

Guide des Partenariats Public Privé (PPP)





Contenu

<u>PREAMBULE</u>	4
<u>1. LE PARTENARIAT-PUBLIC-PRIVE : NOUVEL OUTIL POUR L'INVESTISSEMENT PUBLIC</u>	5
1.1. LE CONTRAT DE PARTENARIAT DANS LE PAYSAGE DE LA COMMANDE PUBLIQUE	5
1.2. LES CARACTERISTIQUES DU CONTRAT DE PARTENARIAT	7
1.3.....	8
1.3.....	8
LES FAUSSES BONNES RAISONS	8
LES REELS AVANTAGES	8
LE MONTANT DE L'INVESTISSEMENT EST UN CRITERE D'ATTRACTIVITE	9
LES SECTEURS DE PREDILECTION.....	9
1.4.....	9
1.5. LES ACTEURS CLES	9
1.6. SYNTHÈSE : COMMENT IDENTIFIER UN PROJET ELIGIBLE AU CONTRAT DE PARTENARIAT ?	9
LES EXPERTS EXTERIEURS	10
LES ACTEURS PRIVÉS	10
<u>2. L'ANALYSE PREALABLE DE RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT</u>	12
2.1. L'ETUDE DE FAISABILITE	12
2.2. LA FICHE DESCRIPTIVE COMPORTANT UN RAPPORT D'ANALYSE COMPARATIVE	12
LE BUT	12
LE CONTENU	12
2.3. L'ETUDE D'EVALUATION DE L'IMPACT FINANCIER	12
2.4. VALIDATION DU PROJET PAR LES AUTORITES ETATIQUES	12
12	
<u>3. LA PROCEDURE DE PASSATION</u>	13
3.1. REDACTION DES DOCUMENTS DU DOSSIER D'APPEL D'OFFRES - DAO	13
3.2. LES CONDITIONS D'ACCES DES ENTREPRISES A LA PROCEDURE	13
3.3. LA SELECTION DES CANDIDATURES.....	14
3.4. LA CONDUITE DE LA PROCEDURE ET LA SELECTION DES OFFRES	14
3.5. L'ATTRIBUTION DU CONTRAT	15
<u>4. LE CONTRAT</u>	15
3.6. LE ROLE DE L'INSTANCE AU COURS DE LA PROCEDURE DE PASSATION	15

4.1. LE CONTENU DU CONTRAT	15
LA DUREE DU CONTRAT	15
LE PARTAGE DES RISQUES	16
LES OBJECTIFS DE PERFORMANCE.....	16
LES MODALITES DE REMUNERATION DU COCONTRACTANT ...	16
LES MODALITES DE REMUNERATION DU COCONTRACTANT ...	17
LES CLAUSES RELATIVES A LA PROTECTION DU DOMAINE PUBLIC	17
LES MODALITES DE CONTROLE.....	17
LES GARANTIES ET ASSURANCES	17
LES SANCTIONS ET PENALITES	17
LE CONTROLE SUR LA CESSIION DU CONTRAT ET DE L'ACTIONNARIAT DE LA SOCIETE DE PROJET	17
LES MODALITES DE PREVENTION ET DE REGLEMENT DES CONFLITS	17
LA RESILIATION DU CONTRAT	17
4.2. L'EXECUTION DU CONTRAT	18
VALIDATION DE L'INVESTISSEMENT ET MISE EN SERVICE	18
LE ROLE DE L'INSTANCE DANS LE SUIVI DE L'EXECUTION DU CONTRAT DE PARTENARIAT	18
LE RAPPORT ANNUEL ET L'INFORMATION DE LA PERSONNE PUBLIQUE	18
LE CONTROLE DE L'ACTION DE LA PERSONNE PUBLIQUE.....	18
4.3. LA FIN DU CONTRAT	19
SORT DES BIENS EN FIN DE CONTRAT	19
SORT DES CONTRATS CONCLUS PAR LE PARTENAIRE	19
<u>5. LE FINANCEMENT</u>	19
5.1. FINANCEMENT PRIVE	19
PART DE FONDS PROPRES ET PART D'EMPRUNT.....	19
CESSIION ET NANTISSEMENT DE CREANCES.....	20
5.2. FINANCEMENT MIXTE	20
5.3. LA CRISTALLISATION DES TAUX	20
LA CRISTALLISATION DES TAUX D'INTERETS	20
LA CRISTALLISATION DES TAUX DE CHANGE.....	20
LES ENTREES ET SORTIES DE DEVICES	21
LA GARANTIE VIS-A-VIS DES PRETEURS : LA TRIPARTITE	21
LES POSSIBILITES DE <i>STEP-IN</i> DU PRETEUR	21
LES QUESTIONS FISCALES ET COMPTABLES.....	21
<u>6. LE CONTENTIEUX DES CONTRATS DE PARTENARIAT</u>	21
6.1. LE CONTENTIEUX PRECONTRACTUEL.....	21
6.2. LE CONTENTIEUX CONTRACTUEL	22
LE REGLEMENT AMIABLE DES DIFFERENDS EN MATIERE DE PPP	22
LE REGLEMENT CONTENTIEUX DES DIFFERENDS EN MATIERE DE PPP.....	22





PREAMBULE

Définition et cadre juridique des PPP

Au sens de la Banque Mondiale, les Partenariats Public-Privé (ci-après « **PPP** ») désignent des « dispositions, habituellement à moyen et long terme, entre les secteurs public et privé grâce auxquelles certains services qui relèvent de la responsabilité du secteur public sont administrés par le secteur privé, scellées par un accord clair sur des objectifs communs relatifs à la livraison d'infrastructures et/ou de services publics ».

Le modèle législatif tunisien distingue **deux formes de PPP : les modèles concessifs et les modèles non-concessifs**.

Conformément à ce dualisme « concessif - non-concessif », **deux lois fondamentales fixent le régime des PPP :**

- La loi 2008-23 du 1^{er} avril 2008, relative au régime des concessions ;
- La loi n° 2015-49 du 27 novembre 2015, relative aux contrats de partenariat public privé (ci-après « **loi de 2015** »), précisée par le décret gouvernemental n°772 du 20 juin 2016 portant sur les conditions et les procédures d'octroi des contrats de partenariat public privé, dénommé ci-après « **décret** ».

D'autres décrets ont été adoptés pour préciser le régime juridique des contrats de partenariat. Par ailleurs, afin d'accompagner les personnes publiques dans leur démarche, un guide PPP a été élaboré. Ce guide n'a pas de valeur contraignante. Il constitue un véritable outil d'aide à la compréhension du cadre juridique et répertorie les **bonnes pratiques en matière de passation et d'exécution des contrats de partenariat**.

Il permet :

- de lancer des projets de contrat de partenariat en **choisissant la forme contractuelle optimale** ;
- de **faciliter la conduite de procédures de passation et le suivi d'exécution** des contrats de partenariat par les services techniques, les services achats et les services juridiques.

Le présent document est une synthèse opérationnelle de ce guide et vise à expliquer le processus de mise en place et d'exécution d'un contrat de partenariat.

Structure du guide

- **Chapitre 1 « Le Partenariat Public Privé, Nouvel Outil pour l'Investissement Public »** : présentation du contrat de partenariat et de ses conditions de recours par la personne publique.
- **Chapitre 2 « l'Analyse Préalable au recours du Contrat de Partenariat »** : présentation des étapes préalables au lancement du contrat de partenariat, description des études à mener pour sécuriser la procédure et pour identifier le montage le plus approprié pour réaliser l'investissement public. Cette partie est cruciale et nécessite de la part de la personne publique un travail de fond, en lien avec des conseils extérieurs spécialisés, pour mener les études nécessaires.
- **Chapitre 3 « La Procédure de Passation des Contrats de Partenariats »** : sont décrites les procédures que la personne publique peut utiliser ainsi que les bonnes pratiques à respecter pour que ces procédures permettent, dans le respect des principes de la commande publique, l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse pour la personne publique.
- **Chapitre 4 « Le Contrat »** : précisions sur le contenu du contrat et sur sa bonne exécution.
- **Chapitre 5 « Le Financement des Contrats de Partenariat »** : précise les mécanismes de financement du contrat de partenariat et les relations entre les différents acteurs financiers.
- **Chapitre 6 « Le Contentieux des Contrats de Partenariat »** : détaille les questions de contentieux entourant le contrat de partenariat. Ce volet contentieux porte à la fois sur la passation du contrat et sur son exécution.



1. LE PARTENARIAT-PUBLIC-PRIVE : NOUVEL OUTIL POUR L'INVESTISSEMENT PUBLIC

1.1. Le contrat de partenariat dans le paysage de la commande publique

Le contrat de partenariat est un outil d'investissement public aux côtés d'autres modèles très usités (pour l'essentiel : les marchés publics et les concessions). C'est la raison pour laquelle il apparaît opportun de faire un travail de distinction de ces différentes formes contractuelles.

Globalement, ces différents modèles se distinguent les uns des autres en fonction du degré de participation de la personne publique (Schéma 1) au regard de plusieurs critères (Schéma 2).

