

11^e édition du Congrès Africain des Juristes d'entreprises

(COJA 2010)

COTONOU, Bénin (Hôtel du Lac)

4 au 6 mai 2010

Organisé par le Centre Africain pour le Droit & le Développement



Thème central :

L'ENTREPRISE AFRICAINE A L'EPREUVE DE LA CRISE : Regard des juristes

« Crise financière et gestion des Grands contrats publics »

Par François SERRES, Avocat à la Cour d'appel de Paris

Tél : 00.33.1.47.55.67.00

Email : fr.serres@avocatline.com

Avec le soutien de :



CADEV, le Droit au service du Développement

BP 570 Yaoundé

Email : cadev@cadevdroit.org

www.cadevdroit.org

Crise financière et gestion des grands contrats publics *Le contrat sous perfusion*

1. "Urgences": les effets de la crise financière sur les contrats publics

- POURQUOI LA CRISE FINANCIERE AFFECTE-T-ELLE LES CONTRATS PUBLICS ?

- ⇒ La part des ressources d'origine extérieure (capitaux privés et publics) a une importance considérable dans le financement des infrastructures publiques et privées en Afrique.
- ⇒ Avec la crise économique, le flux des capitaux privés a connu un ralentissement à cause des incertitudes qui découle de la récession économique dans les pays avancés, de l'assèchement de la liquidité au niveau des banques occidentales et du resserrement du crédit¹. Les banques-mères ont été tentées de rapatrier le capital étant donné les pertes de bilan dans leur pays d'origine.

Or, dans 20 pays subsahariens environ, la majorité des actifs bancaires sont sous contrôle étranger. Des banques françaises opèrent dans la zone franc, et des banques britanniques (Barclays et Standard Chartered) en Afrique australe. Les principales exceptions sont le Nigéria, où les banques sous contrôle étranger détiennent un faible pourcentage des actifs bancaires, et l'Afrique du Sud².

- COMMENT LA CRISE FINANCIERE AFFECTE-T-ELLE LES CONTRATS PUBLICS (DONT LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE) ?

- Baisse des liquidités : Réduction de la quantité de bailleurs et des sommes prêtées aux sociétés voulant conclure un PPP.
- Réduction de la durée de financement des partenariats.
- Augmentation du coût de financement (taux d'intérêts élevés).

La récession et la crise du crédit qui s'en est suivie ont affecté les PPP (particulièrement ceux déjà existants). D'abord, la récession réduit le revenu généré par les PPP portant sur de grands projets tels que routes à péages, de sorte que les recettes seront inférieures aux prévisions et qu'il pourra s'avérer difficile de rembourser les intérêts et les prêts. En second lieu, de nombreux titulaires de contrats PPP ont contracté des dettes à court terme pour lancer le projet, en espérant le refinancer, une fois qu'il serait opérationnel, par une dette à un taux plus avantageux. Mais aujourd'hui, il leur sera très difficile d'obtenir de nouveaux prêts sans augmentation du niveau des paiements d'intérêts.

¹*Durabilité et partenariat public-privé, le financement des infrastructures de services publics*, Chaïbou TALABE, Directeur Adjoint, Direction du Développement Durable et de l'Environnement (DDDE), Banque Ouest Africaine de Développement (BOAD), Forum des Amériques Conférence de Montréal.

²*Retenir les capitaux en Afrique en dépit de la crise financière internationale*, Professeur TOUNA MAMA, Chef du Département d'Analyse et Politiques Economiques à l'Université de Yaoundé II, Conseiller Spécial du Premier Ministre – Cameroun

Concernant les projets de PPP, la crise économique en a tout simplement bloqué le processus. En effet, le marché des titres, qui a été la structure financière favorite pour les grands projets PPP (surtout en grande Bretagne avec les PFI), s'est fermé aux nouvelles transactions. Cela a conduit à s'appuyer davantage sur le marché bancaire. Ce phénomène a augmenté la pression sur le modèle bancaire de financement des projets.

Combinée avec la crise et la récession, cette pression a fortement limité la disponibilité des fonds, et les marges de crédit ont augmenté. De nombreuses banques ont ainsi annoncé que les échéances de leurs prêts pourraient devenir plus brèves, tandis que d'autres ont tout simplement gelé les fonds qu'elles devaient mettre à la disposition des entreprises qui devaient se lancer dans des projets PPP.

Ainsi, le volume global des PPP et des "Project Finance" a atteint 41.3 billion USD pour les neuf premiers mois de 2009, chutant de 26% en comparaison avec la même période en 2008³.

- EXEMPLES :

Effets dans les pays développés :

- France : Plan de relance en 2009 inclut des mesures pour les PPP dont une garantie étatique ; sélection beaucoup plus rigoureuse des projets prioritaires et du calendrier de lancement des travaux ; plus grande sélectivité des banques et une nette préférence pour le contrat de partenariat au détriment de la concession, cette dernière transférant davantage de risques au partenaire privé⁴.
- Canada : A Montréal, la crise mondiale du crédit a menacé le financement en PPP de deux projets de méga hôpitaux : hôpital du Centre de santé de l'Université McGill (perte d'un investisseur), Centre hospitalier de l'Université de Montréal (consortium soumissionnant pour le projet comprenait une société en difficulté)⁵.
- Royaume-Uni : La réalisation d'un projet de gestion des déchets du Grand Manchester d'une valeur de 4,4 milliards de livres sterling a été arrêtée, comme la construction de centres de soins primaires dans différentes parties de l'Angleterre⁶.

Effets dans les pays en développement :

- Etude d'un cas au Mexique (données de la Banque Mondiale): projet Farac II (3 routes s'étendant sur 850 km), date de soumission : février 2009, statut : annulé car les offres des soumissionnaires étaient trop modestes⁷.

³ *What have been the short and medium term effects of the financial crisis on Public Private Partnerships, the remedial actions, the lessons to be drawn and the future of the PPP?* Economic Commission for Europe, 30 November 2009

⁴ *Les conséquences de la crise économique sur les financements de projets : quelles évolutions durables ?*, Conseil général de l'environnement et du développement durable, France, décembre 2009

⁵ *Les PPP et l'effondrement financier*, Fiche d'information, Syndicat canadien de la fonction publique

⁶ *Budget de 2009 : La crise économique, les PPP et les municipalités*, Service des politiques sociales et économiques, Congrès du travail du Canada, 13 mars 2009

⁷ Op. cit n°1

- Exemples des effets en Afrique :

“Lors d’une révision récente des projets d’infrastructure pour les six derniers mois, y compris les projets sociaux, les statistiques ont révélé que 25% des projets avaient été annulés.”⁸

- Botswana : un projet de centrale thermique au charbon de 6 milliards de dollars EU a été reporté.
- Burkina Faso : sur les six mines qui devaient démarrer leurs activités en 2009, trois sociétés minières ont éprouvées des difficultés à mobiliser les fonds nécessaires pour le démarrage des opérations.
- Kenya : un projet d’énergie renouvelable de 300 MW a été reporté.
- Sénégal : L’exécution de deux projets (aéroport Ndiass et l’autoroute à péage) a pris du retard⁹.
- Tanzanie : La Rio Tinto et la Vodacom ont repoussé à plus tard leurs investissements dans des projets miniers¹⁰.
- Zambie et en Afrique du Sud : problèmes d’exécution des contrats miniers : la plupart des mines ont été fermées ou placées sous tutelle ou maintenance et des transactions ont été suspendues ou annulées¹¹¹².

