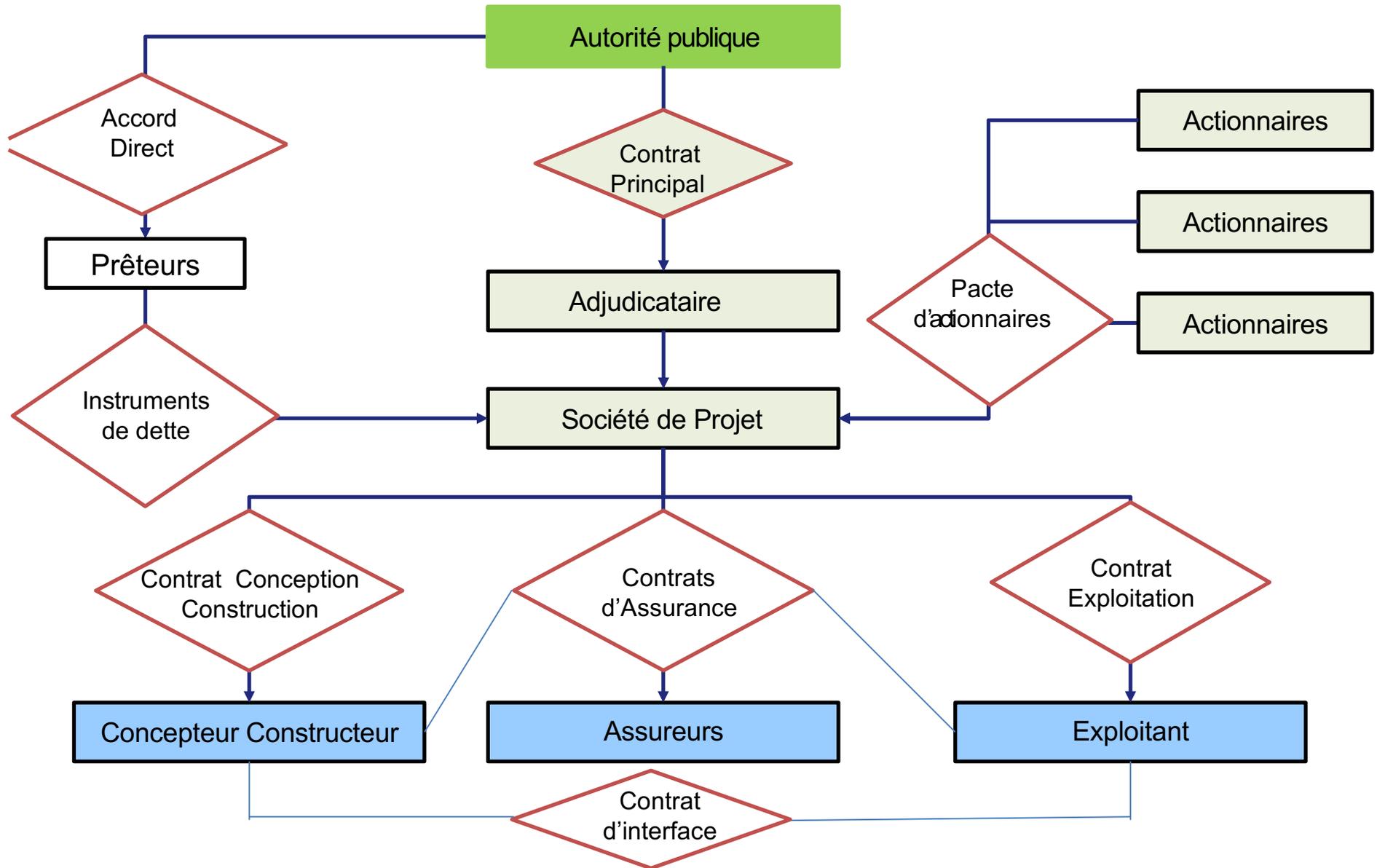
## □ Les PPP à paiement public

➤ Paiement par la personne publique

➤ Possibilité de recettes annexes

# Introduction – Structure contractuelle du PPP-

## Parties prenantes



# Réglementation française du PPP

## ❑ Les marchés de partenariat (ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015)

Mission globale portant *a minima* sur la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public **ou à l'exécution d'une mission d'intérêt général.**

- Possibilité pour la personne publique de participer au financement de l'ouvrage.
- La mission globale peut également inclure :
  - ✓ la **conception**
  - ✓ **l'aménagement/ entretien/maintenance/gestion ou exploitation** d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels
  - ✓ la **gestion d'un service public ou des prestations concourant à la mission de service public**
  - ✓ L'encaissement de recettes auprès de l'utilisateur au nom et pour le compte de la personne publique
  - ✓ L'acquisition des biens nécessaires à la réalisation de l'opération,
  - ✓ La reprise des contrats passés par la personne publique.

## ❑ Les contrats de concession (Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession)

Contrat écrit par lequel une ou plusieurs autorités concédantes confient:

- l'exécution de travaux ou la gestion de services à un ou plusieurs opérateurs économiques,
- à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service. le concessionnaire doit être réellement exposé à un aléa de marché et ne pas être certain d'amortir ses investissements ou les coûts supportés sur la durée du contrat.
- en contrepartie soit du droit d'exploiter ceux-ci, soit de ce droit assorti d'un prix.

# Réglementation française du PPP

## ❑ **Marché de partenariat**

le marché de partenariat peut être conclu par tout acheteur, à l'exception des organismes, autres que l'État, relevant de la catégorie des administrations publiques centrales (ODAC) ainsi que des établissements publics de santé

### **Etudes et avis préalables**

- Evaluation préalable du mode de réalisation du projet et avis de l'organisme expert
- L'étude de soutenabilité budgétaire et avis des services du ministre chargé du budget

### **Les conditions de recours**

- Le bilan favorable
  - a) L'appréciation de l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage
  - b) L'appréciation du périmètre des missions susceptibles d'être confiées
  - c) Des modalités de partage de risques
  - d) L'appréciation du coût global du projet
- Le seuil de recours au marché de partenariat
- Autorisation préalable au lancement de la procédure

# Réglementation française du PPP

## ❑ Les contrats de concession

Le contrat de concession peut être conclu par tout pouvoir adjudicateur

Condition: la réalité du risque supporté par le concessionnaire

La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service.