Schéma 1 - Evolution de la participation de l'entité publique dans les différentes formes de la commande publique



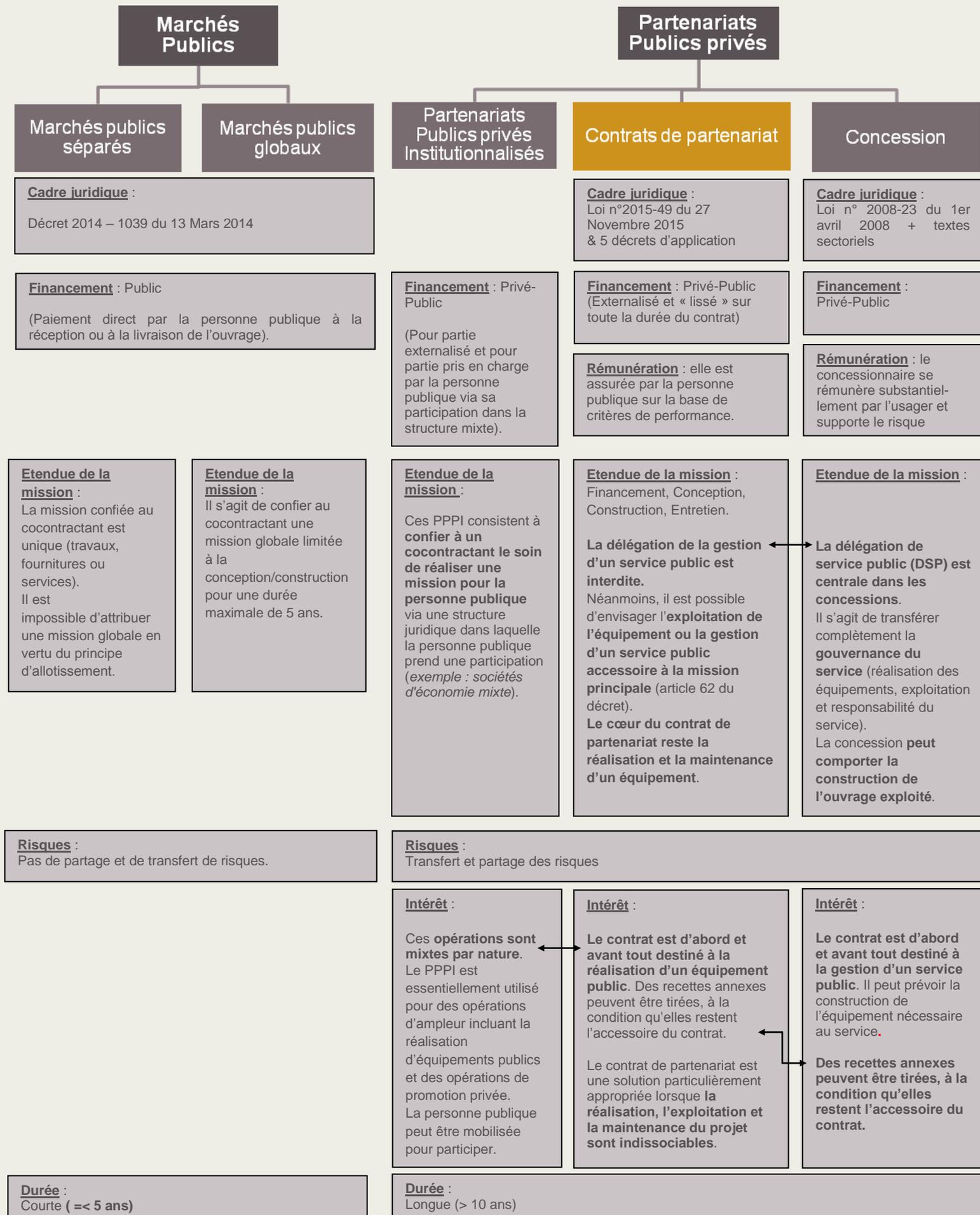
Le **degré de participation** de la personne publique s'apprécie ainsi à différents niveaux selon :

- La source de **financement** de l'investissement réalisé (publique ou privée) ;
- La forme de la **rémunération** retenue du cocontractant (rémunération par la personne publique ou prise en charge par l'utilisateur) ;
- L'**étendue de la mission** (mission précise de courte durée et ponctuelle via un marché public ; mission plus globale externalisée via un contrat de partenariat ou une concession) ;
- Le degré de l'éventuel partage et/ou transfert des **risques** ;
- La **durée du contrat** (courte pour les marchés publics, elle s'allonge pour les contrats de partenariats ou les concessions).

La **nature de la mission** (et donc l'objet du contrat) est également un critère incontournable pour déterminer la forme contractuelle envisageable : Selon ses besoins, la personne publique peut être amenée à faire construire un ouvrage, le faire exploiter ou transférer la gouvernance d'un service public,...



Schéma 2 - Situation du contrat de partenariat dans le paysage de la commande publique



1.2. Les caractéristiques du contrat de partenariat

Un contrat global

Les éléments obligatoires et optionnels du contrat de partenariat sont prévus par la loi de 2015, notamment dans son article 3.

Les missions obligatoires peuvent englober:

- **Le financement de l'investissement**

En général, il s'agit de mobiliser des établissements bancaires afin qu'ils prêtent l'argent nécessaire. La personne publique lisse le remboursement de l'investissement sur toute la durée du contrat.

Elle peut faire le choix d'alléger sa dette future en consentant une subvention initiale ou en prenant une participation dans la société de projet (article 20 de la loi de 2015).

- **La réalisation de l'équipement**, c'est-à-dire sa construction.

- **La maintenance**

Il est conseillé à la personne publique de bien définir dans ses documents de consultation le niveau de maintenance attendu (de gros entretien seulement ou également maintenance préventive et curative).

Les missions optionnelles sont liées à la conception (via une équipe pluridisciplinaire portant le projet architectural, par exemple) et à la gestion de l'équipement.

Le contrat de partenariat implique le recours à une société de projet. La composition de l'actionnariat de la **société de projet** doit refléter le caractère global du contrat (article 17 de la loi de 2015).

Avantages de la globalité du contrat

- Elle permet à la personne publique de **transférer au partenaire privé les problématiques d'interface** entre les différents corps de métier.
- Véritable **vecteur de performance**, la globalité du contrat incite le partenaire à coupler de manière optimale les phases, de la conception à la maintenance de l'ouvrage. C'est la raison pour laquelle **il est souvent recommandé de ne pas dissocier la conception du reste des missions confiées au partenaire privé.**

Exemple d'application : cas de la station d'épuration

Dans le cadre d'un contrat de partenariat, le partenaire privé peut être chargé de la conception, de la construction, du financement et de l'entretien-maintenance d'une station d'épuration. Il peut également, à titre accessoire, exploiter la station d'épuration sous le contrôle de la personne publique. Dans ce cas, les recettes qu'il perçoit des usagers doivent revenir à la personne publique.

Un contrat de longue durée

La durée dépend « *de la **durée d'amortissement des investissements à réaliser et des modalités de financement retenus*** » (article 17 de la loi de 2015). La **durée optimale** est déterminée par les experts financiers dans le cadre de l'évaluation préalable.

Ces contrats ne sont **pas renouvelables** (article 17 susvisé), mais les missions d'entretien-maintenance peuvent être allongées dans certains cas (voir infra).

Un contrat aux modalités de rémunération spécifiques

La rémunération est **versée périodiquement** et doit **identifier 3 éléments** (article 23 de la loi de 2015) :

- Coût lié à la réalisation de l'équipement ;
- Coût du financement ;
- Coût de la maintenance de l'équipement ;

La rémunération répond également à 4 caractéristiques (article 23 de la loi de 2015) :

- Elle est **étalée sur toute la durée du contrat** ;
- Elle ne commence à être **versée qu'au jour où l'investissement est mis en service** (incitant le partenaire à travailler rapidement), ce qui implique un décalage des premiers paiements ;
- Elle est **liée à l'atteinte d'objectifs de performance fixés dans le contrat**. Des pénalités peuvent être envisagées et imputées sur la rémunération des prestations du partenaire privé ;
- Des **recettes annexes** liées à l'exploitation du service peuvent être tirées par le partenaire privé ;

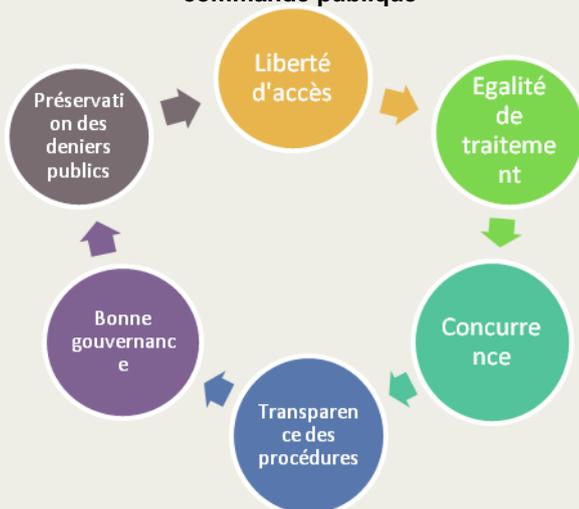


Un contrat soumis aux principes de la commande publique

Il s'agit des « règles de la bonne gouvernance, les principes de la transparence des procédures, d'égalité et d'équivalence des chances par recours à la concurrence, l'impartialité et la non-discrimination entre les soumissionnaires » (article 5 loi de 2015).

Ces principes doivent guider l'action de la personne publique à chaque étape de la conclusion du contrat de partenariat.