2. Des garde-malades: principes de droit public économique/droit communautaire

- QUELS SONT LES DISPOSITIFS JURIDIQUES EXISTANTS PERMETTANT LA BONNE EXECUTION DES CONTRATS PUBLICS MALGRE LA CRISE FINANCIERE ?

- En droit français :

L’ensemble des contrats publics n’est pas régi par un corps de règles uniformes, même s’ils répondent à des principes communs. Seuls les marchés publics sont régis par un Code, les règles applicables aux délégations de service public et aux contrats de partenariat public-privé n’étant quant à elles pas codifiées mais prévues dans différents textes (loi n°93-122 du 29 janvier 1993 (dite loi Sapin), code général des collectivités territoriales pour les délégations de service public, la loi n°95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public : l’obligation, pour le délégataire, de produire chaque année, avant le 1er juin, à l’autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l’exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service. Elle prévoit également le contrôle des comptes de l’autorité délégante, la loi n°2001-1168 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et

⁸ Tadesse Admassu, Banque de Développement de l’Afrique du Sud, vice-président exécutif, avril 2009

⁹ <http://ajax.o2switch.net/tak/retard-ndiass>

¹⁰ *Impact de la crise sur les économies africaines – maintenir la croissance et poursuivre la réduction de la pauvreté*, Perspectives et recommandations de l’Afrique au G20, rapport du Comité des Ministres des Finances Africains et des Gouverneurs des Banques Centrales établi pour le suivi de la crise, 21 mars 2009 ;

¹¹ *Regulation of Mining Sector : A Case Study of Zambia and Impact of Global Economic Recession*, Charles Mkokweza, Partner, IBA African Regional Forum Conference, Cape Town, 25 March 2010

¹² *Dealing with the Impact of the Global Financial Crisis In the Mining Sector In South Africa*, Otsile Matlou, IBA African Regional Forum Conference, Cape Town, 25 March 2010

financier, dite MURCEF, diverses lois d'orientation et ordonnances pour les contrats de partenariat de l'Etat)¹³.

Le principe de l'**équilibre financier** du contrat public : nécessaire dans l'intérêt du service (trouver des cocontractants) et dans l'intérêt du cocontractant privé lui-même. Le principe de l'équilibre financier trouve aussi sa source dans l'exigence de continuité du service public, afin que celui-ci ne se trouve pas stoppé en raison de problèmes financiers du cocontractant.

Conclusions du commissaire du gouvernement (Conseil d'État 11 mars 1910 *Cie générale française des tramways*) : « Il est de l'essence même de tout contrat de rechercher et de réaliser dans la mesure du possible une égalité entre les avantages qui sont accordés au cocontractant et les charges qui lui sont imposées. Dans tout contrat administratif est impliqué comme un calcul l'équivalence honnête entre ce qui accordé au cocontractant et ce qui est exigé de lui. C'est ce qu'on appelle l'équivalence financière et commerciale, l'équation financière du contrat de concession ».

L'équilibre financier suppose donc une équivalence honnête entre les charges et les avantages que le cocontractant a pu prendre en considération et la rémunération du contrat doit pouvoir être modulé en fonction des charges réelles pesant sur le cocontractant. Le cocontractant de l'administration a droit à l'obtention de la rémunération convenue et au rétablissement de l'équilibre financier du contrat dans l'hypothèse où ce dernier serait rompu.

Ce principe de l'équilibre financier s'est concrétisé dans deux cas : la théorie du fait du prince et la théorie de l'imprévision.

La théorie de l'imprévision est relative à l'aléa économique, qui nous concerne directement ici.

Au cours de l'exécution d'un contrat qui se poursuit sur une certaine durée, des bouleversements économiques viennent imposer au cocontractant une surcharge. Il peut toujours exécuter le contrat mais l'exécution qui reste possible devient désastreuse.

Quand y a-t-il imprévision ? Trois conditions doivent être réunies (CE, 24.03.1916, *Cie Gaz de Bordeaux*) :

- Les contractants n'ont pas pu raisonnablement prévoir les faits qui bouleversent la situation.
- Ces faits doivent être indépendants de la volonté des contractants.
- Ces faits doivent provoquer un bouleversement dans les conditions d'exécution du contrat. Ne suffisent pas la disparition des bénéfices. Le juge va fixer les prix limites que sont les marchés de hausse, raisonnablement prévisibles dont le dépassement ouvre la situation d'imprévision.

¹³ *De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics*, Thierry KIRAT, Laurent VIDAL, André DELION, Dionysios KÉLESIDIS, Frédéric MARTY, Didier URI, in "Agences de notation, immobilier et, contrats publics. Contributions sur l'attractivité économique du droit.", Dir : B. du Marais (Ed.) (2007) 165-252"

A l'égard de l'administration, l'application de la théorie ne fait que mettre en œuvre le principe d'équilibre financier du contrat. Cette obligation se concrétise dans l'indemnité de l'imprévision versée par la personne publique à son cocontractant qui n'est jamais égale à la totalité des pertes subies (charges extra contractuelles).

Supprimé : ¶
¶

On retient un équilibre global. En moyenne, l'administration verse des indemnités d'imprévision qui correspondent à 90-95% de la charge extra contractuelle. Cette situation est conçue comme essentiellement temporaire : il s'agit de permettre au cocontractant d'exécuter le contrat. Si les conditions économiques se consolident, le déficit va prendre un caractère définitif :

- Soit les parties décident de conclure un nouveau contrat.
- Soit s'il est impossible de redresser les situations, l'une des deux parties met fin à un contrat qui ne peut plus être exécuté (Conseil d'Etat, 02.12.1932, *Cie des Tramways de Cherbourg*).

Toutefois, le juge vérifie scrupuleusement l'impossibilité d'exécution du contrat du fait de l'imprévision. Le cocontractant de la collectivité publique, ne peut pas décider, en raison du bouleversement économique du contrat, de cesser d'exécuter ses prestations.

C'est la solution retenue par le Conseil d'Etat français dans sa jurisprudence « Société Propétrol » du 05/11/1982 : Le bouleversement de l'économie d'un contrat n'autorise pas le cocontractant à refuser d'exécuter ses obligations. Pour avoir arrêté ses livraisons de fuel domestique après le choc pétrolier de 1973, la Sté Propétrol ne peut prétendre à des indemnités du fait de l'imprévision.

- En droit communautaire :

L'équilibre économique du contrat de partenariat public privé, dans un contexte de bouleversement économique, a été bien appréhendé par le droit communautaire. C'est ce qui ressort de l'interprétation du paragraphe n°47 du livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions (COM/2004/0327 final).

En effet, selon ce texte, dans la mesure où ces contrats portent sur une prestation qui s'étale dans le temps, les relations de PPP doivent pouvoir évoluer afin de s'adapter aux changements de l'environnement macro-économique ou technologique, ainsi qu'aux besoins de l'intérêt général.