### Durée

Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire

# Réglementation du PPP en Amérique Latine



# Réglementation du PPP en Amérique Latine

*Infrascopes 2017 overall score*

*Positionnement du Chili et de la Colombie*

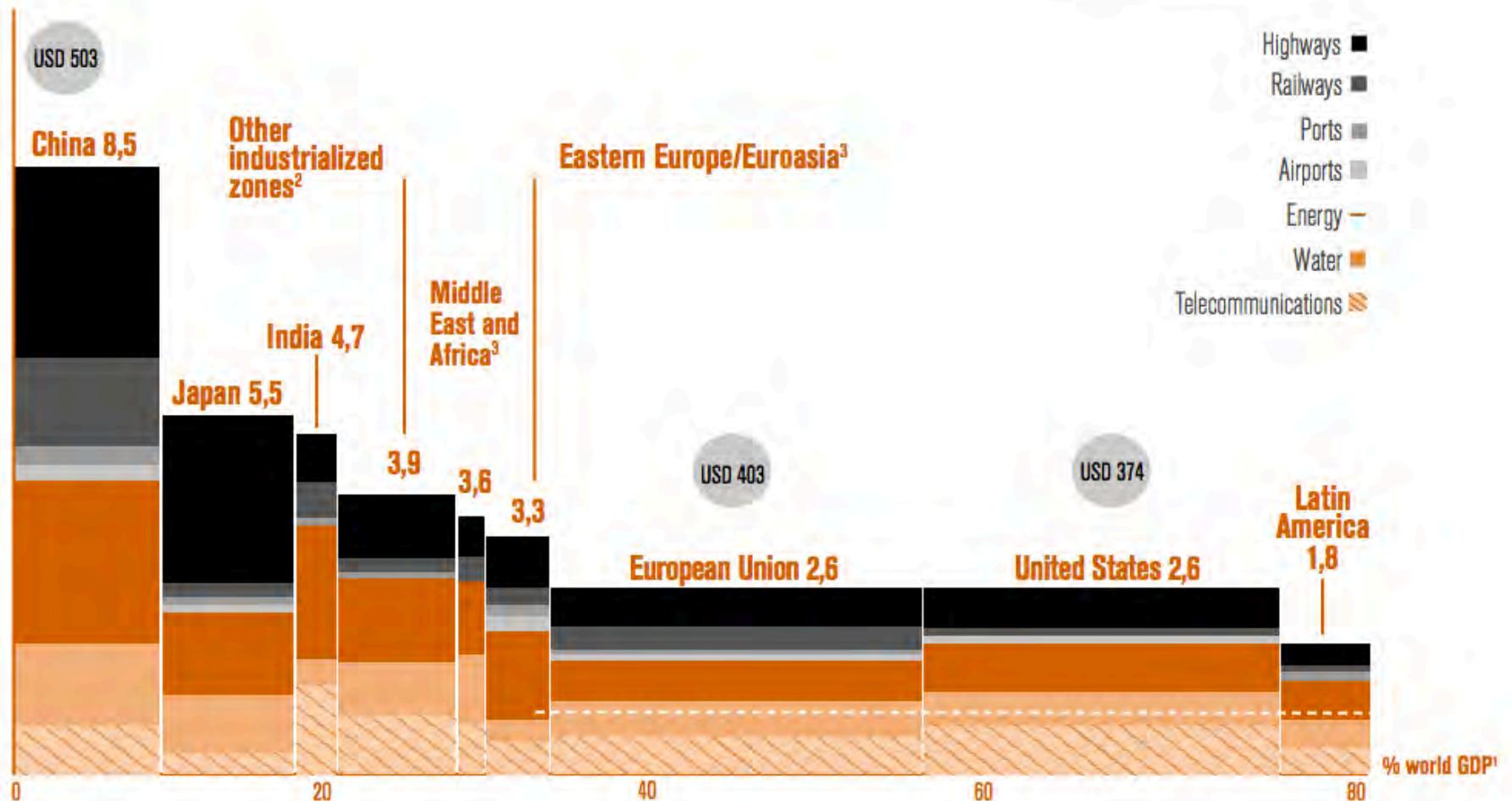
*Positionnement de l'Argentine et du Brésil*

| Rank                   | Score / 100 |
|------------------------|-------------|
| =1 Chile               | 74          |
| =1 Colombia            | 74          |
| 3 Brazil               | 72          |
| 4 Jamaica              | 71          |
| 5 Peru                 | 69          |
| 6 Mexico               | 68          |
| 7 Honduras             | 65          |
| =8 El Salvador         | 64          |
| =8 Nicaragua           | 64          |
| =8 Uruguay             | 64          |
| =11 Costa Rica         | 62          |
| =11 Guatemala          | 62          |
| 13 Paraguay            | 58          |
| 14 Trinidad and Tobago | 56          |
| 15 Panama              | 51          |
| 16 Dominican Republic  | 49          |
| 17 Argentina           | 48          |
| 18 Ecuador             | 44          |
| 19 Venezuela           | 8           |
| <b>AVERAGE</b>         | <b>59</b>   |

# Réglementation du PPP en Amérique

Average % GDP

Investment obtained by applying the average of GDP in 2010 (trillions of USD)



# Réglementation du PPP en Amérique Latine

*Quelques données préliminaires*

*Cadres juridiques récents (besoin de maturité)*

*Nicaragua (Octobre 2016)*

*Argentine (Novembre 2016)*

*Costa Rica (Décembre 2016)*

*Équateur (nouvelles institutions en 2016)*

***Chili***

*25 années d'expérience en PPP. 70 PPPs 5 dernières années*

***Colombie***

*Nouvelle régulation en 2012. 37 PPPs 5 dernières années*

***Brésil***

*Diversification de projets (Santé, éducation, prisons, infrastructure urbaine, projets environnementaux). Rôle actif et croissant des autorités locales (instance fédérale, municipalités).*

***Uruguay:*** *exclusion PPP des services d'eaux et assainissement*

***Guatemala:*** *exclusion éducation et santé*

# Réglementation du PPP en Amérique Latine

## *Argentine*

*La loi de Participation Publique Privée (PPP) a été adoptée le 16 novembre et promulguée par décret le 30 novembre 2016*

*Nouveau régime, **plus flexible** et **plus équilibré** dans la répartition des prérogatives (vis-à-vis de la régulation précédente)*

### *AVANT:*

*Le **régime général des contrats administratifs** argentins prévoyait des prérogatives plus étendues pour l'Etat:*

*i/ interprétation unilatérale des dispositions du contrat,*

*ii/ prérogatives de modification : modifier à hauteur de 20%, révocation, extension, sans indemniser le co-contractant,*

*iii/ imposition des pénalités et sanctions (violation de ses obligations)*

*L'investisseur disposait d'une marge de manœuvre plus limitée.*

# Réglementation du PPP en Amérique Latine

## *Argentine*

*La loi PPP, promulguée le 30 novembre 2016, crée une **alternative au régime général** des contrats administratifs sans le supprimer. En effet, l'Etat pourra choisir entre ces différentes options dans le cadre d'un appel d'offre. Toutefois, s'il choisit celle du PPP, le régime général ne pourra pas s'appliquer.*