Schéma 3 : Synthèse : les grands principes de la commande publique



1.3.

Les fausses bonnes raisons

- **Le contrat de partenariat permettrait de s'affranchir de certaines contraintes budgétaires**
FAUX : Le contrat de partenariat doit être visible dans le budget de la personne publique, le coût à supporter s'étale sur une longue durée durant laquelle elle doit s'acquitter du versement d'un loyer. Il faut donc que la personne publique ait connaissance des engagements financiers qu'elle souscrit.
- **Le contrat de partenariat permet d'éviter de conclure des marchés publics**
VRAI, mais... la procédure de mise en concurrence d'un contrat de partenariat est souvent plus lourde que celle d'un marché public car le contrat est plus complexe (notamment du fait du financement externe).
- **Le contrat de partenariat permet de se dessaisir d'une mission au profit d'une entreprise privée et de libérer totalement les services de la personne publique**
FAUX : le rôle de la personne publique est primordial, notamment via des obligations de contrôle dans l'exécution de la mission confiée.

Les réels avantages

- **Le respect des coûts**, favorisé par la liberté d'élaborer le projet global bénéficiant au partenaire ; l'association de tous les corps de métier d'un bout à l'autre du projet ; l'intéressement du partenaire dans le choix de matériaux de qualité pour diminuer les coûts des prestations de maintenance.
- **Le respect des délais** de réalisation des travaux, le versement de la rémunération du partenaire ne commençant qu'à la livraison et la mise en service de l'investissement.
- **L'atteinte d'objectifs de performance**, car la globalité du contrat incite le titulaire à perfectionner l'exécution de chaque étape du projet, de sa conception à sa maintenance.
Des clauses relatives à la qualité du service et à la disponibilité de l'équipement, au respect des délais ou à une diminution de la consommation énergétique peuvent être insérées au contrat
- **Le recours à des solutions innovantes**, encouragé par la procédure du dialogue compétitif.
- **La possibilité de valoriser des ouvrages** par une possible exploitation de quelques services ou ouvrages secondaires en rapport avec le projet (article 23 de la loi de 2015).
- **Le partage équilibré des risques** en déterminant en amont quels sont les risques et qui les supportera (défaut de construction d'un ouvrage, incendie, grève générale, non-fourniture d'électricité, etc.).

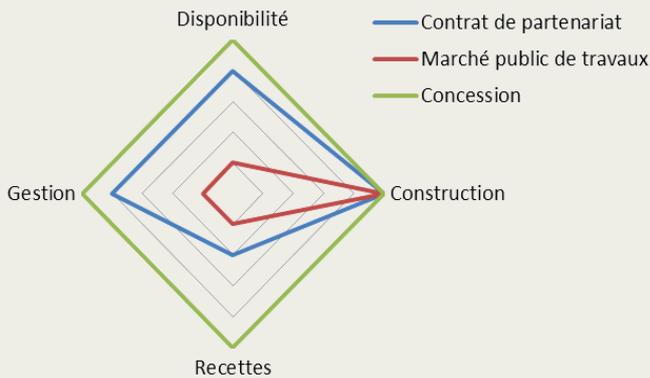
Note : Risque = coût. Plus on transfère de risques au partenaire, plus il en tiendra compte dans son prix.

Schéma 4 : Matrice de lecture des risques potentiels

Risques de financements	<ul style="list-style-type: none"> • Disponibilité des crédits • Evolution des taux
Risques de conception	<ul style="list-style-type: none"> • Conformité • Articulation avec la construction
Risques de construction	<ul style="list-style-type: none"> • Retard de travaux • Surcoûts de la construction • Interface entre les différents corps de métier
Risque entretien / maintenance	<ul style="list-style-type: none"> • Disponibilité de l'ouvrage • Surcoûts exploitation technique



Schéma 5 : Principaux risques transférés aux partenaires privés selon les montages



C'est au stade de l'étude préalable que la personne publique est amenée à s'interroger sur l'étendue des risques qu'elle transfère. La répartition est ensuite discutée lors de la passation du contrat.

Exemple : un risque que le partenaire privé ne peut par nature pas gérer ne doit pas lui être transféré car il représente un surcoût inutile.

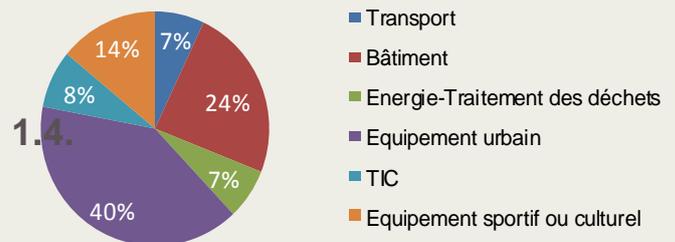
- Les nouvelles technologies à condition qu'elles soient bien maîtrisées (développement d'un réseau de télécommunications, secteur numérique dont les évolutions peuvent être anticipées).
- La défense** (construction navale, formation sur des équipements militaires)

Note : Dans certains domaines (routier par exemple), la distinction entre **entretien-maintenance et exploitation d'un service public** est difficile.

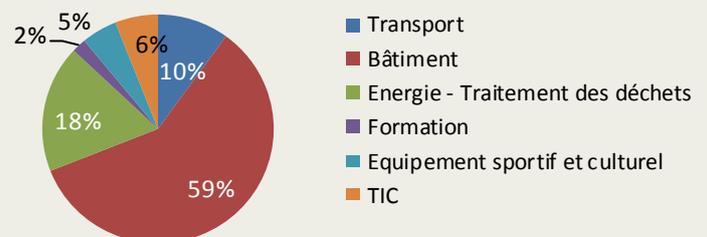
La loi de 2015 proscrit la délégation de la gestion de service public dans le cadre d'un contrat de partenariat, mais il est possible de confier au partenaire privé l'exploitation d'un équipement qui se confond avec l'entretien de l'ouvrage et dont la part de gestion du service (l'interface avec les usagers) reste accessoire.

Schéma 6 : Domaines de prédilection du contrat de partenariat par secteur d'activité en France

Collectivités Territoriales



Etat et ses démembrements



Le montant de l'investissement est un critère d'attractivité

1.3. La lourdeur de la procédure et la mise en place d'un financement externe impliquent que le montant de l'investissement est un critère d'attractivité du contrat de partenariat.

Un marché de partenariat en France ne peut pas être lancé si le montant total ne dépasse pas 2 millions d'euros.

Les secteurs de prédilection

La plupart des projets portent sur des prestations n'impliquant aucun service spécifique à l'utilisateur ou des équipements par nature non générateurs de recettes auprès de ces derniers.

- La construction d'équipements publics** (bureaux, commissariats de police, palais de justice et autres bâtiments du secteur régaliens ; universités, stades et autres bâtiments abritant des services publics ; musées, etc.)
- La construction d'infrastructures** (investissements en matière de transport, de réseaux, et d'infrastructures techniques telles que des stations d'épuration, des centrales électriques, etc.)

1.5. Les acteurs clés

Les personnes publiques

- La personne publique signataire :** l'Etat, ses démembrements et les collectivités. Il est conseillé de désigner au sein de la collectivité une équipe chargée du suivi du projet.
- La commission spéciale** valide le dossier d'appel d'offres et la conduite des procédures (article 25 du décret).
- L'instance Générale de PPP** (cf. infra)



Les experts extérieurs

Ils accompagnent la personne publique au stade de lancement de la procédure (article 3).

L'équipe est souvent composée de **3 experts (financier, technique et juridique)**, de préférence sous forme de groupement pluridisciplinaire.

Les compétences des experts sont un important vecteur de réussite d'un projet.

Les acteurs privés

▪ Personnes privées chargées de réaliser les prestations

Il est fréquent de retrouver les majors du BTP dans les candidats au contrat, ces entreprises disposant d'un savoir-faire et d'une technicité éprouvés.

L'article 14 de la loi de 2015 impose néanmoins la prise en compte des prestations confiées à des PME dans l'appréciation des offres.

▪ Etablissements financiers (banques)

Schéma 7 : Schématisation de l'articulation entre les différents intervenants dans un Contrat de Partenariat

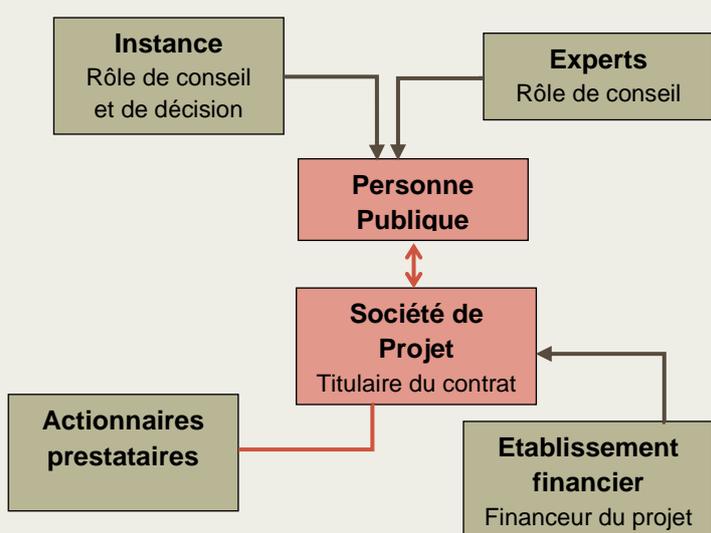


Schéma 8 - Questions à se poser pour vérifier l'éligibilité d'un projet au contrat de partenariat