De manière générale, le droit communautaire ne s'oppose pas à la possibilité de prendre ces évolutions en compte, pour autant que ceci soit fait dans le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence. Ainsi, les documents de consultation, transmis aux soumissionnaires ou candidats lors de la procédure de sélection, peuvent prévoir des clauses d'ajustement automatique, telles que des clauses d'indexation de prix, ou établir les circonstances en vertu desquelles une révision des tarifs perçus sera possible. Ils peuvent également prévoir des clauses de révision, dans la mesure où celles-ci identifient précisément les circonstances et les conditions dans lesquelles des ajustements pourront être apportés à la relation contractuelle. Toutefois, il importe toujours que ces clauses soient suffisamment claires pour permettre aux opérateurs économiques de les interpréter de la même manière lors de la phase de sélection du partenaire.

Le Livre vert précité prend aussi les situations d'imprévision en compte : "D'une façon générale, les modifications intervenant en cours d'exécution d'un PPP, lorsqu'elles ne sont pas encadrées dans les documents contractuels, ont le plus souvent pour effet de remettre en cause le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques. Ces modifications non encadrées ne sont alors acceptables que lorsqu'elles sont rendues nécessaires par un événement imprévisible, ou lorsqu'elles sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique".

3. Remèdes contractuels

- Les parties à un contrat peuvent choisir de soumettre celui-ci aux **Principes européens du droit des contrats** (lorsqu'elles font référence dans leur contrat aux "Principes généraux du droit", la "*lex mercatoria*" ou une expression similaire).

Article 6:111: Changement de circonstances

- (1) Une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.
- (2) Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances,
 - (a) qui est survenu après la conclusion du contrat,
 - (b) qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat,
 - (c) et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat.

- Selon les **Principes européens du droit des contrats** vu en 3, "(3) Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut (a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, (b) ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances. Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations. (Article 6:111: Changement de circonstances)

- Type de clause à inclure dans les PPP : **les clauses de révision** :

- révision de prix (ou rémunération), ou du profit
- révision de la durée du contrat : l'allongement de la durée du contrat est de nature à permettre au cocontractant de la personne publique d'avoir davantage de marge pour amortir ses investissements.

Mis en forme : Retrait :
Gauche : 1,9 cm

Supprimé : ¶
¶
¶

- révision du partage des risques :

La conclusion d'un PPP est le fruit de l'élaboration d'une matrice de risques délicate : c'est un élément clé de l'équilibre recherché de l'opération. Dans la majorité des cas, c'est l'opérateur privé qui supporte la plupart des risques les plus importants : financiers, technologiques, évolution des besoins, modification du programme fonctionnel, etc. Une telle répartition peut générer au gré des circonstances le déséquilibre du contrat.

Concrètement, la collectivité publique et son cocontractant devront revoir le tableau matérialisant la matrice des risques. Après négociation entre les deux parties, l'accord qui sera trouvé portera sur le transfert de certains risques à l'autorité contractante qui devra les supporter exclusivement, ou bien sur la redéfinition du pourcentage supporté par le partenaire privé sur un risque déterminé. Exemple : la matrice des risques initiale prévoyait que le risque financier lié au changement législatif ou réglementaire est partagé entre les parties de la façon suivante: 60% autorité contractante, 40% partenaire privé. Les négociations entre les parties peuvent redéfinir cette répartition de telle sorte que l'autorité contractante supporte 85% de ce risque financier, et que le partenaire privé en supporte les 15% restants. Cette révision du partage des risques devra alors être transcrite dans une nouvelle matrice, qui rappelons le, est un document contractuel qui engage formellement les deux parties.

- révision de l'étendue de l'obligation de performance :

Dans les PPP, des objectifs de performance sont toujours assignés à l'opérateur privé, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation. Pour atteindre ces objectifs de performances, qui sont des engagements contractuels, l'opérateur privé sera obligé de déployer de grands moyens financiers et humains. Certes, l'étendue de ces objectifs de performance est répercutée sur les redevances des usagers et autre utilisateurs des infrastructures, mais la crise économique peut toujours et très probablement ralentir considérablement cette fréquentation, ce qui induira une baisse de recettes non négligeable.

Dès lors, pour faire face aux nouvelles difficultés économiques, les deux parties peuvent, après négociations, insérer une nouvelle clause précisant la nouvelle étendue de l'obligation de performance à la charge du partenaire privé. Seulement, dans le contexte d'une crise économique, qui peut être temporaire, la nouvelle clause peut prévoir une durée limitée de la baisse de l'obligation de performance. Plus précisément, dès que les effets de la crise s'estomperont et que l'activité dont a en charge le partenaire privé connaîtra une embellie, l'obligation de performance retrouvera son niveau initial, c'est-à-dire celui qui était en vigueur à la signature du contrat.

- Les **clauses de rendez vous** permettant aux cocontractants d'entamer des négociations concernant l'évolution des stipulations contractuelles et ses conditions

- Autres type de clauses destinées à introduire plus de souplesse ou de rigueur dans le partenariat pour prévenir les situations de blocage en cas de faits modificatifs de son équilibre économique.

- Interdiction des clauses d'exclusivité, qui lient les banquiers à chaque groupement candidat. L'insuffisance actuelle des liquidités mobilisables et la réduction, consécutive à la crise financière, du nombre de banques encore actives sur le marché des financements de projets rendent cette situation très pénalisante. *Il convient de prévoir, dans les appels à proposition, des clauses interdisant cette exclusivité ou rendant possible la libération rapide des prêteurs*, afin de permettre à une banque de pouvoir aisément intervenir au profit de plusieurs candidats¹⁴.

- Les clauses de "verrouillage" du capital de la société développeur du projet ne permettent pas une mobilité suffisante des capitaux. Il conviendrait ainsi d'assouplir les possibilités d'évolution des actionnaires minoritaires et financiers, sous réserve de l'accord au cas par cas par les pouvoirs publics, lequel devra être prévu dès le début de la consultation (cette évolution vers plus de souplesse, réclamée par les investisseurs et par les banques, suscite toutefois des réserves voire une réticence certaine de la part des maîtres d'ouvrage publics)¹⁵.

- La gestion des difficultés des sociétés mères et leurs conséquences sur leurs filiales

Exemple de conséquences relations sociétés mères-filiales : si les pertes d'une société mère sont très importantes, celle-ci peut alors remonter les fonds issus des dépôts dans les pays africains vers la maison mère.

Pour gérer les éventuelles difficultés auxquelles pourraient être confrontées une société mère avec des conséquences sur les activités de la filiale¹⁶, et, partant, sur la bonne gestion du projet dont cette dernière a en charge, l'autorité publique peut choisir le montage contractuel suivant :

- **Un contrat principal** : ce contrat aura pour objet la réalisation du projet et les relations entre l'Autorité publique et la filiale. Ce contrat principal inclura des clauses prévoyant que la société filiale garantisse un niveau d'investissement ou un capital suffisant sur le projet, indépendamment des difficultés financières de la société mère.