### *Une nouvelle réglementation*

*L'objectif de cette nouvelle législation est de*

- fixer un cadre contractuel plus moderne et équilibré afin d'attirer les investissements – le gouvernement compte attirer entre 30 et 40 Mds USD*
- pallier le manque d'infrastructure du pays*
- déléguer une part du financement des travaux publics au secteur privé, aux banques et aux organismes multilatéraux,*
- rattraper un certain isolement sur la scène économique internationale - l'Argentine, avec le Venezuela, était le dernier le dernier pays de la région à ne pas offrir de régime PPP*

# Réglementation du PPP en Amérique Latine

## *Argentine*

### *Un mot clé: Flexibilité*

*La flexibilité est accrue dans le choix:*

*i/ de l'objet, qu'il s'agisse de la conception, de la construction, de l'extension, de l'amélioration, de la maintenance, de la distribution de biens ou de services ou de l'exploitation d'un lieu*

*ii/ des secteurs couverts, qui incluent les infrastructures, l'habitat, les services, la recherche appliquée et l'innovation technologique ainsi que le terme générique « autres activités » laissant la porte ouverte, dans le futur, à des secteurs d'activités aujourd'hui inexistantes*

*iii/ de la rémunération, dans la mesure où les cocontractants peuvent choisir d'être payés en monnaie étrangère ou locale*

*iv/ de la forme associative, dans la mesure où les cocontractants peuvent choisir de créer une société anonyme dont l'objet serait d'administrer le projet ou s'accorder sur le montage juridique et financier de leur choix. Selon la loi, le plafond global de signature de contrats sous le nouveau régime a été fixé à 7% du PIB.*

# Réglementation du PPP en Amérique Latine

## *Argentine*

### Quelques *prérogatives*

*Le cadre du PPP renforce l'exigence technique lors du processus de sélection mais maintient le **minimum de 33% de contenu local** afin de développer l'industrie et l'emploi national*

*Dans le cadre du régime général (des contrats administratifs argentins) la sélection se fait en faveur de l'offre qui convient le mieux à l'organisme contractant, prenant en compte le prix, la qualité, l'expérience de l'offrant et d'autres conditions de l'offre, laissant ainsi une large marge d'appréciation à l'État dans le processus.*

*Dans le cadre du PPP, la sélection des projets se fait en priorité sur la base de leur **complexité (qualité) technique** et de l'optimisation de l'usage des deniers publics. À cet effet, les contractants doivent présenter l'impact fiscal de leur projet, les externalités qu'il génère, l'impact en termes d'emploi ainsi qu'en matière sociale et environnementale.*

# Réglementation du PPP en Amérique Latine

## *Argentine*

*Des limites pour l'action de l'État, mais un rôle de **contrôle renforcé***

- *règles strictes pour sanctionner l'investisseur fautif*
- *indemniser le co-contractant s'il modifie le contrat, dans les marges autorisés de 20%.*

***Facultés de contrôle de l'exécution** du contrat conservées (Cour de comptes locale)*

# Réglementation du PPP en Amérique Latine

## *Brésil*

*Loi 8987/1995 (Lei No. 8987, Dispõe Sobre o Regime de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos Previsto no Art. 175 da Constituição Federal, e dá Outras Providências).*

*Loi 11079/2004 (30 décembre 2004) Établit des règles générales pour les appels d'offres et les contrats de partenariat public-privé au sein de l'administration publique (Lei No. 11079, Institui Normas Gerais para Licitação e contratação de Parceria público-privada no Ambito da Administração pública),*

## **Contrats**

*Durée minimum 5 ans*

*Montant minimum 6.3 M USD (20 millions reais)*

# Réglementation du PPP en Amérique Latine

## *Chili*

*Loi 20410/2010, the Law of Public Works Concessions (Ley de Concesiones de Obras Públicas).*

*Plus de 25 ans d'expérience en PPP*

*Un climat d'investissement et des affaires solide, et des instruments de financement développés.*

*Plus de 70 PPPs au cours des cinq dernières années (WB PPI Database) et très diversifiés.*

*PPP pour des services publics, l'usage de biens nationaux.....*

*Le contrat PPP adopte la forme d'une concession.*

# Réglementation du PPP en Amérique Latine

## *Colombie*

*Cadre réglementaire renforcé par une nouvelle loi PPP en 2012 et un décret réglementaire de 2015*

*Loi N° 1508 (2012) concernant les partenariats Public-Privés (pour les juridictions nationales ou locales)*

*Décret 1082/2015*

*Durée : au moins 30 ans*

*Valeur: 1,500,000 USD minimum par projet*

*Les investisseurs privés sont responsables des opérations et de la entretien du projet*

# Réglementation du PPP en Amérique Latine

## Pérou : Renforcement du cadre institutionnel - ProInversión

2008

- **PPP consolidation**
- Souscrire les PPP, les différentes modalités contractuelles pour le développement de l'infrastructure publique et des services publics.

Décret Législatif N°1012

Décret Législatif N° 1224

- **International standards**
- Un cadre juridique unique pour la promotion de l'investissement privé par PPP et projets d'actifs

2016

2016

- **Amélioration de la Gouvernance**
- ProInversión nouveau rôle
- Amélioration de la qualité des projets
- Lutte contre la corruption et amélioration de la transparence

Décret Législatif N° 1251

# Réglementation du PPP en Amérique Latine

*Pérou : Chiffres PPP depuis 2004 (source ProInversión)*

## PPP adjudications flow

2004 - 2018

■ Investments amounts in USD million (VAT included)