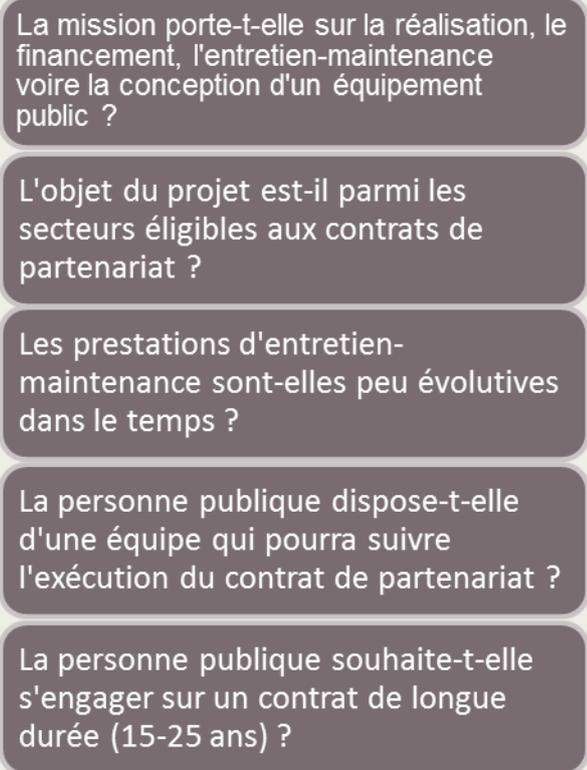
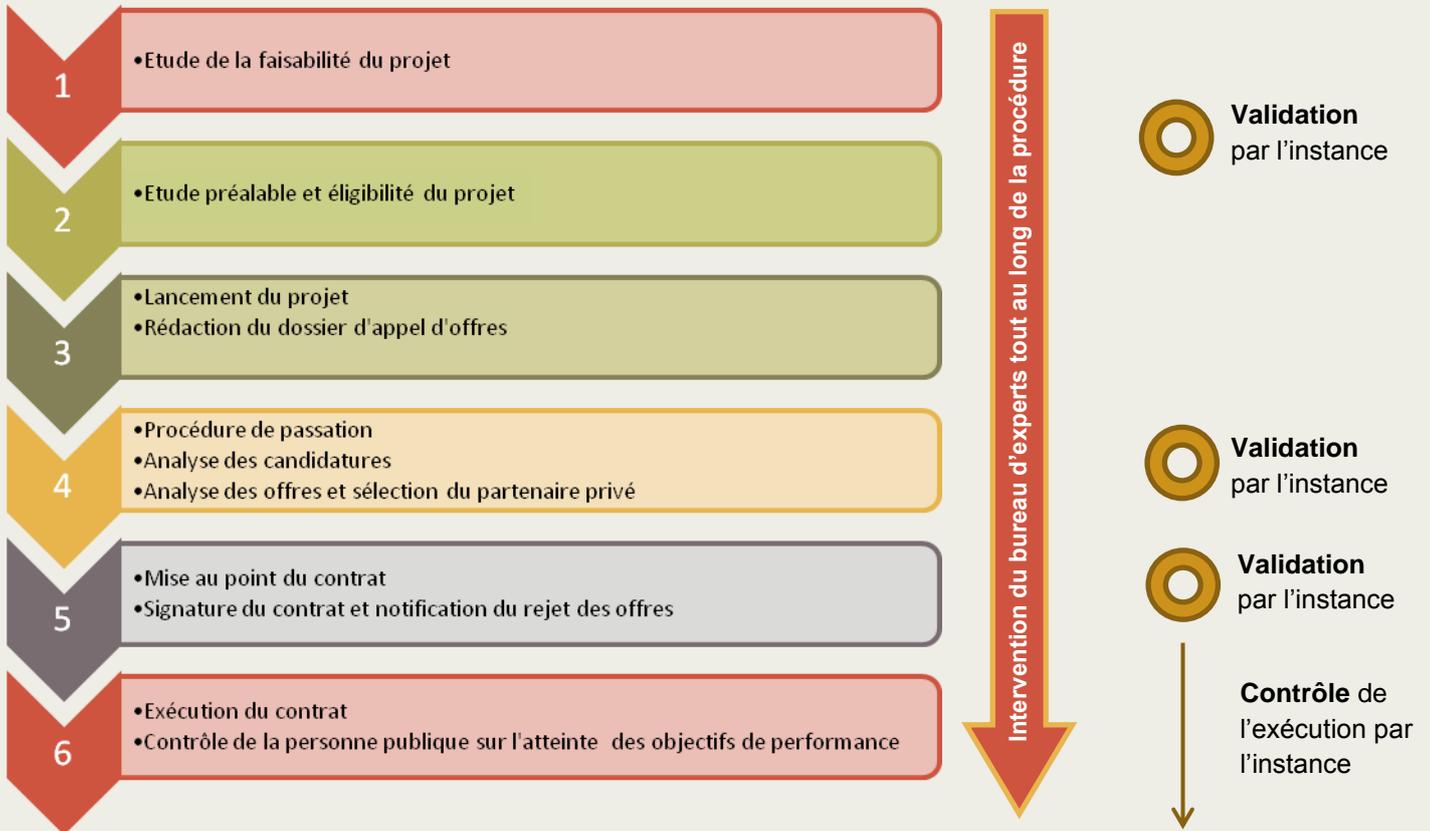


Schéma 9 - Synthèse des grandes étapes de passation et d'exécution d'un contrat de partenariat



2. L'ANALYSE PREALABLE DE RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT

2.1. L'étude de faisabilité

Cette étude n'est pas prévue par les textes mais est indispensable. Elle doit conduire la personne publique à **s'interroger sur ses attentes en termes financier (budget de l'opération) et matériel** (définition précise des besoins), mais également à **fixer une base de comparaison** entre les véhicules juridiques envisageables pour le projet.

Doivent être abordés les points suivants :

- Description du projet et des prestations attendues ;
- Eléments économiques identifiés par la personne publique (notamment un premier chiffrage) ;
- Insertion du projet dans les plans d'investissement de la personne publique ;
- Pertinence politique du projet (soutiens de la population et des autorités administratives) ;
- Pertinence économique du projet (intérêt du projet pour le secteur privé, notamment bancaire).

2.2. La fiche descriptive comportant un rapport d'analyse comparative

Le but

Présenter le projet dans ses aspects technique, juridique et financier, ainsi que d'effectuer une comparaison avec d'autres montages.

Le contenu

- L'étude préalable

Plan type d'une étude préalable

- **Introduction** : présentation de la personne publique et du projet, notamment dans ses aspects techniques
- **Identification des montages juridiques envisageables** qui permettent de poser les bases de la comparaison des scénarios
- **Analyse économique et financière** de la pertinence du recours au contrat de partenariat
- **Analyse juridique** de la pertinence du recours au contrat de partenariat
- **Conclusion**

- La description des moyens propres à assurer la réalisation et le suivi du projet : dès le stade de l'évaluation préalable, ces éléments permettent de s'interroger sur les moyens que la personne publique pourra mettre en œuvre pour la réussite du contrat de partenariat.
- Les données macroéconomiques de planification : ces données permettent à la personne publique de situer le projet dans l'environnement économique au plan régional et de déterminer ses impacts sur l'économie locale.

2.3. L'étude d'évaluation de l'impact financier

Pour éviter tout défaut de paiement de la part de la personne publique, l'étude permettant d'établir la soutenabilité budgétaire du projet pour la personne publique est un document important.

Cette étude se fonde sur une analyse des comptes de la personne publique, des coûts du projet et des recettes dont elle peut profiter.

2.4. Validation du projet par les autorités étatiques

La loi de 2015 prévoit que la fiche contenant le rapport d'étude préalable et l'étude d'évaluation des impacts du projet sur le budget doivent être soumis à l'Instance pour validation (article 6 du décret) et au ministre chargé des finances (article 7).

Une fois l'avis conforme de l'Instance et l'avis du ministre obtenus, la personne publique peut lancer la procédure de passation du contrat de partenariat.



3. LA PROCEDURE DE PASSATION

Schéma 10 - Principales étapes de passation d'un CP



3.1. Rédaction des documents du dossier d'appel d'offres - DAO

▪ La définition des besoins

Le degré de précision est fonction de la procédure choisie : En appel d'offres restreint les besoins de la personne publique sont définis avec une grande précision. La procédure de dialogue compétitif laisse place à plus de souplesse.

L'expression des besoins doit se retrouver dans les **critères d'évaluation** des candidatures et surtout **des offres**, pour savoir sur quelles bases la personne publique entend sélectionner le lauréat.

▪ L'avis général à candidature

Selon l'article 11 du décret, il contient :

- **L'objet du contrat** (diverses prestations qui seront demandées) ;
- **Le lieu où l'on peut prendre connaissance des documents constitutifs du règlement de sélection** (plateforme informatique ou transmission en format papier) ;
- **Le lieu et la date limite pour la réception des candidatures** (un délai d'au moins 30 jours est conseillé malgré le délai minimum légal de 20 jours) ;
- **La date de séance d'ouverture des plis** ;
- **La période pendant laquelle les candidats restent engagés par leurs candidatures** (en principe de 60 jours, le délai peut être prolongé de 120 jours) ;

▪ Le règlement de présélection (art. 14 du décret)

- Il apporte des **précisions quant aux principales prestations** qui seront demandées ;
- Il **clarifie les règles applicables à la sélection des candidats** en vue de déterminer ceux qui seront admis à déposer une offre (notamment les documents à rendre) ;
- Il précise la **pondération des critères de pré-qualification** (robustesse financière, expérience, moyens techniques mobilisables) ;
- Il donne les **modalités de participation** (conditions de réception des candidatures) et la date limite.