¹⁴ "In current market conditions projects run the risk of one or more bidders making exclusive arrangements with banks such that other bidders are unable to obtain sufficient financial support, reducing effective competition for the project. The governments could take measures to facilitate maximum competition for debt finance, which may involve a funding competition after appointing a preferred bidder." (Commission Européenne, document sur les PPP)

¹⁵ *Op. Cit.* n°2

¹⁶ Car la société mère est responsable des engagements de la filiale à concurrence du capital qu'elle a souscrit dans cette filiale.

- **Un contrat annexe engageant la société mère** : ce contrat aura pour objet spécifique les garanties, par la société mère, des engagements de sa filiale auprès de l'Autorité publique contractante. Ce contrat annexe contiendra donc des clauses de garantie par lesquelles la société mère s'engagerait à ce que tous les moyens requis soient mis à la disposition de la filiale en charge du projet afin qu'elle puisse l'achever.

En outre, dans ce contrat annexe, la société mère pourrait aussi s'engager à ce que le groupe d'entreprises auquel appartient la filiale soit commis à assurer la réalisation complète du projet¹⁷. Une solution alternative serait que la société mère se porte caution de la filiale. Inversement, la société mère aurait alors à sa disposition tous les moyens de défense de la filiale en cas de non exécution de ses obligations par l'Autorité publique.

- **La renégociation** des contrats publics (des **clauses de rendez-vous** peuvent être insérées dans les contrats) :

- ajustement des termes du contrat aux évolutions économiques extérieures indépendantes des parties ou à des aléas naturels pouvant s'avérer susceptibles d'en bouleverser l'équilibre économique voire d'en compromettre la bonne exécution.
- Exemple en Bolivie et en Argentine où existent des contrats de partenariat de très longue durée (jusqu'à 30 ans). Dans le secteur des télécom, près de 40% des contrats ont fait l'objet de renégociation¹⁸.

4. Les modes alternatifs de traitement des crises

Mesures financières :

- Actions des bailleurs internationaux :
 - o *Facilité de liquidité d'urgence* de la BAD
 - o *Mécanisme d'appui à l'infrastructure en situation de crise* de la Société financière internationale
- Exemple de la France :

Plan de relance : Garanties par l'Etat, prêts à long terme sur fonds d'épargne privée gérée par la Caisse des dépôts et Consignations

¹⁷ Telle la "Parent company guarantee" prévue en droit de la construction entre la maison mère et l'entrepreneur

¹⁸ *Les partenariats public-privé dans les pays en développement : Les enjeux contractuels*, Frédéric Marty Arnaud Voisin, Novembre 2005

Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privé autorise le cofinancement des projets par le partenaire privé et la puissance publique ; elle introduit une nouvelle garantie étatique pour les collectivités territoriales lorsqu'elles veulent mettre en place des PPP et autorise le dépôt d'une offre financière partielle afin de palier la réduction de l'offre bancaire pour les projets de grande ampleur¹⁹.

La circulaire du 28 juillet 2009 explicite les modalités d'obtention de la garantie de l'Etat, ainsi que les prêts sur fonds d'épargne, pour monter un projet en PPP.

Autres mesures : partie du financement du projet peut être apporté par l'Etat, souplesse dans le montage du financement du partenariat, ajustable après la remise de l'offre finale

- Exemple de la stratégie du Cameroun : Mise en place de structures de caution et de garantie et création d'un fonds de garantie dans le cadre du partenariat public/privé garantissant le remboursement des crédits (Fonds de garantie, Sociétés de caution mutuelle, etc.)²⁰.
- Exemple de la Zambie : Le gouvernement ne s'étant pas préparé à la récession, il a réagi ainsi concernant les contrats miniers :
 - o Des mines ont été placées sous tutelle de l'Etat avec l'objectif de trouver un nouvel investisseur et de négocier la vente à cet investisseur ;
 - o La mise en œuvre de la Loi de 2008 qui prévoyait un nouveau régime fiscal (davantage d'impositions des minerais) a été suspendue ;
 - o Les sociétés de traitement de métaux ont été autorisées à s'approvisionner en stocks de minerais provenant d'autres pays grâce au soutien du gouvernement ;
 - o Des nouvelles mesures incitatives ont été introduites dans l'industrie minière afin de réduire au minimum l'impact de la récession telle la suspension de l'imposition de redevances minières²¹.

Nouvelles propositions ?

- L'IGD (Institut de gestion délégué, en France), propose une batterie de nouvelles mesures²² :

MESURES FINANCIERES :

1. Accepter un financement court terme avec un refinancement des projets en cours de contrat pour tenir compte de la difficulté des banques à prêter actuellement à long terme : découplage entre la durée des contrats de partenariat et celle des financements initialement mis en place.

Les modalités de partage des gains ou coûts additionnels du refinancement entre partenaires public et privé seraient définies dès le départ, en toute transparence. Ce refinancement pourrait être déclenché à tout moment dès que les conditions de marché le justifient.

¹⁹ *Une crise pour les partenariats public-privé (PPP)?*, David Hall, Janvier 2009

²⁰ *Crise financière : La stratégie du Cameroun*, Carole Yemelong, 21 Avril 2009

²¹ Op cit n°11

²² *Soutien à l'économie, VOLET PPP, Proposition de mesures pour le développement et le financement des PPP*, Institut de Gestion Déléguée, 4 décembre 2008.

2. Création d'un « véhicule de financement public » pour apporter de la liquidité à long terme.
3. Octroi, par l'Etat, de garanties financières aux collectivités territoriales signataires des PPP.
4. Ajustement de la subvention publique d'investissement pour certains projets avec une période de construction longue en prenant en considération l'évolution du coût de la construction (évaluée de manière transparente) lorsque la durée de cette dernière est importante.

5. Le juge comme guérisseur

- Les juridictions administratives

En France, les personnes morales de droit public sont poursuivies devant les juridictions administratives lorsqu'il y a un litige concernant l'exécution du contrat et si par exemple il n'y a pas d'accord sur le montant de l'indemnité versé au cocontractant.

Exemple de contentieux :

→ Conseil d'Etat, 6 janvier 2010, *Société Prest'Action contre la Commune de Dieppe*.

Contrat conclu entre la société et la commune pour la commercialisation auprès des annonceurs des encarts publicitaires dans des publications municipales. La société demandait une indemnité pour imprévision en raison d'une interruption provisoire d'une liaison maritime. Le Conseil d'Etat rejette la demande au motif que cet événement ne présentait pas un caractère imprévisible.

→ Cour administrative d'appel de Marseille, 17 janvier 2008, *SARL Altagna contre Centre hospitalier de Bastia*

Contrat conclu entre la société et l'hôpital pour les évacuations sanitaires aériennes urgents. La société demandait des indemnités à l'hôpital pour imprévision en raison de la hausse du prix du carburant. **Selon la Cour, l'augmentation du prix était due à des "circonstances extérieures aux parties et imprévisibles dans son ampleur", ce qui a bouleversé l'équilibre financier du contrat et donne droit à indemnisation de la société quand bien même il y avait une clause de révision du prix dans le contrat.**

Crise financière ou crise du contrat ?