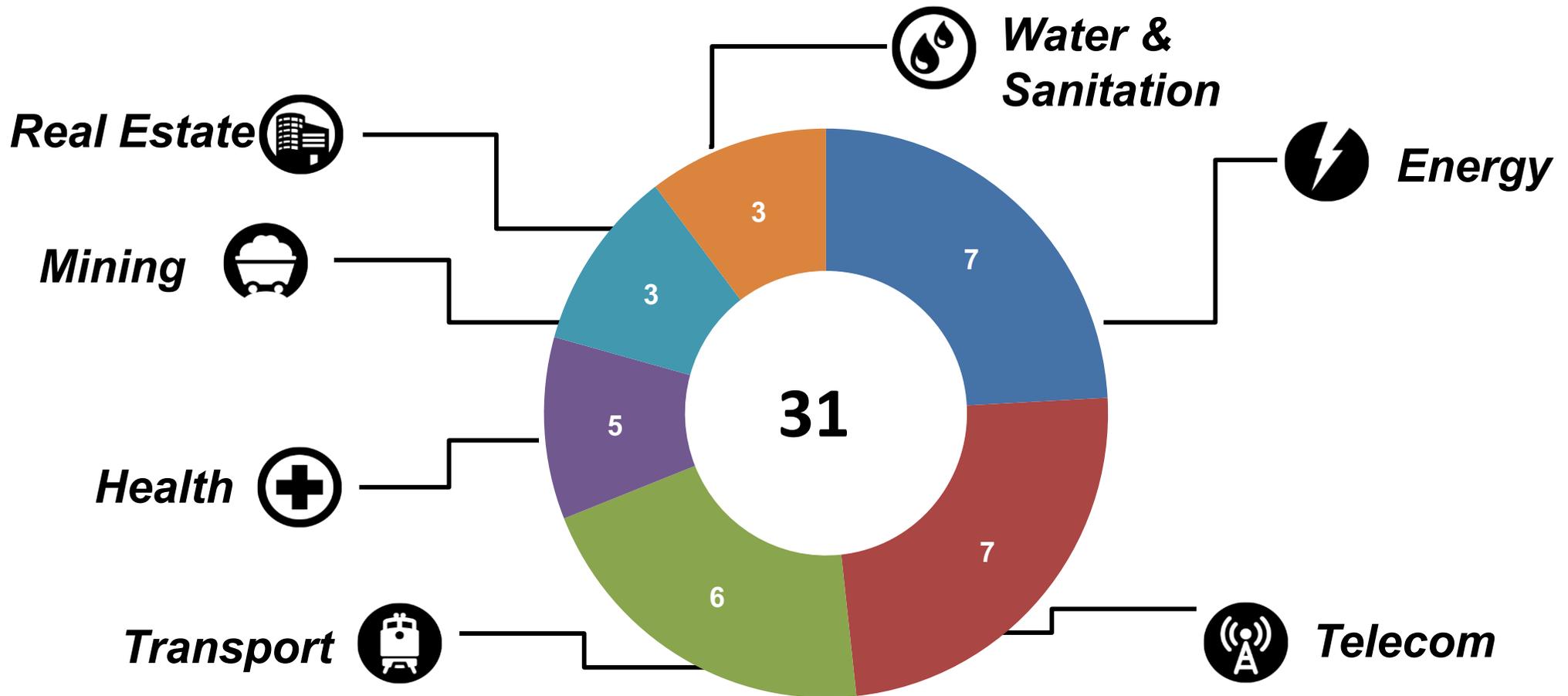
— Number of PPP process

\*Southern Peru Pipeline



# PROINVERSION PPP PORTFOLIO 2017-2018

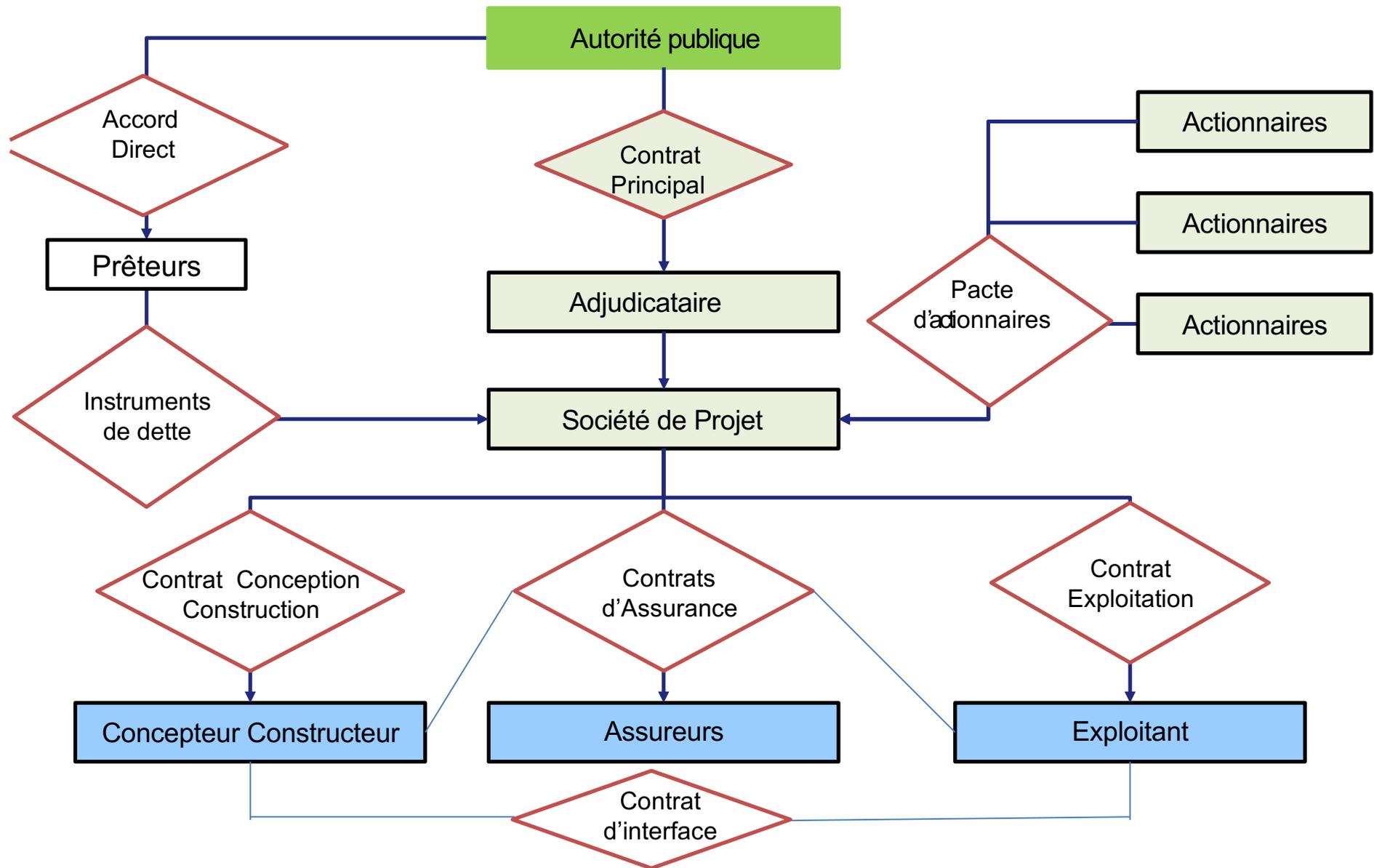
**31 projects**  
**Estimated investment: near USD 13.2 billion\***