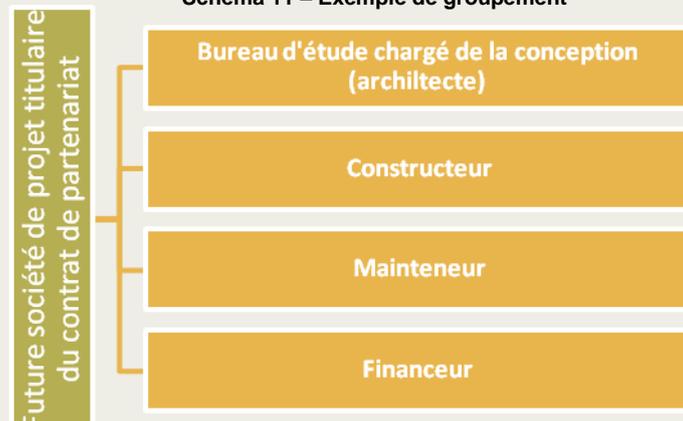
▪ Les documents de la procédure de sélection des offres



3.2. Les conditions d'accès des entreprises à la procédure

- La constitution de groupements, induite par la mobilisation de compétences diverses pour l'exécution du contrat global.

Schéma 11 – Exemple de groupement



- La **sous-traitance** d'une partie des prestations à des PME tunisiennes est imposée par l'article 14 de la loi de 2015. L'article 59 du décret impose à la personne publique de prévoir un **pourcentage minimum** (qui ne peut être < 15 %) dans ses documents de consultation. La sous-traitance est un **critère de sélection des offres**.

La société de projet doit cependant réaliser au moins la moitié des prestations objet du contrat (conception, réalisation et maintenance).

Lorsque le partenaire privé souhaite faire intervenir un sous-traitant, il en **avertit la personne publique** et lui adresse une fiche de présentation. La personne publique peut refuser si le sous-traitant ne présente pas les garanties nécessaires pour assurer les prestations.

Définition de la PME au sens de l'article 24 du décret : « toute entreprise résidente en Tunisie et dont la participation des personnes de nationalité tunisienne au capital n'est pas inférieure à 50 % et dont le volume d'investissement ne dépasse pas quinze (15) millions de dinars y compris le fonds de roulement »

- Les **entreprises en difficulté** en situation de règlement amiable ou judiciaire peuvent **participer à la procédure d'attribution d'un contrat de partenariat** dans la mesure où la situation de l'entreprise n'est pas de nature à perturber la bonne exécution du contrat de partenariat.

3.3. La sélection des candidatures

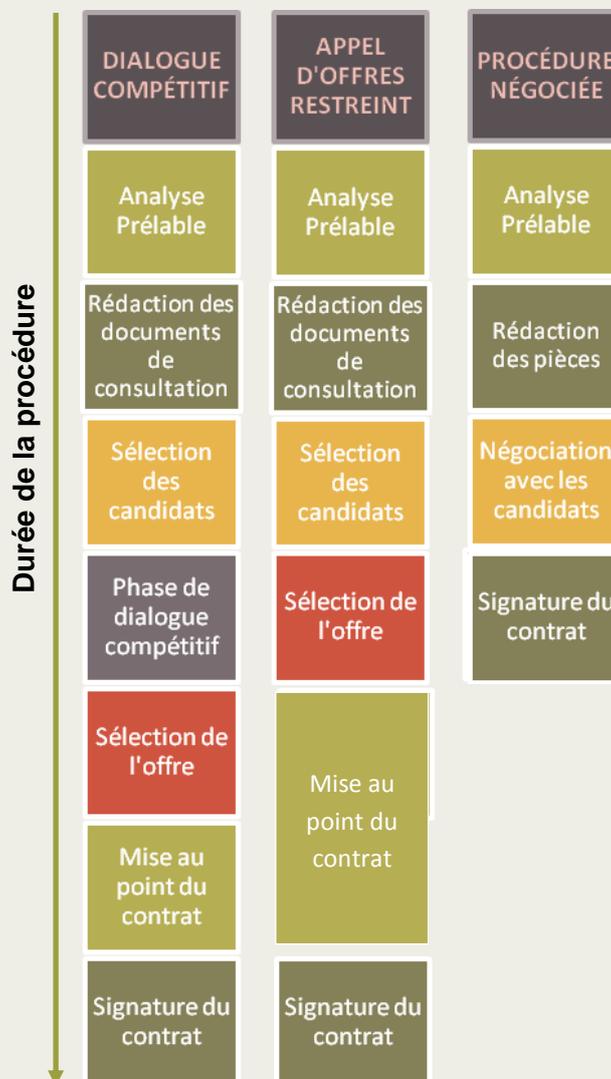
L'intérêt de réduire le nombre de candidats consiste à **conduire une procédure plus efficace** visant à permettre l'élaboration d'offres correspondant de manière optimale aux attentes de la personne publique.

La sélection s'effectue à l'issue de l'analyse des candidatures en application des **critères prévus dans le règlement de pré-qualification**. Elle donne lieu à la rédaction d'un **rapport** mentionnant :

- **Liste des candidats** ;
- **Analyse du caractère complet de chaque candidature** (possibles régularisations ou rejet des candidatures incomplètes) ;
- **Analyse des candidatures recevables**, critère par critère ;
- **Conclusion** avec classement des candidatures et choix des candidats admis à présenter une offre.

3.4. La conduite de la procédure et la sélection des offres

Note : La sélection des candidatures est préalable à la sélection des offres.



Remarques:

- La **procédure d'appel d'offres n'est pas nécessairement plus rapide que le dialogue compétitif** : la phase de dialogue permet de discuter avec les entreprises, ce qui limite la durée de la mise au point. En l'absence de discussions, la phase de mise au point du contrat est plus longue en appel d'offres.
- L'**appel d'offres est une procédure plus simple que le dialogue compétitif**, mais présente le risque que les prestations proposées ne correspondent pas de manière optimale aux besoins de la personne publique.



Dans un cas très particulier, une entreprise peut être à l'initiative d'un projet de contrat de partenariat et déposer une **offre spontanée**. La personne publique lance alors une procédure, mais l'entreprise à l'origine de l'offre spontanée bénéficie d'un avantage en termes de notation de son offre.

3.5. L'attribution du contrat

▪ **Le dépouillement des offres et le rapport de sélection** (art. 19 du décret procédure)

Etape 1 : Les candidats remettent une **offre technique** et une **offre financière** dans deux enveloppes scellées distinctes. Elles sont déposées **en mains propres ou** à adresser **par voie postale** avec un accusé de réception.

Attention aux délais d'acheminement ! Seul l'accusé de réception signé par un représentant de la personne publique permet de déterminer la date et l'heure de réception du pli.

Etape 2 : La Commission spéciale **analyse ces offres**. Elle vérifie notamment qu'elles sont **complètes** et conformes aux **exigences formelles**. Des **régularisations sont envisageables** (article 29 du décret procédures) :

- Les documents manquants d'une offre lacunaire peuvent être apportés s'ils sont mineurs et n'influent pas sur l'analyse.
- La personne publique peut inviter le candidat à régulariser des formalités (défaut de signature par exemple), mais, si elle le fait, elle doit le faire pour tous les candidats.

Etape 3 : La Commission spéciale **dresse un rapport d'analyse précisant** :

- La liste des offres reçues ;
- Les offres écartées car irrecevables ;
- L'analyse des offres recevables critères par critères ;
- Le classement des offres et la proposition de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Etape 4 : La Commission **notifie au candidat sélectionné le choix de retenir son offre et l'invite à la phase de mise au point**. Elle adresse également un courrier aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue pour leur **indiquer le rejet de leur offre**.

A tout moment, la personne publique peut décider de **ne pas attribuer le contrat en renonçant à la procédure** (article 48 du décret procédures).

▪ **La phase finale d'attribution : la mise au point**

L'objet de la mise au point est de finaliser la documentation contractuelle. La règle de **l'intangibilité des engagements du candidat** doit être respectée. Si des modifications peuvent être faites à la marge pour clarifier certains points, il est **strictement interdit de modifier des éléments essentiels du contrat** (objet, prix, répartition des risques, montant des pénalités,...).

3.6. Le rôle de l'Instance au cours de la procédure de passation

L'Instance « [fournit] l'appui technique aux personnes publiques et de les assister dans la préparation, conclusion et le suivi d'exécution des contrats de partenariat », article 38 de la loi de 2015.

Elle intervient à 4 niveaux :

1. **En amont de la procédure**, elle analyse les documents préparatoires et donne son accord sur l'opportunité du recours au contrat de partenariat et sur le choix de la procédure ;
2. **En cours de procédure**, l'Instance peut être sollicitée pour donner son avis relatif à la mise en œuvre des textes ou pour évoquer une situation qui peut s'avérer complexe au regard du droit de la commande publique.
3. **En fin de procédure**, elle valide le dépouillement des offres (analyse des offres et identification de l'offre économiquement la plus avantageuse) ;
4. **Avant la signature du contrat**, l'avis de l'Instance est sollicité (article 6 du décret Instance).