Le contrat dans tous ses états

6. Radioscopie des impacts macroéconomiques

- REINTRODUIRE LE PPP DANS LA COMPTABILITE PUBLIQUE

Il a souvent été souligné que le principal intérêt du recours aux contrats publics pour les autorités est qu'ils n'apparaissent pas dans la dette des Etats :

"Le principal intérêt de ces PPP pour les gouvernements est qu'ils permettent de comptabiliser ces fonds comme des emprunts "privés" des entreprises, de sorte qu'ils n'apparaissent pas comme des emprunts supplémentaires de l'Etat". Les PPP constituent donc "un moyen de construire des infrastructures tout en limitant les effets visibles sur le déficit officiel des gouvernements"²³.

En termes de bonne gestion budgétaire et de politique économique, ce choix est fortement critiquable. En effet, Si le PPP, dans sa logique économique, constitue un outil d'optimisation de l'investissement public, rien ne paraît justifier qu'il soit utilisé comme un outil de déconsolidation de la dette, et nuise à la lisibilité des engagements financiers de long terme des administrations publiques.

Or, avec cette catégorie de contrat public, des collectivités publiques surendettées pourront, avec les techniques de déconsolidation, continuer à investir pendant la durée d'un mandat électoral (par exemple) en repoussant les conséquences sur les mandats à venir. Cette technique de déconsolidation permet aux personnes publiques de ne pas inscrire comptablement le montant de l'endettement qui devait figurer dans leur compte. Avec cette technique, seul l'encours annuel de la dette figure au bilan et non le solde; en outre, les versements sont encore modifiés comptablement puisqu'ils apparaissent sous la forme de loyers payés à l'entité privée partenaire : des dépenses d'investissement deviennent donc des dépenses de fonctionnement.

En Europe, la question du traitement normal et sincère de la comptabilité publique dans les PPP a été redéfinie par l'office Eurostat.

Celle-ci a adopté, le 11 février 2004, une décision relative au traitement comptable dans les comptes nationaux des PPP et à leur impact sur le déficit/excédent public et la dette publique. L'office statistique recommande que les actifs liés à un partenariat public-privé soient classés comme actifs non publics et ne soient donc pas enregistrés dans le bilan des administrations publiques si les deux conditions suivantes sont réunies :

- le partenaire privé supporte le risque de construction ;
- le partenaire privé supporte au moins l'un des deux risques suivants : celui de disponibilité ou celui lié à la demande.

²³ *Op. cit* n°17

Si le risque de construction est supporté par l'Etat, ou si le partenaire privé supporte seulement le risque de construction et aucun autre risque, les actifs sont classés comme actifs publics, ce qui a des conséquences importantes pour les finances publiques, tant du point de vue du déficit que de la dette.

- ET DANS LA COMPTABILITE PRIVEE

En matière privée, il n'y a pas de règles figées pour la comptabilisation des PPP. Seulement, en analysant les pratiques des entreprises en la matière, deux méthodes de comptabilisation ont été dégagées.

La première méthode est celle présentée par l'IFAC (Fédération Internationale des Experts-Comptables). La seconde méthode est celle soutenue par le Conseil des normes comptables internationales du secteur public (International Public Sector Accounting Standards Board, IPSASB).

- Pour l'IFAC, les PPP sont exclus des actifs du partenaire privé. C'est donc là une gestion comptable "off balance " et elle est applicable même si l'entreprise a supporté des risques et a réalisé des bénéfices dans le cadre du PPP. Pour le partenaire privé, c'est une technique qui permet d'éviter d'inscrire dans son bilan les opérations négatives liées à la survenance des risques supportés dans le cadre du contrat de PPP.
- Pour l'International Public Sector Accounting Standards Board, IPSASB), il faut analyser avec plus de méthode le contrat PPP en question. Si dans ce contrat, l'entité publique opère un contrôle effectif sur l'activité dont a en charge le partenaire privé, ce dernier n'aura pas à comptabiliser dans ses comptes les actifs liés au PPP. Cet organisme explique par ailleurs le contenu de ce concept de "contrôle". Ce concept est retenu quand l'entité publique contrôle ou régule quels services l'entité privée doit fournir à l'aide du bien créé, à qui elle doit le fournir et quels sont les prix qui doivent être pratiqués. Dans ces situations, l'entreprise privée ne comptabilise pas les actifs liés au PPP ; par contre, si ce contrôle, tel que défini ici, est inexistant, le partenaire privé doit obligatoirement opérer cette comptabilisation.

C'est cette dernière solution (la comptabilisation sur critère du "contrôle") qui est privilégiée par la France aux fins d'éviter que des sommes importantes d'actifs ne soient recensées nulle part.

7. Et ma sécurité économique et sociale ?

Un usager du service public peut-il poursuivre les entreprises qui ne respectent pas leurs obligations dans le cadre d'un contrat public ?

En France, deux voies de recours sont ouvertes aux usagers dans le cadre d'un contrat de délégation (dans un marché public ou un contrat de partenariat, le contenu du contrat n'est pas accessible à l'usager du service public et donc l'interlocuteur reste la personne publique) :

- l'usager peut attaquer les "clauses réglementaires" du contrat de délégation, c'est-à-dire les clauses qui concernent le contenu et les modalités d'exploitation du service public. Celles-ci, bien que formellement contractuelles, s'imposent aux tiers sans leur consentement car elles organisent le service public.

Le Conseil d'Etat français a rappelé à plusieurs reprises cette possibilité reconnue aux usagers du service public. Ainsi dans sa jurisprudence du 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, il a admis la recevabilité d'un recours d'un usager contre un délégataire d'un service public qui faisait application d'une clause illégale du contrat de concession.

"Sur la disposition litigieuse, notamment l'article 12 du règlement du service de distribution d'eau dans la communauté urbaine de Lille du 14 juin 1993 :

Considérant que le caractère abusif d'une clause s'apprécie non seulement au regard de cette clause elle-même mais aussi compte tenu de l'ensemble des stipulations du contrat et, lorsque celui-ci a pour objet l'exécution d'un service public, des caractéristiques particulières de ce service ; Considérant que les dispositions de l'article 12 peuvent conduire à faire supporter par un usager les conséquences de dommages qui ne lui seraient pas imputables sans pour autant qu'il lui soit possible d'établir une faute de l'exploitant ; qu'elles s'insèrent, pour un service exploité en monopole, dans un contrat d'adhésion ; qu'elles ne sont pas justifiées par les caractéristiques particulières de ce service public ; qu'elles présentent ainsi le caractère d'une clause abusive au sens des dispositions précitées de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 ; qu'elles étaient dès lors, illégales dès leur adoption "

Dans ce contrat, la clause invalidée sur recours d'un usager stipulait que " pour toutes les autres parties du branchement, le service des eaux prendra à sa charge les seuls frais de réparation directe du branchement, le client abonné aura à sa charge toutes les conséquences dommageables pouvant résulter de l'existence et du fonctionnement de ces parties du branchement, sauf s'il apparaissait une faute du service des eaux (...)"

- L'usager peut contraindre le délégataire du service public à se conformer aux dispositions réglementaires de son contrat, et à exécuter le service dans les conditions prévues (CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Crois-de-Seguey-Tivoli*)²⁴. L'usager du service public attaque ici une entreprise délégataire qui ne respecte pas ses obligations dans le cadre d'un contrat public.