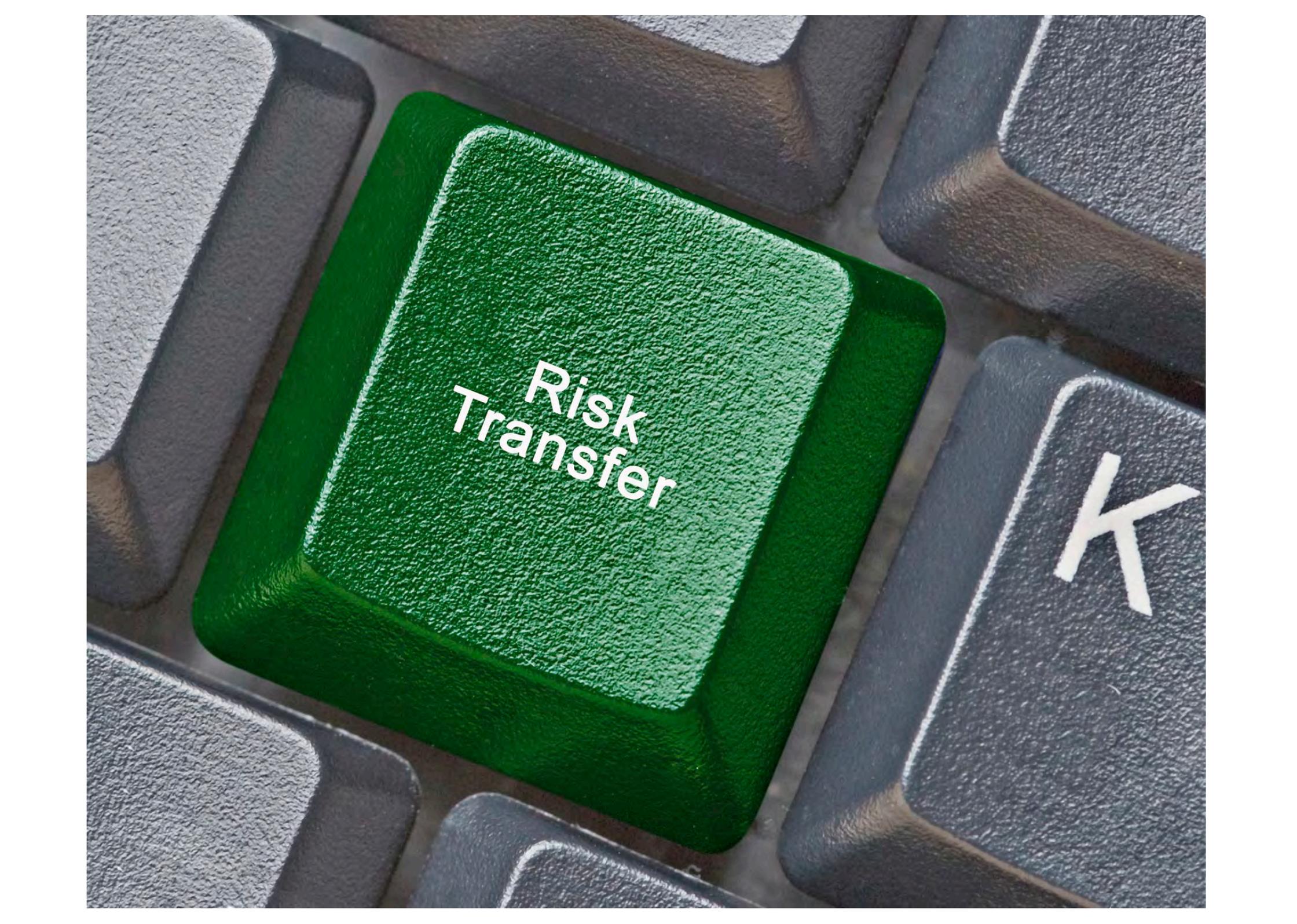


(\*) The auctions are not included.

# Rappel – Structure contractuelle du PPP-

## Parties prenantes



A close-up photograph of a computer keyboard. The central focus is a bright green key with a textured surface, featuring the words "Risk Transfer" in white, sans-serif font. To the right of the green key is a standard grey key with a white letter "K". The surrounding keys are also grey and textured, creating a grid-like pattern. The lighting is soft, highlighting the texture of the keys and the vibrant color of the green key.

Risk  
Transfer

K

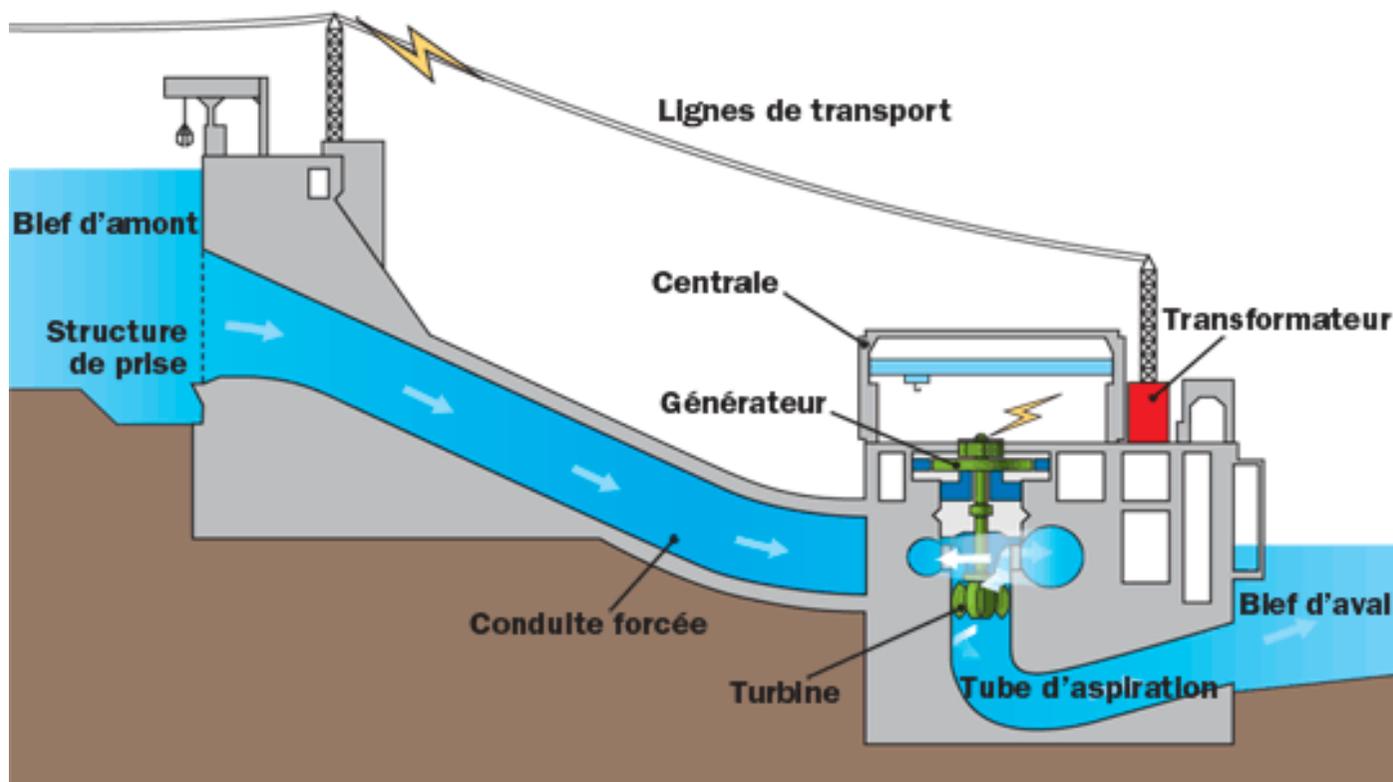
# Allocation des risques dans le PPP

*Objectif: Attribuer chaque risque à celui qui peut le gérer au moindre coût ou en prévenir la réalisation.*