4. LE CONTRAT

4.1. Le contenu du contrat

Le contrat doit obligatoirement comporter certaines clauses : **l'objet, la durée et les critères de performance** du contrat. Certaines clauses méritent quelques précisions.

La durée du contrat

Libre, elle doit toutefois **tenir compte de la durée d'amortissement** des investissements à réaliser et **des modalités de financement** retenues (article 17 de la loi de 2015).

Inconvénients d'une durée trop longue :

- Prive la personne publique d'une **mise en concurrence** de la maintenance pendant longtemps ;



▪ Complique l'intégration de **prestations de nature évolutive** (évolution technologique ou évolution des besoins de la personne publique), dans la mesure où la modification du contrat (qui implique une débouclage du financement) est compliquée à envisager (*par exemple, des projets de construction de centre médicaux abritant des services utilisant du matériel technologique*).

Inconvénients d'une durée trop courte :

- Ne permet pas de capitaliser sur l'**expérience du partenaire privé** ;
- Ne permet pas de dégager des économies d'échelle suffisantes.

La durée du contrat peut être **définie de 2 manières** :

- **1^{ère} forme** : Le contrat peut prévoir une durée pour les travaux et une durée d'entretien-maintenance, ce qui revient à **décaler la date de fin du contrat si les travaux** prennent du retard, tout en maintenant une durée fixe d'exploitation.
 - Avantage : Les prestations d'entretien-maintenance subsistent, le financement est verrouillé sur cette partie, ce qui simplifie les relations avec les banques ;
 - Inconvénients : le partenaire privé est moins incité que dans la 2^e forme à terminer les prestations de travaux à temps.
- **2^e forme** : Le contrat peut **fixer une durée globale, quelle que soit la durée réelle des travaux**.
 - Inconvénients : Si les travaux sont prolongés, les prestations d'entretien-maintenance seront réalisées sur une durée plus courte. Une diminution du loyer pourra être prévue compte tenu des lacunes dans l'exécution de certaines prestations, ce qui impliquera un déverrouillage du financement.
 - Avantage : La diminution du loyer pourra inciter le partenaire à finir les travaux dans les temps prévus initialement.

Le contrat de partenariat ne peut être renouvelé, mais l'article 17 de la loi de 2015 prévoit toutefois une hypothèse de prorogation de 3 ans maximum dans les cas d'urgence, force majeure ou situations imprévues.

La personne publique doit **anticiper la fin du contrat pour assurer la continuité du service** (en reprenant l'entretien-maintenance en interne ou en lançant une procédure de marché public).

Le partage des risques

La répartition des risques doit être **anticipée** dans le cadre de l'étude préalable, **réfléchi et équilibrée**. Tout risque a un coût, et il n'est pertinent de transférer

au partenaire privé que les risques qu'il sera le mieux à même de gérer.

Il est également fondamental de **définir les causes légitimes d'exonération** des engagements contractuels du partenaire privé et de les encadrer pour limiter leur survenance à des cas exceptionnels.

Les objectifs de performance

Primordiaux dans le contrat de partenariat, ils se matérialisent par des engagements pris par le partenaire privé à tous les stades de l'exécution.

Ces objectifs de performance doivent être **facilement mesurables et contrôlables** par les agents publics dédiés au suivi de l'exécution du contrat.

Exemples d'objectifs de performance :



Les modalités de rémunération du cocontractant

La rémunération n'est due qu'à **compter de la livraison de l'équipement** (article 23 de la loi de 2015) et se répartit comme suit :



Les montants peuvent être lissés sur la durée du contrat ou fonction de la réalisation de certains travaux.

Le montant est susceptible de varier pour **tenir compte des pénalités infligées** au partenaire privé.

- Un **lissage des paiements** permet d'optimiser l'étalement du coût du contrat (**à privilégier**).
- Il est **conseillé d'appliquer les pénalités au fur et à mesure de l'exécution du contrat** pour assurer leur effet dissuasif immédiatement après le constat du manquement.

Les modalités de rémunération du cocontractant

Le contrat de partenariat est **assez un outil qui n'a pas vocation à évoluer dans le temps**, mais il est **conseillé d'encadrer** les modifications en permettant une certaine souplesse sur les modifications mineures (notamment dans leur financement).

Pour les modifications plus importantes, il est utile de prévoir un **mécanisme de benchmarking** sur lequel le partenaire privé doit s'aligner, pour éviter les dérives financières.

Les clauses relatives à la protection du domaine public

Si elle est nécessaire, l'occupation du domaine public doit respecter les **règles d'affectation**. De plus, le contrat de partenariat doit contenir des **clauses visant à assurer la continuité du service public** exécuté sur le domaine public.

Les modalités de contrôle

Le partenaire privé transmet des **rapports d'exécution** à la personne publique afin de la tenir informée.

De son côté, la personne publique doit être en mesure de réaliser des **contrôles de l'exécution** du contrat au moyen de **clauses contractuelles** qui précisent :

- Qui exerce les contrôles ;
- Les modalités d'intervention (qui ne doivent pas perturber la bonne exécution du contrat ;
- Les conséquences du contrôle ;

Les garanties et assurances

Certaines garanties peuvent venir en **complément de garanties légales**. Il peut s'agir, par exemple, d'une garantie à première demande visant à faire réaliser

des travaux de reprise après la période de travaux ou à assurer la qualité des prestations en fin de contrat.

Outre les garanties, la personne publique doit définir un **programme d'assurance** et veiller à ce que le partenaire privé contracte les assurances nécessaires pour l'exercice des prestations.

Les sanctions et pénalités

Le contrat doit prévoir les **modalités d'application** des pénalités. Il doit aussi **se prononcer sur leur caractère libératoire**. Classiquement également, le contrat fixe des **plafonds annuels**.

En cas d'inexécution ou d'une mauvaise exécution grave, la personne publique peut décider de reprendre le contrat en exécution directe : elle exerce les prestations du partenaire privé ou les fait exercer par un tiers, aux frais du partenaire privé.

Le contrôle sur la cession du contrat et de l'actionnariat de la société de projet

Le contrat peut venir préciser l'encadrement de la cession de parts de la société de projet attributaire du contrat (d'ores et déjà prévue par l'article 21 de la loi de 2015).

Les modalités de prévention et de règlement des conflits

Le contrat **privilégie le règlement amiable** (article 30 de la loi de 2015) dont il définit certains éléments :

- En fixant les **modalités de lancement de la procédure amiable** et celles de la **répartition du coût** de la conciliation ;
- En arrêtant la **composition de l'entité chargée de la conciliation** (expert seul ou collègue, etc.) ;
- En définissant les **modalités de désignation des intervenants** et leurs **modalités de travail** (échanges avec les parties, réunions), bien qu'il soit plus opportun de les laisser libre sur ce point ;
- En fixant un **délai maximum** ;

Le contrat peut prévoir d'avoir **recours à l'arbitrage**, auquel cas le droit tunisien est applicable.

La résiliation du contrat

Elle doit être **prononcée en dernier recours**. Il existe classiquement 3 cas de résiliation :

- La résiliation **pour faute** (la plus coercitive) ;
- La résiliation **pour motif d'intérêt général** ;
- La résiliation **pour cas de force majeure** ;



La résiliation emporte de **lourdes conséquences financières** pour la personne publique (paiement de pénalités et d'indemnité de résiliation, remboursement de frais et des coûts d'investissement, etc.).

4.2. L'exécution du contrat

Il est indispensable que la personne publique se dote des **moyens de suivre l'exécution du contrat**, à la fois **en interne** mais aussi en recrutant des **assistants chargés de contrôle** (article 32 de la loi de 2015).

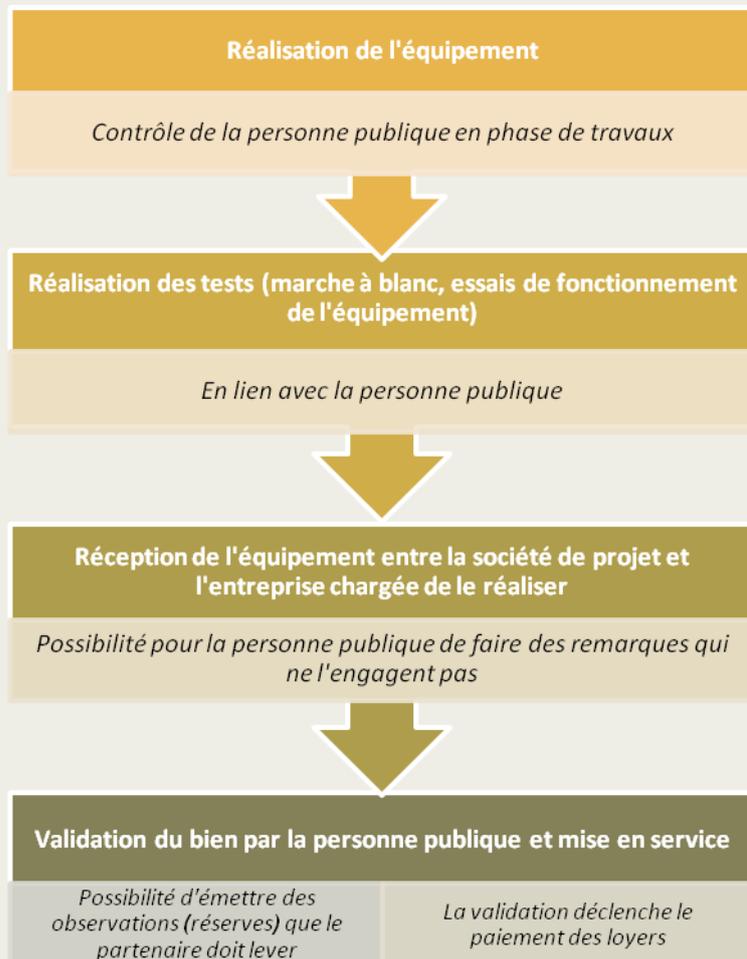
La Commission spéciale dédiée à la conclusion du contrat pourrait avoir un rôle en phase d'exécution.

Validation de l'investissement et mise en service

C'est une **étape fondamentale** :

- Elle **déclenche la rémunération** du partenaire ;
- Elle signe le **départ des prestations d'entretien-maintenance** ;
- Elle permet la **mise en service de l'équipement** après validation par la personne publique.

Schéma 12 : Etapes de la réception de l'équipement



Le rôle de l'Instance dans le suivi de l'exécution du contrat de partenariat

L'Instance exerce la majorité de ses missions au stade de la passation du contrat.

Au stade de l'exécution, la réglementation ne prévoit l'intervention de l'Instance que dans des **situations spécifiques** :

- En cas de **prolongation du contrat** (article 17 de la loi de 2015) ;
- Pour **s'assurer du respect par le partenaire privé de ses obligations** en matière de recours à la sous-traitance et aux PME, d'emploi de main d'œuvre nationale et d'utilisation de produits nationaux (article 32 de la loi de 2015) ;

Il peut être **utile de la solliciter en cas de modifications ou de résiliation du contrat**, ainsi qu'en cas d'application et contestation des pénalités.

Le rapport annuel et l'information de la personne publique

La réglementation impose à l'une et l'autre partie de **s'assurer de la bonne exécution du contrat** :

- Le partenaire privé doit rédiger à l'attention de la personne publique **un rapport annuel** (article 31 de la loi de 2015) ;
- La personne publique doit effectuer des **opérations de contrôle** (article 32 de la loi de 2015) ;

Il peut être pertinent d'organiser régulièrement des **réunions de suivi de l'exécution du contrat** avec des représentants du partenaire privé. A titre indicatif :

- Pendant la phase de réalisation : une réunion tous les mois ;
- Durant les 2 premières années de mise en service : une réunion tous les 2 mois ;
- Après les 2 premières années de mise en service : une réunion tous les 6 mois

Le contrôle de l'action de la personne publique

L'Instance dispose d'un **pouvoir de contrôle sur l'action de la personne publique** et peut, à ce titre, avoir **accès aux documents élaborés** dans le cadre du contrat et **visiter l'équipement**.



4.3. La fin du contrat

Sort des biens en fin de contrat

La qualité attendue des biens

Les obligations d'entretien-maintenance sous-tendent que **l'ouvrage sera remis en bon état d'entretien**. Il est préférable de prévoir dans le contrat le degré de qualité attendue en fin de mission.

La propriété des biens (matériels et immatériels)

- **Les biens de retour** : indispensables à la bonne exécution du service, ils doivent revenir gratuitement à la personne publique.
- **Les biens de reprise** : utiles à l'exécution du contrat, ils appartiennent au partenaire privé et peuvent être acquis à titre onéreux par la personne publique.
- **Les biens propres** : peu nécessaires mais néanmoins utilisés, ils restent propriété du partenaire privé.

Sort des contrats conclus par le partenaire

Le contrat doit prévoir le **sort des conventions conclues par le partenaire à l'achèvement contractuel**.

En premier lieu : Le contrat de partenariat doit **préciser si le partenaire privé est autorisé à passer ce type de conventions pour une durée dépassant le terme normal du contrat**.

En deuxième lieu : La personne publique doit avoir la **possibilité de dénoncer les contrats** si elle ne souhaite pas poursuivre l'exécution.

En troisième lieu : le partenaire privé doit adresser à la personne publique une **liste des conventions qu'il avait conclues afin d'effectuer la transition** entre le partenaire privé et la personne publique ou le prestataire suivant.

5. LE FINANCEMENT

La **constitution d'une société de projet** permet d'intégrer dans l'actionnariat les différents corps de métiers qui seront chargés de l'exécution du contrat.

L'actionnariat peut évoluer en cours d'exécution du contrat, mais les banques exigent **souvent une période minimale d'interdiction de son évolution**.

Le partenaire privé doit **détailler dans son offre les modalités de financement de l'investissement** réalisé dans le cadre du projet de partenariat. Cet **élément doit être déterminant dans l'appréciation de la qualité des offres** par la personne publique.

5.1. Financement privé

Part de fonds propres et part d'emprunt

Le **financement à 100% sur fonds propres est rare** dans la mesure où le contrat de partenariat englobe plusieurs missions de réalisation à la maintenance dont les montants cumulés sont en général élevés.

Il est plus avantageux pour le partenaire privé de préserver ses fonds propres et de **recourir à l'emprunt afin de lisser les coûts** de financement.

L'emprunt mobilisé peut être du **type** :

- **Financement de projet** : sans recours ou recours limité des établissements financiers vis-à-vis des sponsors du projet. Les garanties portent sur le bien financé ;
- **Financement sociétal « corporate »** : les prêteurs prennent également des garanties à la hauteur du financement sur l'ensemble de l'actif des actionnaires de la société de projet (la structuration financière du projet est donc plus longue et délicate) ;
- Recours au **marché obligataire** : les intérêts à régler en rémunération des obligations souscrites seront fonction de la notation du risque par les agences spécialisées, notamment au regard de la qualité de la signature de la personne publique qui versera les loyers à la société de projet (sur ce point, l'Etat est en général mieux noté que les collectivités, les intérêts sont donc moindres).



Cession et nantissement de créances

Le nantissement/cession de créances dans le cadre du financement d'un contrat de partenariat est une **forme de garantie accordée** par le partenaire aux établissements financiers/bailleurs de fonds du projet **sur les revenus qui seront gagnés par le partenaire privé** dans le cadre du projet de partenariat.

▪ Garantie du partenaire privé.

Il s'agit pour le partenaire privé de **céder tout ou partie des créances liées au contrat de partenariat, en contrepartie de l'obtention des fonds nécessaires** au financement du projet.

La créance doit répondre à certaines exigences de fond (être certaine, liquide et exigible au regard de l'article 2 de la loi n°2000-91 du 31 octobre 2000).

La cession de la créance doit comporter certaines mentions obligatoires (article 3 de la loi de 2000).

▪ Garantie de la personne publique débitrice

L'établissement financier détient une **action directe vis-à-vis du débiteur public** (article 8 de la loi de 2000). Cette forme de garantie permet de faciliter le financement et à faire baisser le coût du crédit supporté par le partenaire privé et, in fine, induire une baisse des loyers versés par la personne publique.

▪ Garanties partielles (« *partial riskguarantee* »)

Elles sont proposées par certains **bailleurs de fonds internationaux** (Banque Mondiale, Banque Africaine de Développement).

Elle couvre notamment les défauts de paiement d'une société d'Etat vis-à-vis d'un fournisseur privé. Les bailleurs de fonds se couvrent par un mécanisme d'action récursoire contre l'Etat.

5.2. Financement mixte

Il s'agit du cas où **le financier prend part dans le capital de la société de projet**. Les fonds parviennent à la société de projet :

- Par un **apport de fonds** effectué lors de la constitution de la société et la libération de ses actions ;
- Par une **augmentation de capital** ;
- Par un **apport en compte-courant associés/actionnaires** (forme de prêt de l'associé/actionnaire à la société de projet).

La personne publique peut également **participer au capital** de la société de projet (article 20 de la loi de 2015), ce qui est de nature à rassurer les établissements financiers.

5.3. La cristallisation des taux

La cristallisation des taux d'intérêts

Cette technique **évite de subir une variation des taux d'intérêt et d'emprunt contractés par la société de projet pour le financement**.

La personne publique peut exiger de la société de projet de souscrire auprès des banques des instruments d'échange de taux (dits « **swap de taux** ») afin de ne pas subir une évolution du taux du crédit.

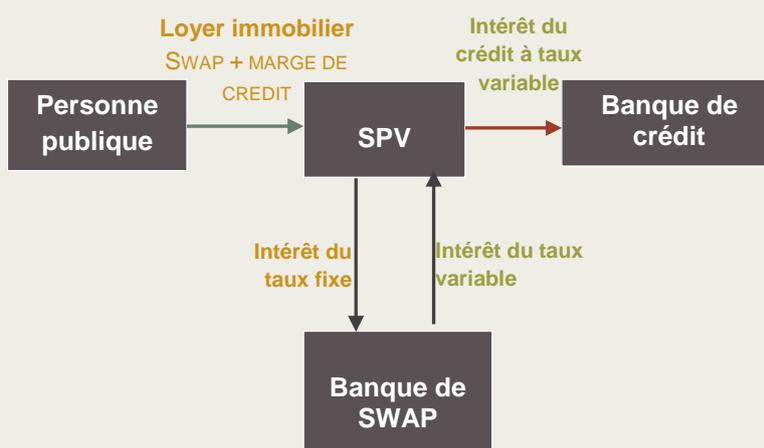
La cristallisation se divise en 2 étapes :

- Une notification au partenaire privé de la décision de la personne publique de cristalliser les taux de base ;
- Une mise à jour concertée du modèle financier par les conseils financiers des parties.