Exemple :

Un contrat de délégation de service public est conclu entre l'Etat et une entreprise, avec pour obligation à la charge de celle-ci, une exécution normale de la distribution de l'électricité. Face à des coupures électriques intempestives, les usagers du service public de la distribution de l'électricité sont en droit d'intenter un recours visant à faire assurer le fonctionnement normal du service. En effet, l'entreprise n'a pas respecté les clauses du contrat qui stipulent que "la distribution de l'électricité doit être assurée par le délégataire, de façon continue et satisfaisante".

²⁴ *Le guide de la commande publique*, Xavier Bezançon , Christian Cucchiarini , Philippe Cossalter, Ed. Le Moniteur, 2009

La continuité est de l'essence même du service public. Elle exige la permanence des services essentiels pour la vie sociale comme les services de sécurité (police, pompiers), les services de santé (hôpitaux), les services de communication, certains services techniques (électricité, gaz, eau), etc. Elle implique que tout service doive fonctionner de manière régulière, sans interruptions autres que celles prévues par la réglementation en vigueur et en fonction des besoins et des attentes des usagers. Elle suppose aussi dans son acceptation actuelle, la présence de services publics rénovés et polyvalents, particulièrement dans les zones rurales et dans les quartiers des zones urbaines en difficulté.

8. Crise du contrat social ?

La crise a notamment eu pour cause une spéculation sur la situation des pauvres et a eu des conséquences dramatiques pour les populations les plus vulnérables du monde entier. Cependant, les plans de sauvetage ne prennent toujours pas en compte la nécessité du respect des droits de l'homme.

En effet, la crise s'est alimentée de l'exploitation de la pauvreté aux Etats-Unis et de la morgue des « nouveaux usuriers » pour les « gens de peu ». Des prêts hypothécaires pourris ont été proposés à des familles qui rêvaient d'accéder à la propriété, mais n'avaient pas la capacité de les rembourser en cas de retour de flamme de la conjoncture. Des milliers de familles américaines ont été jetées à la rue, allant grossir la classe des « nouveaux pauvres »²⁵.

De plus, la crise était loin d'être imprévisible. Elle était annoncée par de nombreuses organisations internationales, dont la Banque des Règlements Internationaux (une association de banques centrales) qui a prévenu en juin 2007 que "des années de politique d'instabilité monétaire ont alimenté une énorme bulle mondiale du crédit nous laissant aussi vulnérable qu'en 1930"²⁶.

La crise a aggravé la situation de millions de personnes dans leur accès aux besoins fondamentaux de la vie : inégalités croissantes, aggravation du chômage et du sous-emploi, baisse de la protection sociale pour les populations vulnérables, la répartition des filets de sécurité sociale et la protection des systèmes conduisant à l'augmentation du travail non rémunéré effectué majoritairement par des femmes...

En particulier, la hausse des prix du marché alimentaire a entraîné une augmentation de la faim. Des émeutes de la faim ont éclaté dans plus de trente pays : en Haïti, en Egypte, au Nigeria, au Maroc, au Cameroun... La sous-alimentation mondiale a atteint des records en 2009, avec plus d'un milliard de personnes souffrant de la faim dans le monde chaque jour (FAO, 2009). Cela signifie qu'une personne sur six est devenue trop pauvre pour se nourrir correctement.

La crise a aussi eu des impacts directs sur le droit des enfants à la scolarisation, en raison du fait que les enfants doivent aller travailler pour soutenir financièrement leur famille. Ces enfants qui abandonnent l'école n'y retournent jamais.

²⁵ *La crise financière brutalise les droits de l'Homme*, Amnesty International Belgique, 28 octobre 2008

²⁶ *Human Rights and the Global Economic Crisis*, Center for economic and social rights, 2009

La protection des droits des migrants est de plus en plus faible car la peur et de l'anxiété engendrées par la crise économique a suscité une vague de xénophobie²⁷.

La plupart des organisations défenseurs des droits de l'homme ont alors mis en garde les gouvernements contre les remèdes à la crise qui ne considéraient que la réforme du système financier ou des modèles économiques sans prendre en compte les besoins des personnes.

Or, les droits de l'homme devaient être au centre de l'agenda afin que les personnes soient des acteurs fondamentaux des politiques publiques et non seulement les banques et les entreprises²⁸.

Cependant, les banques, qui depuis longtemps luttait contre des régulations publiques du marché, ont été les premières à demander aux mêmes gouvernements de les soutenir lors de la crise, aides qu'elles ont obtenues.

Au même moment, les gouvernements des pays du Nord, qui depuis longtemps déclaraient qu'ils n'avaient pas assez de ressources pour les programmes sociaux, ont soudain rendu des milliards disponibles pour les banques afin de sauver le système financier international.

"L'empressement dont font preuve les pays riches pour régler les problèmes liés à la crise financière contraste totalement avec leur manière de se dérober et de ne pas tenir leurs promesses en matière d'aide, de lutte contre la pauvreté, de protection des droits de l'homme et de lutte contre le changement climatique"²⁹.

Des voix se sont élevées pour proposer d'autres solutions à la crise qui placeraient les préoccupations concernant les droits de l'homme au cœur des réformes.

Navi Pillay, Haut-commissaire des Nations Unies aux Droits de l'homme, a exhorté les Etats à « s'assurer que les ajustements de politique intérieure, en particulier ceux sur les dépenses fiscales, ne soient pas pris aux dépens des pauvres, avec la réduction des services de base et des mécanismes de protection sociale »³⁰.

Le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a recommandé une réorganisation en profondeur des relations économiques, monétaires et financières entre les périphéries (Sud et Est) et le centre (Nord) du système mondial capitaliste et selon des principes nouveaux. Ces principes "devraient, par l'intervention des Etats souverains, imposer des normes et bornes strictes aux mécanismes d'accumulation de capital et promouvoir la solidarité et la coopération entre partenaires. C'est là une condition sine qua non de la construction d'un ordre économique international plus juste et égalitaire".

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *D'une perspective droits de l'homme en réponse à la crise financière et la récession économique*, International Network for Economic, Social and Cultural Rights Working, 2009

²⁹ *Crise financière: les pays pauvres négligés par les plans de sauvetage*, OXFAM International, octobre 2008

³⁰ *Conseil des droits de l'homme : Effet disproportionné de la crise financière sur les pauvres*, Navi Pillay, Centre d'actualités de l'ONU, 2008

Au nombre des mesures nécessaires, le Conseil des droits de l'homme mentionne : "la modification des règles d'accès aux marchés et aux systèmes financiers internationaux ; la création d'aires monétaires régionales de stabilisation des taux de change ; le contrôle et la taxation des mouvements de capitaux ; la suppression de la spéculation et des paradis fiscaux...". Ces nouveaux principes soutiendraient les processus populaires de transition vers le progrès social et la démocratie³¹.

9. Régulation du droit de visite du contrat

Dans les économies modernes, une régulation est nécessaire. L'utilisateur du service a des exigences particulières quant à la qualité et les modalités du service public. L'idée qui sous-tend l'existence d'un régulateur extérieur est celle d'une entité tierce à l'écoute des usagers et susceptible ceci étant d'envisager les perspectives d'évolution et le maintien de l'équilibre du contrat.