- *Au centre de chaque transaction PPP (contrats complexes et de long terme).*
- *Condition préalable à la rédaction de tout contrat de PPP: compréhension approfondie des dispositions relatives à l'allocation des risques.*
- *Répartition appropriée des risques: détermine si un projet de PPP donné sera susceptible d'être financé et s'il sera durable.*
- *Risques susceptibles d'être légiférés, alloués et atténués entre les secteurs public et privé - abordés principalement par le contrat principal (risques non traités: risque d'approvisionnement du gouvernement, risque financier et de performance du secteur privé, l'intervention / retard de tiers et risques spécifiques découlant de projets non sollicités).*

# Exemple: Matrice de risques – PPP dans le secteur énergétique

## *Projet de construction d'une usine hydroélectrique*



# Données du projet (usine hydroélectrique)

- *Projet de construction d'une usine de production d'énergie hydroélectrique à grande échelle (plus de 100 MW)*
- *Modalité BOOT (Build-Own-Operate-Transfer) = CPOT (Construction, Possession, Opération, Transfert)*
- *Puissance vendue à un acheteur unique appartenant à l'État*
- *L'autorité publique désigne l'emplacement de la centrale électrique*
- *Risques clés:*
  - *Acquisition du terrain et risque du site*
  - *Risques environnementaux et sociaux*
  - *Risque de ressources ou de matière premières*

# Allocation des risques identifiables

Projet: Construction, Possession, Opération, Transfert d'une centrale hydroélectrique

**CONTRACTANT = « PRIVÉ »**  
**PERSONNE PUBLIQUE = « PUBLIC »**

|   |   |
|---|---|
| 1) ACQUISITION DU TERRAIN / SITE = <b>PRIVÉ</b> / <b>PUBLIC</b> * | 6) PERFORMANCE / PRIX = <b>PRIVÉ</b>                      |
| 2) ENVIRONNEMENT / COMMUNAUTE = <b>PRIVÉ</b>                      | 7) RESSOURCES / INTRANTS = <b>PRIVÉ</b> / <b>PUBLIC</b> * |
| 3) DESIGN = <b>PRIVÉ</b>  | 8) DEMANDE = <b>PARTAGÉ</b> / <b>PUBLIC</b> *             |
| 4) CONSTRUCTION = <b>PRIVÉ</b>                                    | 9) MAINTENANCE = <b>PRIVÉ</b>                             |
| 5) ACHÈVEMENT (retard / dépassement des coûts) = <b>PRIVÉ</b>     | 10) FORCE MAJEURE = <b>PARTAGÉ</b>                        |

*\*marché émergents (peu de projets industriels à grande échelle; structure juridique conduisant à une certaine imprévisibilité).*

# Allocation des risques identifiables

Projet: Construction, Possession, Opération, Transfert d'une centrale hydroélectrique

| CONTRACTANT = « <b>PRIVÉ</b> »<br>PERSONNE PUBLIQUE = « <b>PUBLIC</b> »    |  |
|--|--|
| 11) COURS DE CHANGE / TAUX D'INTÉRÊT = <b>PRIVÉ</b> / <b>PARTAGÉ</b> *     | 15) INFLATION = <b>PUBLIC</b> / <b>PARTAGÉ</b> *                           |
| 12) ASSURANCE = <b>PRIVÉ</b> / <b>PARTAGÉ</b> *                            | 16) RISQUE STRATEGIQUE = <b>PRIVÉ</b>                                      |
| 13) RISQUE POLITIQUE = <b>PARTAGÉ</b> / <b>PUBLIC</b> *                    | 17) TECHNOLOGIE PERTURBATRICE = <b>PUBLIC</b>                              |
| 14) REGLEMENTATION / CHANGEMENT DE LA LOI = <b>PRIVÉ</b> / <b>PUBLIC</b> * | 18) RESILIATION ANTICIPEE (y compris toute indemnisation) = <b>PARTAGÉ</b> |

*\*marché émergents (peu de projets industriels à grande échelle; structure juridique conduisant à une certaine imprévisibilité).*

# Risques clés: 1) Acquisition du terrain et risque du site

*Le risque d'acquérir le titre sur le terrain à utiliser pour un projet, la sélection de ce site et les conditions géophysiques de ce site.*

- *Autorisation de planification.*
- *Des droits d'accès.*
- *Sécurité.*
- *Patrimoine.*
- *Aspect archéologique.*
- *Pollution.*
- *Vices cachés.*

**Marchés développés** : *Le partenaire privé assume la pleine responsabilité de l'adéquation du site du projet, y compris les conditions géologiques, géotechniques et archéologiques. Il peut transmettre ce risque au constructeur (contrat clé en main forfaitaire – EPC).*

**Marchés émergents** : *L'autorité contractante assume le principal risque car elle est la mieux placée pour sélectionner et acquérir les intérêts fonciers requis pour le projet et gérer les enjeux des terres autochtones et l'engagement avec les communautés locales. Elle devra réaliser des études du sol et environnementales détaillées et devra communiquer ces informations aux soumissionnaires de projets. Elle devra gérer les problèmes liés aux droits fonciers indigènes qui peuvent avoir une incidence sur l'utilisation du site.*

## Risques clés: 2) Risques environnementaux et sociaux

*Risque de dommages à l'environnement ou d'impact négatif sur les communautés locales*

**Marchés développés** : *Le partenaire privé* aura la responsabilité principale de gérer la stratégie environnementale et sociale dans l'ensemble du projet, conservant la responsabilité pour les impacts sociaux qui sont inévitables suite au développement du projet (par exemple, indemnité de relogement des communautés / entreprises urbaines). Il doit veiller à ce que le constructeur et/ou l'opérateur respectent les permis et les autorisations applicables en incluant les obligations correspondantes dans les contrats de construction.

**Marchés émergents** : Lorsque le pouvoir adjudicateur dicte l'emplacement de la centrale électrique, le *partenaire privé* (sous réserve de la révélation complète par l'autorité contractante de tous les faits qui lui sont connus) a habituellement la responsabilité d'accepter le site du projet « en l'état » et de gérer la stratégie environnementale et sociale dans l'ensemble du projet, ainsi que l'obtention de toutes les licences, permis et autorisations nécessaires. Lorsque le processus de passation de marchés donne aux partenaires privés latitude pour choisir l'emplacement optimal de la centrale, ce risque sera entièrement attribué au secteur privé. Les impacts sociaux sur les communautés locales seront gérés par le partenaire privé sous la surveillance de l'autorité contractante.