Objectifs :

- Connaître à la signature du contrat le coût maximal du projet ;
- Assurer un suivi du contrat d'un point de vue financier
- Limiter le surcoût du projet en neutralisant les taux.

Exemple de schéma de SWAP de taux (source MAPPP)



La cristallisation des taux de change

Le risque de change existe si le partenaire privé **se finance à l'étranger** ou **apporte des fonds propres de l'étranger**, auquel cas **l'emprunt ne sera pas souscrit en dinars tunisiens** mais dans une autre devise.



Le risque de change serait lié à la **variation possible à la hausse ou à la baisse du taux de change** de cette devise étrangère vis-à-vis du dinar tunisien.

Conseil : Certains paiements destinés au projet ne servent pas à couvrir les frais en monnaie locale. Il est donc pertinent de les **libeller certains paiements dans la monnaie étrangère ou indexer ces paiements en monnaie locale**.

Les entrées et sorties de devises

Les investissements en devises faits en Tunisie sont réalisés par le biais d'**intermédiaires financiers agréés** au moyen d'une **fiche d'investissement** (Circulaire de la Banque Centrale de Tunisie n°9305 du 5 avril 1993). Ils ont pour mission de :

- **Veiller à la régularité des opérations** et en rendre compte à la Banque centrale;
- Lui rendre également compte du **pouvoir d'autorisation** dont ils sont investis (article 45 du décret n°77-608 du 27 juillet 1977, fixant les conditions d'application de la loi n°76-18 du 21 janvier 1976).

La **fiche d'investissement** est une **condition sine qua non de la conformité légale de l'investissement** :

- **Etablie en 3 exemplaires** : Intermédiaire agréé + Investisseur + Banque Centrale + (optionnel) entité bénéficiaire des fonds transférés ;
- **Communiquée à la Banque Centrale dans les 10 jours** suivant la réalisation de l'investissement (sinon, les fonds sont retournés au donneur d'ordre).

La garantie vis-à-vis des prêteurs : la tripartite

La convention tripartite met en relation :

- **La Personne Publique** ;
- **Le Partenaire Privé** ;
- **L'établissement bancaire**.

Conseil : Afin de **clarifier les droits et obligations de chacun**, il est judicieux de **passer une convention entre ces 3 parties notamment qui** :

- Garantit à la personne publique **la continuité du service** ;
- Clarifie les **modalités de reprise du projet** et des ouvrages à la fin du contrat ;
- Clarifie les **modalités d'affectation des loyers et de l'éventuelle indemnité** au bénéfice de l'établissement bancaire ou financier **en cas de résiliation**.

Les possibilités de *step-in* du prêteur

Il s'agit de donner la **possibilité à l'établissement bancaire ou financier de remplacer le partenaire privé défaillant** (article 36 de la loi de 2015).

Cette possibilité permet de mobiliser de manière plus efficace les fonds pour le projet.

Conseil : L'exercice de la clause de *step in* doit être clairement délimité dans les documents contractuels (s'agissant du transfert de responsabilités entre le partenaire défaillant et l'établissement bancaire, de la date effective de ce transfert)

Les questions fiscales et comptables

Il est nécessaire de tenir compte de l'impact fiscal de chaque montage PPP. Cet impact fiscal peut, dans certaines situations, constituer un élément différenciant entre les véhicules juridiques proposés.

De même, en matière comptable, le partenaire privé doit communiquer à la personne publique les informations comptables requises.

A cet égard, il faut prendre en considération l'exception consacrée par **l'article 23 de la loi de 2015 sur les contrats de partenariats**, qui dispose que :

« Nonobstant les dispositions l'article 39 du code de comptabilité publique, la rémunération versée par la personne publique est calculée après soustraction de l'ensemble des redevances qui lui reviennent, en contrepartie de l'autorisation de la société du projet, d'exploiter, d'une façon secondaire, quelques services ou ouvrages en rapport avec le projet ».

6. LE CONTENTIEUX DES CONTRATS DE PARTENARIAT

6.1. Le contentieux précontractuel

Au regard de ses éléments (présence d'une personne publique, implication de deniers publics, intérêt général), le contrat de partenariat est un contrat administratif.

En matière précontractuelle, le contentieux relève directement du juge administratif et, le cas échéant, du Conseil de la Concurrence.

Les recours devant les juridictions administratives sont gouvernés par la loi organique n°96-39 du 3 juin 1996,



modifiant la loi n°72-40 du 1er juin 1972 relative au tribunal administratif :

- Le recours contre la décision que l'on souhaite attaquer doit **être introduit dans les 2 mois suivant sa publication ou sa notification** (article 37 de la loi de 1996) ;
- Un **sursis à exécution, mesure d'urgence**, peut être obtenu en attendant la décision du juge (section IV de la loi de 1996).

6.2. Le contentieux contractuel

Le contrat de partenariat doit prévoir qu'avant d'engager toute procédure contentieuse, il convient de **privilégier des mécanismes de règlement amiable** (article 30 de la loi de 2015).

Le règlement amiable des différends en matière de PPP

▪ Règlement amiable direct

Il s'agit d'**échanges bilatéraux** conduisant par exemple à :

- La signature d'un avenant remédiant au problème ;
- La renonciation de sommes d'argent ;
- Des réductions, compensations ;
- Des engagements de faire ou de ne pas faire, etc.

Conseil : il peut être judicieux d'inclure, dans une clause de règlement amiable, le délai à l'issue duquel les parties passent à l'étape suivante du règlement contentieux.

▪ La médiation

Le médiateur est **neutre et impartial**. Il est là seulement pour **faciliter la communication** autour du litige et les amener à adopter elles-mêmes la solution la plus adaptée. Il **n'influence pas la solution**.

▪ La conciliation

Quand le **dialogue est trop difficile pour que les parties aboutissent à un accord amiable** facilité par une simple médiation, les parties peuvent recourir à la conciliation.

Le conciliateur fait une **proposition de règlement que les parties sont libres de mettre en œuvre ou non**.

▪ Le recours à l'Expert Indépendant

Il est possible de recourir à un expert indépendant dans 3 cas :

- **Le recours à l'expert via une clause contractuelle** qui envisage le possible recours à un expert pour répondre à des questions bien précises. Le contrat doit prévoir si l'avis de l'expert est contraignant et s'il lie ou non les parties.
- **La désignation d'un expert par un juge étatique ou un tribunal arbitral** si l'appréciation d'une question d'ordre technique ne peut être faite par le juge ou le tribunal arbitral.
- **La désignation d'un expert par l'une des parties** pour appuyer ses prétentions et allégations dans le cadre d'une procédure judiciaire ou arbitrale.

Attention : si la clause n'est pas suffisamment précise, elle peut être inopérante (par exemple, l'indication du domaine d'expertise visé par la clause, l'indication du profil de l'expert à désigner, l'indication des délais dans lesquels l'avis est rendu, la détermination du coût horaire, etc.).

Le règlement contentieux des différends en matière de PPP

En cas d'échec d'une procédure amiable, le règlement contentieux peut s'avérer nécessaire pour solder un différend.

S'agissant de la compétence des tribunaux :

- **Si le différend survient entre l'Etat tunisien et un investisseur tunisien** (contrôlé par des actionnaires majoritairement tunisiens), le recours aux tribunaux nationaux est de principe, tandis que les conventions d'arbitrage sont d'exception.
- **Si le différend survient entre un investisseur étranger et l'Etat tunisien**, le recours aux tribunaux nationaux et celui à l'arbitrage international sont de principe.

▪ Le recours aux tribunaux nationaux contre le PPP

Le contrat de partenariat relève nécessairement de la **compétence du juge administratif**.

Ce dernier peut prendre toutes sortes de mesures **jusqu'à prononcer l'annulation du contrat**.

▪ L'arbitrage

Il peut être prévu par le contrat via **une clause compromissoire**, mais le recours à un arbitre peut être décidé par les parties par un **compromis d'arbitrage**.

- L'arbitre doit **être compétent pour trancher le litige**.



- Une fois sa compétence établie, une **procédure contradictoire** est entamée. L'arbitre auditionne les parties avec leurs conseils et rédige des rapports, plaident et présentent les preuves.
- A l'issue de cette phase, la cour arbitrale rend une **sentence**.

Note : L'investisseur peut, en l'absence d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, avoir recours à un **arbitrage unilatéral** (« *Umbrella Arbitration* » ou « *Arbitration Without Privity* ») si l'Etat duquel il ressort a ratifié un traité de protection et de promotion des investissements avec l'Etat tunisien.

Dans le cas où l'investisseur aurait subi un mauvais traitement de la part de l'Etat tunisien, il pourrait **se tourner devant un tribunal arbitral international** (le plus souvent CIRDI).

L'arbitrage est un élément de la bancabilité du projet dans la mesure où il facilite et assouplit le règlement des conflits. De ce fait, il est très régulièrement prévu dans les contrats de partenariat.