Même dans les pays où la notion de contrat est importante, il est possible d'envisager la mise en place d'une régulation extérieure, comme alternative durable au recours au juge. Et ce d'autant plus que, dans une économie moderne à la recherche de rapidité dans la prise de décision, le recours au juge n'est pas toujours souhaitable. De plus, le juge ne peut pas toujours se saisir d'office, ni ordonner de mesures d'ordre économique, contrairement aux pouvoirs, notamment d'auto-saisine, qui peuvent être accordés au régulateur extérieur.

La régulation est un contrôle continu exercé sur une activité, objet du contrat de concession, afin de préserver l'équilibre entre les valeurs économiques et les autres valeurs également prisées par la collectivité.

Le régulateur, disposant d'un pouvoir de sanction dont le champ d'application est particulier et divers (administratives, patrimoniales et privatives de droits), dont les modalités peuvent être diverses, a pour mission d'assurer l'équilibre du contrat sur le long terme.

Une autorité de régulation, qu'elle soit régionale, nationale ou sectorielle contribue dans les faits à harmoniser la structure des marchés.

Exemple de mesures :

- En Centrafrique, création en 2005 de l'Agence autonome de régulation du secteur de l'électricité (ARSEC). Suite à une crise énergétique en 2008 qui a eu pour conséquences de nombreuses pannes, l'ARSEC a joué un rôle d'intermédiaire entre les usagers et l'opérateur. L'ARSEC a notamment mis en place un système d'audience qui a permis le dialogue entre l'opérateur et ses clients (petits ou gros consommateurs) et ainsi le règlement à l'amiable d'un nombre important de dossiers.³²

³¹ *Les Politiques de lutte contre la crise financière doivent aller de pair avec l'exercice du droit au développement*, Conseil des droits de l'homme 2009, 10ème session extraordinaire (20 février 2009). Déclaration écrite conjointe présentée par le CETIM, WILP, FIMARC et le MRAP.

³² *A propos de la crise énergétique*, Communiqué officiel de l'Agence autonome de régulation du secteur de l'électricité en république centrafricaine, le 30 juillet 2008

- le 1^{er} juin 2008, l'Agence de régulation des télécommunications du Cameroun a fait baisser de 20% en moyenne les tarifs des communications téléphoniques suite à des négociations avec les opérateurs téléphoniques.
- Grâce à l'arbitrage de l'Agence des Télécommunications de la Côte d'Ivoire (ATCI), la redevance sur les appels d'un opérateur téléphonique à un autre a baissé, passant de 57 F CFA à 45 F CFA à chaque appel.

10. Quelle responsabilité sociale pour les entreprises ?

- Imposer un modèle de gouvernance aux des partenaires étrangers³³ (par des voies judiciaires et non judiciaires)³⁴.
- Pour une Convention contre les violations des droits de l'homme commises par les multinationales

L'impulsion vers des normes plus élevées vient également de Monsieur John Ruggie, représentant spécial de l'ONU pour les affaires et les droits de l'homme. En Juin 2008, il a publié un cadre de management des questions des droits de l'homme au sein de l'entreprise. Le cadre repose sur trois piliers : l'obligation de l'Etat de protection contre les atteintes aux droits de l'homme (y compris celles des entreprises) ; la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme ; et un plus grand accès aux voies de recours pour les victimes (judiciaires et non judiciaires).

- La responsabilité judiciaire des multinationales en cas de violations des droits de l'homme³⁵

³³ The case of *Lubbe v. Cape plc* may serve to illustrate the potential of the 'Brussels I' for suits filed against multinational corporations based in the EU for acts they have committed abroad, whether directly or through subsidiaries. In February 1997, claims to compensation were lodged by five employees of an asbestos mine in the Northern Province of South Africa, which was managed by a subsidiary wholly owned by Cape plc, a company domiciled in England. The plaintiffs suffered from asbestosis and an asbestos-related form of cancer. The alleged liability of Cape plc was based on the negligent control by the parent company over the operations of its subsidiary, which it should have obliged to limit the exposure to asbestos to a safe level. Although the defendant company argued that the English courts should relinquish jurisdiction to the South African courts, the House of Lords took the view that the plaintiffs should be able to pursue the proceedings before the English courts. It reasoned that returning them to the South African courts could lead to a denial of justice, both because of the difficulties the plaintiffs would be facing in obtaining legal representation and because of the lack of experience of those courts in the handling of group actions.

³⁴ International Bar News (February 2010 Edition)

³⁵ See case law based on the Alien Tort Claims Act in the US; and also in International Bar News (Feb 2010 edition): In 2003, UK-based mining company Vedanta Alumina Ltd made an application to the Indian Government to clear land in the eastern Indian state of Orissa to build a refinery. Although this was granted, the refinery depended on mining in the Niyangiri hills, where the Dongria Kondh tribe lives. The government was petitioned on the grounds that the project would destroy the tribe's way of life, because of their spiritual attachment to the hills. Objectors also alleged that many people had been moved from their homes and that environmental damage was being caused. In 2005, the Indian Ministry of Environment and Forests asked the Supreme Court to revoke the permission for environmental clearance, and in November 2007, the Supreme Court barred Vedanta and its subsidiary Sterlite from undertaking the project. Sterlite resubmitted proposals incorporating safeguards recommended by the Supreme Court, and was given the go ahead for the project in 2008. Survival International made a complaint in the UK, **under the OECD Multinational Enterprise Guidelines**. The OECD national contact point (NCP) found that Vedanta 'failed to engage the Dongria Kondh in adequate and timely consultations about the construction of the mine' and called on Vedanta to consult with the Dongria Kondh. But Vedanta has questioned

- CORRELER LES EXIGENCES DE LA CHARTE AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET LES RESPONSABILITES SOCIALES DES ENTREPRISES

La charte africaine des droits de l'homme

Article 13

3. Toute personne a le droit d'user des biens et services publics dans la stricte égalité de tous devant la loi.

Article 14

Le droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité, ce, conformément aux dispositions des lois appropriées.

the legal right of the NCP to comment. 'Vedanta has responded to the NCP,' a spokesman said, providing information requested by the OECD on the approvals for the project and the consultation that was undertaken. Work on the project has not yet begun, he added, as Vedanta is still waiting for final approval from India's Ministry of Environment and Forests. The case is also testing the new UK Companies Act. In June 2009, several NGOs mounted a **legal challenge to the state-owned Royal Bank of Scotland (RBS) making loans to Vedanta, and other investments that harm the environment and human rights**. Under section 172 of the Companies Act 2006, a director is required to take the environmental and community impact of the business into account. But in this case, the Treasury suggested that this is not in RBS's commercial interests. 'The government's shares in banks are managed at arms length on strictly commercial terms. Operational matters are issues for individual banks', a Treasury spokesman explained.