## Risques clés: 7) Risques liés aux ressources / intrants

*Le risque que la fourniture d'intrants ou de ressources nécessaires à l'exploitation du projet soit interrompue ou que leur coût augmente.*

**Marchés développés** : Le **partenaire privé** assume la responsabilité principale d'assurer un débit d'eau suffisant pour le projet. Les prêteurs du partenaire privé vont exiger à ce dernier de justifier ses hypothèses d'hydrologie en fonction de plusieurs années de collecte de données d'hydrologie et d'analyse de probabilité des niveaux d'eau.

**Marchés émergents** : La nature du risque varie en fonction du fait que le projet soit « au-fil-de-l'eau » (sans retenue d'eau) ou un barrage. Mais dans les deux cas, on s'attend à ce que la fiabilité de l'approvisionnement en eau soit évaluée en fonction des enregistrements historiques qui auraient dû être faits sur une longue période d'années par le pays hôte. Si des enregistrements détaillés et exacts existent, le **partenaire privé** peut accepter le risque.

*Dans de nombreux cas, des données de cette nature n'ont pas été collectées ou maintenues pendant une période suffisante. Il existe d'autres problèmes qui peuvent également rendre ce risque difficile pour un partenaire privé - par exemple s'il existe une possibilité que le pays hôte puisse prendre des mesures en amont de l'emplacement de la centrale électrique qui affecterait l'approvisionnement en eau (par exemple, accorder des concessions pour d'autres projets d'énergie).*

# Exécution

- *Modification du contrat :*
  - Avenants : un régime sensiblement modifié
  - Evénements extérieurs :
    - Théorie de l'imprévision
    - Fait du Prince
    - Changement de loi
    - Force Majeure
- *Résiliation du contrat*
- *Annulation par un juge*

# Particularités du PPP en Amérique Latine

## *Argentine*

### **Dialogue compétitive**

Entre les pré-qualifiés et l'Etat (via Organo Ejecutor)

Adaptations aux besoins des parties

### **Renégociations**

Etude de cas secteur péages (1990s)

Modifications contractuelles(garanties, canon, augmentations, extensions)

# Particularités du PPP en Amérique Latine

**Colombie**      *(Décret 1082/2015)*

- *Le contrat peut déterminer un droit à une rétribution par étapes (soumis à approbation du ministre). Article 2.2.2.1.2.2.*
- *Les contrats devront fixer le mécanisme de l'actualisation des montants de recettes publiques et toute autre rétribution. Article 2.2.2.1.2.4.*
- *Des valeurs et montants à déduire en cas de manquements d'obligations Article 2.2.2.1.2.5*

***PPP initiative publique*** *(Section 4 Dec 1082/2015)*

*Possibilité de cession du contrat (aux financiers ou à des tiers)*

*Persistance des notions issues des contrats administratifs (clauses exorbitantes, résiliation unilatérale, caducité)*

***PPP initiative privée*** *(Section 5, Déc. 1082/2015)*

*Soumise aux règles du marché public*

# Particularités du PPP en Amérique Latine

## *Brésil*

*Le cadre juridique des PPPs est indépendant du cadre juridique des concessions*

*Concessions 'sponsorisées'. Services publics ou projets de construction.*

*L'Etat est autorisé à compenser via des subventions au concessionnaire*

*Concessions administratives (contrat de services à long terme)*

*Construction et opération des infrastructures payé par l'État.*

*Paiement par les usagers n'est pas une possibilité.*

# Particularités du PPP en Amérique Latine

## *Chili*

*Les ajustements et révisions suivent les règles de la loi des concessions, via une convention complémentaire au contrat (modification de la durée, ou des apports de l'État).*

*Panels techniques pour différends entre les parties*

## *Challenges :*

### *Coûts des projets*

*Une demande croissante pour une plus grande transparence à toutes les étapes du projet (suivi des coûts, performances économiques)*

# Particularités du PPP en Amérique Latine

## *Pérou : “Obras por Impuestos” (“Oxl”) – Décret Législatif 1250*

« Oxl » mécanisme d'exécution des travaux publics par lequel les entreprises peuvent développer des projets d'infrastructure ainsi que la maintenance de ces infrastructures comme une modalité de paiement des impôts. Ainsi, l'activité privée finance directement les projets en guise d'Impôt sur le Revenu (IR) de l'année fiscale suivante, et ce jusqu'à un niveau maximal de 50 % de l'IR dû.

### **Caractéristiques:**

- Une entreprise privé finance des travaux publics.
- Le gouvernement central, régional, local et les universités publiques accordent leur conformité.
- Le Ministère de l'Economie et des Finances émet un certificat dénommé CIPRL.
- L'entreprise privée utilise le CIPRL comme une sorte de chèque pour le paiement des impôts IR.

### **Bénéfices:**

- ✓ Pour **l'entreprise qui finance le Projet** : Implique dans une démarche responsable et en RSE en même temps qu'elle récupère l'investissement.
- ✓ Pour **l'entreprise qui construit** : Offre nouvelles opportunités d'affaires. Contrat de nature privée avec l'entreprise qui prête le financement.
- ✓ Pour **le gouvernement C/R/L qui valide le Projet** : Des travaux publics seront exécutés plus rapidement au bénéfice de sa population.

# Garanties

## *France*

*Cession Dailly*

*Step-in / Droit de substitution*

*Accord direct*

# Garanties PPP en Amérique Latine

## *Argentine*

### *Des nouvelles garanties financières aux investisseurs*

- *Possibilité de cession de participations,*
- *révoquer le contrat si l'État ne remplit pas ses obligations, notamment financières, et*
- *sous-traiter à une tierce partie une part du contrat sans autorisation préalable de l'État.*
  
- ✧ *Mécanisme de revenus minimums pour l'investisseur*
- ✧ *Encadrement du traitement des dommages et d'indemnisation en cas de violation du contrat*
- ✧ *Protection de l'investisseur contre le risque inflationniste, en excluant l'interdiction d'indexation prévue dans la loi de convertibilité n°23.928 (article 7 et 10).*

# Garanties PPP en Amérique Latine

## *Brésil*

Etablissement des fonds de garantie pour minimiser l'exposition du secteur privé aux risques institutionnels. Mécanismes de réduction du cout financier implicite des contrats PPP

Restriction de l'exposition des finances publiques face aux contrats PPP, en fixant l'engagement financier de l'Etat en 1 per cent du revenu net annuel du projet

## **Colombie**

3 Générations de contrats, Critère évolutif des garanties.

Garantie de revenu minimum

3<sup>ème</sup> Génération: Réduction des risques et design de concessions selon le concept de revenu souhaité offert.

# Garanties PPP en Amérique Latine

## *Chili*

Détermination des obligations à garantir dans le contrat (études préalables)  
Estimations budgétaires déterminant les maximums montants des garanties annuelles

Garanties revenus minimum limités à 70% de l'investissement du privé (+ coûts liés à l'opération et l'entretien).

Partage des bénéfices extraordinaires

Clause de stabilisation taux de change

# Garanties PPP en Amérique Latine

## *Pérou*

- Décret Suprême n°162-92-EF - règlement des régimes de garantie de l'investissement privé.
- Décret Législatif n° 757 portant loi-cadre pour le développement de l'investissement privé.
  - ✓ Traitement non discriminatoire. L'investissement étranger bénéficie du même traitement que l'investissement local, Constitution 1993
  - ✓ Accès sans restriction à la majorité des secteurs économiques
  - ✓ Libre transfert de capitaux et libre concurrence. Il n'existe pas de contrôle des taux de change: l'usage, la convertibilité et la remise de capitaux est libre.
  - ✓ Garantie de la propriété privée
  - ✓ Divers accords d'investissement, membre du CIRDI et MIGA. Loi N° 28933, 15/12/2006 crée le « *Sistema de Coordinación y Repuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión* » - SICRECI, identifie et résout les potentiels disputes. Assure une réponse adaptée et coordonnée de l'Etat en cas de controverses avec les investisseurs.
  - ✓ Accords de stabilité juridique et fiscale selon certains critères.

# Recours et contentieux possible entre les soumissionnaires et l'Etat (France)

## Recours (tiers)

### FRANCE

#### Procédures d'urgence

- Le référé précontractuel, jusqu'à la signature du contrat
- Le référé contractuel, après la signature du contrat

#### Autres recours

- Recours en contestation de la validité d'un contrat
- Recours pour excès de pouvoir

## Recours contractuels

#### Conciliation / médiation

#### Arbitrage

#### Recours contentieux

# Contentieux – PPP Internationaux

## ❖ *Intérêts opposés de l'investisseur étranger et la personne publique:*

- A. Méfiance probable (et parfois justifiée) de l'investisseur par rapport au système juridique étranger.
- B. Intérêt de la personne publique de maintenir les coûts bas et la résolution de différends efficace et locale.

## ❖ *Système judiciaire du pays d'accueil: probablement inefficace / lent / cher / corrompu ou biaisé / pas suffisamment indépendant / partial à la personne publique...*



## ❖ *Normes procédurales du pays d'accueil: charge de la preuve (trop) lourde pour le demandeur / exécution des jugements compliquée / immunité de la personne publique aux poursuites ou à l'exécution (renonciation, etc.).*



## Contentieux – Modes alternatifs (MARDs)

(contraignants – non-contraignants)

- *Arbitrage international (ou domestique) commercial / d'investissement // institutionnel / ad hoc*
- *Négociation*
- *Médiation*
- *Avis/ décision d'expert / panel d'experts (« dispute board »)*





## Contentieux – Avantages de l'arbitrage

- ❖ *Décision définitive, normalement non susceptible de recours en appel*
- ❖ *Décision rendue par des experts*
- ❖ *Procédure façonnée principalement par les parties*
- ❖ *Plus grande rapidité, proximité et engagement des arbitres par rapport aux tribunaux étatiques*
- ❖ *Décision sur le fond plus facile à exécuter au niveau international (Convention de New York de 1958)*

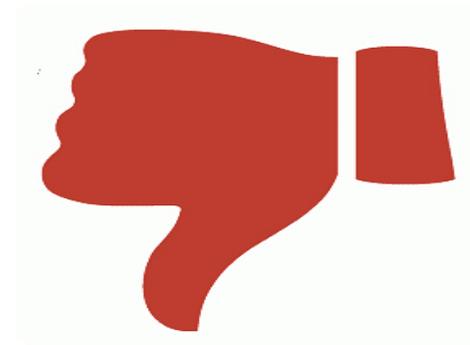
# ***Efficacité de l'arbitrage international***



## ***Les parties DEVRAIENT:***

- i. vérifier si la matière est arbitrable selon la loi applicable
- ii. s'assurer que la personne publique ait la capacité de se soumettre à l'arbitrage et n'ait pas d'immunité aux poursuites ou à l'exécution
- iii. exprimer clairement leur volonté de soumettre leurs différends à l'arbitrage
- iv. choisir des règles d'arbitrage appropriées permettant à l'arbitrage de se dérouler même sans la participation de l'une des parties
- v. s'assurer que les clauses compromissoires insérées dans tous les contrats sont compatibles et prévoir la jonction des parties (sous-traitants / prêteurs / assureurs)
- vi. choisir des arbitres qui connaissent la procédure (ou confier le choix à une institution arbitrale compétente)
- vii. se renseigner sur la possibilité de faire recours à l'arbitrage d'investissement

# ***Efficacité de l'arbitrage international***



## ***Les parties NE DEVRAIENT PAS:***

- i. supposer que l'arbitrage est le meilleur MARD dans tous les cas et que tous les Etats sont favorables à l'arbitrage
- ii. fixer le siège dans un Etat qui n'est pas signataire de la Convention de New York de 1958
- iii. combiner une clause attributive de juridiction avec une clause compromissoire ou utiliser des clauses donnant le choix à l'une des parties entre le contentieux étatique et l'arbitrage
- iv. choisir plusieurs lois applicables ou plusieurs sièges de l'arbitrage
- v. choisir des règles d'arbitrage incompatibles avec la clause compromissoire sans préciser que cette dernière constitue une dérogation aux dites règles
- vi. supposer que l'arbitrage est confidentiel (il faut le préciser)
- vii. nommer des individus en tant qu'arbitres dans la clause compromissoire

# ***Efficacité de l'arbitrage international***

## ***Choix du siège de l'arbitrage***

*La législation applicable à l'arbitrage (lex arbitri) doit:*

- i. garantir la reconnaissance et l'exécution de la convention d'arbitrage
- ii. fournir les bases du rôle de coopération et d'assistance joué par les tribunaux étatiques
- iii. garantir la reconnaissance des sentences arbitrales nationales et étrangères

# ***Impact des législations nationales sur l'arbitrage***

## **Législation du siège de l'arbitrage**

applicable à la validité de la clause compromissoire et à celle de la sentence arbitrale (et à la procédure arbitrale)

Objectifs (i) et (ii)

## **Législation du pays où la sentence arbitrale finale va être exécutée**

Objectif (iii)

Possible impact sur les objectifs (i) et (ii)

# Contentieux PPP en Amérique Latine

*Concessions viales en Colombie*

*Aéroport International El Dorado, Bogotá*

*Concessions Infrastructure Pénitentiaire en Chili*

*Renégociations concessions d'autoroutes, Argentine*

# Critiques faites au régime du PPP

## **France**

*Les PPP, une privatisation rampante du service public?*

*Les PPP, un endettement « caché » ?*

*Les PPP, plus chers que les contrats « classiques » ?*

## **Amérique Latine**

*Absence de maturité*

*Risques (politiques, réglementation)*

*Design du projet insuffisant*

*Questions ?*