Voir la jurisprudence basée sur Alien Tort Claims Act in the US (la Loi étrangère de réclamations d'acte délictuel aux USA); et aussi Bar News (Feb 2010 edition). En 2003, au Royaume-Uni une compagnie minière Vedanta Alumina Ltd a présenté une demande au gouvernement indien pour défricher des terres dans l'est état indien d'Orissa pour y construire une raffinerie. Bien que ce fût accordé, la raffinerie dépend de l'exploitation minière dans les collines de Niyamgiri, où vit la tribu des Dongria Kondh. Le gouvernement a été pétitionné au motif que le projet détruirait le mode de vie de la tribu, en raison de leur attachement spirituel aux collines. Les protestataires ont également allégué que beaucoup de gens avaient été déplacés de leurs maisons et que des dommages environnementaux étaient causés. En 2005, le ministère indien de l'environnement et les forêts a demandé à la cour suprême de révoquer l'autorisation pour le dédouanement de l'environnement, et en Novembre 2007, la Cour suprême interdit à Vedanta et sa filiale de Sterlite la réalisation du projet. En 2005, le ministère indien de l'Environnement et des Forêts a demandé à la Cour suprême de révoquer l'autorisation pour le dédouanement de l'environnement, et en Novembre 2007, la Cour suprême interdit Vedanta et sa filiale de Sterlite la réalisation du projet.

Sterlite soumis à nouveau des propositions comportant des garanties recommandées par la Cour suprême, et a reçu le feu vert pour le projet en 2008. Survival International a déposé une plainte au Royaume-Uni, conformément aux lignes directrices de l'OCDE des entreprises multinationales. Le point de contact national d'OCDE (PCN) a constaté que Vedanta 'n'a pas pu engager les Dongria Kondh en consultations adéquates et opportunes sur la construction de la mine »et a appelé Vedanta à consulter les Dongria Kondh. Mais Vedanta a remis en question le droit légal du PCN à tout commentaire. "Vedanta a répondu à la PCN," a déclaré un porte-parole, fournissant des informations demandées par l'OCDE sur les approbations pour le projet et la consultation qui a été entrepris. Les travaux sur le projet n'a pas encore commencé, a-t-il ajouté, que Vedanta est toujours en attente de l'approbation finale du ministère indien de l'Environnement et des Forêts.

L'affaire est aussi à l'essai de la nouvelle Loi sur les sociétés au Royaume-Uni. En Juin 2009, plusieurs ONG ont lancé une contestation judiciaire à l'égard de l'Etat Royal Bank of Scotland (RBS) qui consentait des prêts à Vedanta, et d'autres investissements qui nuisent à l'environnement et les droits de l'homme. En vertu de l'article 172 de la Companies Act 2006, un administrateur est tenu de prendre les incidences sur l'environnement et de la communauté de l'entreprise en compte. Mais dans ce cas, le Trésor a suggéré que ce n'est pas dans l'intérêt commercial de RBS. «Les actions du gouvernement dans les banques sont gérées de façon indépendante des conditions strictement commerciales. Les questions opérationnelles sont des problèmes pour les différentes banques», a expliqué un porte-parole du Trésor.

Article 15

Toute personne a le droit de travailler dans des conditions équitables et satisfaisantes et de percevoir un salaire égal pour un travail égal.

Article 16

1. Toute personne a le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre.

2. Les Etats parties à la présente **Charte** s'engagent à prendre les mesures nécessaires en vue de protéger la santé de leurs populations et de leur assurer l'assistance médicale en cas de maladie.

Article 17

1. Toute personne a droit à l'éducation.

Article 21

1. Les peuples ont la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. Ce droit s'exerce dans l'intérêt exclusif des populations. En aucun cas, un peuple ne peut en être privé.

2. En cas de spoliation, le peuple spolié a droit à la légitime récupération de ses biens ainsi qu'à une indemnisation adéquate.

3. La libre disposition des richesses et des ressources naturelles s'exerce sans préjudice de l'obligation de promouvoir une coopération économique internationale fondée sur le respect mutuel, l'échange équitable, et les principes du droit international.

5. Les Etats, parties à la présente Charte, s'engagent à éliminer toutes les formes d'exploitation économique étrangère, notamment celle qui est pratiquée par des monopoles internationaux, afin de permettre à la population de chaque pays de bénéficier pleinement des avantages provenant de ses ressources nationales.

Article 22

1. Tous les peuples ont droit à leur développement économique, social et culturel, dans le respect strict de leur liberté et de leur identité, et à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité.

2. Les Etats ont le devoir, séparément ou en coopération, d'assurer l'exercice du droit au développement. ▲

Article 24

Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement.

Article 25

Les Etats parties à la présente **Charte** ont le devoir de promouvoir et d'assurer, par l'enseignement, l'éducation et la diffusion, le respect des droits et des libertés contenus dans la présente Charte, et de prendre des mesures en vue de veiller à ce que ces libertés et droits soient compris de même que les obligations et devoirs correspondants.

11. Le contrat comme une artère au cœur du service public et des droits de l'homme: perspectives pour la Cour de la CEDEAO

Les constats mis en exergue nous conduisent vers trois recommandations fondamentales permettant de redéfinir les principes de négociation des PPP pouvant à moyen et long terme réguler en amont les crises financières :

- REINTRODUIRE LES DROITS ECONOMIQUES ET SOCIAUX DANS LA THEORIE DU CONTRAT PUBLIC

Article 13.3 de la Charte : Toute personne a le droit d'user des biens et services publics dans la stricte égalité de tous devant la loi.

Le contrat de partenariat ne peut être employé dans tous les cas ; en effet, le Conseil Constitutionnel français a jugé dans une décision du 26 juin 2003 « que la constitution n'interdisait pas les contrats globaux, confiant à une même personne la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ».....mais il a ajouté qu'il s'agissait de dérogations au droit commun de la commande publique dont la généralisation....serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics »...par conséquent, « le législateur devait réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général ».

- UTILISER LES DROITS ECONOMIQUES ET SOCIAUX COMME SOURCE ET PRINCIPES DE DEVELOPPEMENT DES SERVICES PUBLICS

La Cour de Justice de la CEDEAO, dans une décision historique, a déclaré que le droit à l'éducation peut être invoqué devant un Tribunal et a rejeté toutes les objections soulevées par le gouvernement fédéral du Nigéria, selon lequel l'éducation est « un simple objectif politique du gouvernement et non pas un droit des citoyens³⁶».

³⁶

La décision de la Cour de justice de la CEDEAO, rendue le 19 novembre, suite à une poursuite intentée par les administrateurs des Droits Socio-économiques et du Projet de Responsabilité (SERAP) contre le Gouvernement Fédéral et UBEC, en alléguant la violation du droit à une éducation de qualité, du droit à la dignité, le droit des peuples à disposer de leurs richesses et ressources naturelles et au développement économiques et sociaux garantis par les articles 1, 2, 17, 21 et 22 de la Charte Africaine des droits de l'homme et des Peuples.

- CONDITIONNER L'EXPLOITATION DES RESSOURCES NATURELLES ET L'UTILISATION DES DENIERS PUBLICS AUX OBJECTIFS DE DEVELOPPEMENT CONSACRES PAR LES DROITS ECONOMIQUES ET SOCIAUX

Sur quels fondements ?

Article 21

1. Les peuples ont la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. Ce droit s'exerce dans l'intérêt exclusif des populations. En aucun cas, un peuple ne peut en être privé.

Article 22

1. Tous les peuples ont droit à leur développement économique, social et culturel, dans le respect strict de leur liberté et de leur identité, et à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité.