

## **Evaluation du projet de loi sur le partenariat public privé au Liban**

Par **Lara Karam-Boustany**

Docteur en droit,

Maître de conférences à l'Université Saint-Joseph

Le droit s'intéresse désormais à des appellations qui, en droit, n'ont aucun sens! Tel est le cas de la dénomination «contrat de partenariat» qui, au mieux, constitue une redondance: tout contrat n'est-il pas, par définition, un partenariat?

L'engouement pour cette technique contractuelle, inspirée des pratiques anglo-saxonnes, s'inscrit dans le contexte de la globalisation juridique et son développement est «toujours le résultat d'une forte volonté politique et de l'adoption d'un cadre juridique précis» (Eric Besson). En partie lié au programme d'externalisation lancé par différents gouvernements, l'intérêt porté à ces contrats s'explique par les avantages qui leur sont reconnus. En effet, l'implication du secteur privé, dans le secteur public, à travers le contrat de partenariat, permet une meilleure répartition des risques, la diminution des coûts d'emprunt, notamment au niveau du lancement du projet, la mise sur pied d'une gestion claire et, surtout, elle incite le secteur privé à intégrer l'aspect service public du projet et le secteur public à mieux identifier les services commerciaux pouvant aider à le rentabiliser. L'implication du secteur privé sera d'autant plus grande que les risques seront mieux identifiés et mieux répartis, à savoir pour le secteur public: minimiser les risques politiques, réglementaires et ceux liés à la planification du projet tandis que le secteur privé devra supporter les risques liés à la conception, au financement et à la construction (F. Melleray). Ce schéma idéaliste doit pourtant être relativisé: l'expérience britannique récente a montré que si, dans la phase de la conception 75% des projets de FPI sont bons, seulement 25% des projets réalisés sont uniquement satisfaisants.

Le Liban, et contrairement à ce que l'on a pu constater ailleurs, a commencé par recourir au partenariat public privé, plus particulièrement aux BOT, avant même de se doter d'un texte les réglementant. Le contentieux de ces contrats, porté devant le Conseil d'État libanais, a largement limité les intérêts qui s'y attachent. En effet, pouvant être qualifiés de concession de service public par le Conseil d'État, les BOT ont perdu une grande partie de leur flexibilité d'autant plus que, au Liban, l'article 89 de la Constitution exige une loi pour l'octroi d'une concession de service public.

C'est dans ce contexte que le Gouvernement a décidé de rédiger un projet de loi sur le PPP au Liban. Ce projet a été préparé à une époque où les relations entre le

Conseil des ministres et la présidence de la République n'étaient pas au beau fixe. Le décret le transmettant au Parlement n'ayant pas été signé par le président de la République Emile Lahoud, le gouvernement décide alors de passer outre et de recourir à la technique du décret exécutoire de plein droit que lui reconnaît l'article 56 de la Constitution. Le projet est ainsi transmis au Parlement, sans la signature du président, et publié au JO du 25 octobre 2007. Le Parlement ayant été empêché pendant une longue durée de se réunir, le texte n'a toujours pas été voté.

Le projet s'intitule *«projet de loi visant à réglementer le partenariat entre le secteur public et le secteur privé»*. Il se veut d'application générale, sauf textes contraires, et sacrifie à la mode anglo-saxonne de définir les mots-clefs qu'il contient. C'est ainsi que par secteur public il faut entendre *«les administrations et établissements publics de l'Etat ainsi que les municipalités et les fédérations municipales»*. Le partenaire privé désigne les *«établissements du secteur privé locaux et étrangers quelle que soit leur nature juridique»*. Le partenariat, quant à lui, est défini comme toute *«coopération entre le secteur public et le secteur privé pour financer ou construire ou moderniser ou développer ou restaurer ou entretenir ou gérer des projets à caractère public»*, alors que le contrat de partenariat est le *«contrat liant la personne publique et le partenaire privé et qui précise l'objet du partenariat, ses conditions et son régime juridique»* et, finalement, par Conseil il faut comprendre le Conseil supérieur de la privatisation. L'article 3 du projet définit l'objet du contrat de partenariat qui peut porter sur *«tout ou partie»* des éléments suivants:

*«1) Préparer des études et/ou les projets pour construire ou améliorer ou restaurer des ouvrages publics ET exécuter les travaux et les entretenir OU les gérer et les exploiter*

*2) Exécuter tout projet d'utilité publique, le gérer et l'exploiter*

*3) Acheter des équipements, les entretenir, les exploiter, les moderniser et les améliorer dans le cadre de l'exécution d'un contrat de partenariat*

*4) Financer tout ou partie des travaux prévus par les § précédents et, de manière générale, apporter toute aide au secteur public dans son exécution de prestations publiques»*.

Les dispositions qui suivent reconnaissent au Conseil supérieur de la privatisation un rôle important en la matière notamment au niveau de l'évaluation préalable, de la mise en concurrence, de la rédaction des futurs contrats de partenariat et du contrôle de l'exécution par le partenaire privé de ses obligations contractuelles. Le projet de loi désigne le Conseil des ministres comme autorité de ratification du contrat après sa signature par la personne publique. Il prévoit, également, un certain nombre de clauses obligatoires que doit comporter nécessairement tout contrat de partenariat (travaux à la charge du partenaire, mode de financement, durée du contrat qui ne peut pas dépasser les 25 ans, éléments de l'évaluation du partenaire, répartition des risques, détermination des biens de

l'administration mis à la disposition du partenaire ...) et il renvoie à des décrets d'application qui seront pris en Conseil des ministres.

Une lecture approfondie de ce projet permet de lui adresser un double reproche: il est fort mal rédigé et ne protège pas suffisamment les intérêts en présence.

## **I – Une rédaction défectueuse**

Le projet de loi sur le PPP au Liban est mal rédigé: il est imprécis voire inintelligible et incomplet. Si tel est le constat, comment l'expliquer?

### **A) Le constat**

La lecture du projet montre que, d'une part, il adopte une distinction ambiguë entre le PPP en général et le contrat de partenariat en particulier, d'autre part, il détermine mal l'objet du contrat de partenariat et, enfin, il ne se prononce pas sur sa nature juridique.

#### **1) Une distinction ambiguë**

Le projet a pour intitulé «projet de loi visant à réglementer le partenariat entre le secteur public et le secteur privé» et donne une définition du PPP suivie d'une définition du contrat de partenariat. Pour un juriste, l'existence de deux définitions peut être interprétée de deux manières:

**\* Soit le CP est conçu par les rédacteurs du projet comme un simple *instrumentum* précisant ce que l'administration a voulu, à un moment donné, traiter par voie de partenariat.**

**\* Soit le contrat de partenariat est considéré comme une nouvelle espèce de contrat, une sorte de contrat spécial, et les rapports qu'il entretiendra avec le PPP seraient les rapports de l'espèce au genre: tout contrat de partenariat est un PPP mais tout PPP ne prend pas nécessairement la forme d'un contrat de partenariat.**

**1<sup>ère</sup> interprétation: le contrat de partenariat est un *instrumentum*.** A l'appui de cette interprétation se trouve l'article 2 du projet qui définit le contrat de partenariat de «*contrat liant la personne publique et le partenaire privé et qui précise l'objet du partenariat, ses conditions et son régime juridique*». Cette interprétation est, toutefois, contrecarré par deux éléments, également textuels:

- Si le contrat de partenariat n'est qu'un simple *instrumentum* pouvant recevoir les contenus les plus divers, quelle est l'utilité de l'article 3 qui, après la définition générale de l'article 2, s'empresse de l'expliquer par son contenu?
- Si le contrat de partenariat n'est qu'un *instrumentum*, et étant donné la définition très large du PPP adoptée par le projet (ou ...ou... ou...), tout contrat passé par l'administration, du simple emprunt public au marché de travaux publics le plus complexe, serait contrat de partenariat. Il y aurait ainsi,

non seulement, une confusion entre le genre et l'espèce mais, également, une confusion des espèces entre elles.

*2<sup>ème</sup> interprétation: le contrat de partenariat est un contrat spécial défini par son objet.* Une pareille interprétation peut également se fonder sur le texte du projet. En effet, le caractère alternatif des objets du PPP tel que défini par le texte (ou...ou...ou...) ne coïncide pas avec la mission globale des contrats de partenariat, mission globale qui généralement fonde et justifie le recours à de tels contrats. En l'espèce, cette mission globale peut être déduite de l'article 3 du projet mais, également, de l'exposé des motifs l'accompagnant puisque, qualifiant le contrat de partenariat de «technique juridique moderne», l'exposé met l'accent sur l'intérêt des contributions techniques **et** du financement apportés par le secteur privé.

Le contrat de partenariat est donc, nonobstant les imperfections de rédaction, un contrat spécial défini par son objet mais les déficiences du texte empêchent de le déterminer.

## **2) Un objet mal déterminé**

Le contrat de partenariat se caractérise par la mission globale confiée au tiers. Ce principe n'est pas remis en cause par le projet, mais la distinction entre ce qui est alternatif et ce qui ne l'est pas est loin d'être d'une grande limpidité.

Si la définition du contrat de partenariat adoptée en France n'est pas, selon les auteurs français, l'exemple à suivre puisque prévoyant, à l'intérieur de chaque élément obligatoire, une série d'alternatives, le projet libanais n'est certainement pas un modèle de clarté puisqu'il opte pour un système encore plus compliqué: il commence par proposer des objets alternatifs qui peuvent se cumuler et, à l'intérieur de chaque alternative, il prévoit d'autres alternatives et/ou des objets obligatoires.

Et ce n'est pas tout !! A partir du moment où l'article 3 commence par affirmer que le contrat de partenariat peut englober tout ou partie des prestations suivantes et que, parmi ces prestations, se trouve isolé, dans un dernier paragraphe, le financement privé, l'on peut légitimement se demander si le financement privé, principal attrait du contrat de partenariat, est un élément obligatoire de ce dernier?

## **3) Une nature juridique éclipsée**

Parallèlement à un excès de zèle – ou d'imagination ! – dans la description de l'objet du contrat de partenariat, le projet reste silencieux sur sa nature juridique. Il est vrai que les critères jurisprudentiels de détermination du contrat administratif suffiront pour combler cette lacune, mais un tel silence mérite d'être souligné car il rejoint l'explication de cette rédaction défectueuse en ce sens qu'il pourrait s'agir moins d'un oubli que d'une préméditation.

Comment expliquer toutes ces imperfections qui touchent la base même du projet et sa raison d'être?

### **B) L'explication**

Ce projet est soit un texte reprenant, avec une mauvaise traduction, une étude rédigée par un Cabinet de conseil anglais ou américain et transposant, sans égards pour le système juridique libanais, des pratiques anglo-saxonnes. Soit c'est un texte rédigé localement et qui laisserait transparaître un malaise chez les rédacteurs. Deux éléments peuvent être avancés pour étayer ces explications:

- Tout d'abord, ce projet traduit une volonté de regrouper, derrière une appellation générique neutre «contrat de partenariat», différents contrats déjà expérimentés, notamment dans les pays anglo-saxons, et que le projet d'ailleurs s'empresse de citer comme illustrations non exhaustives du PPP (BOT, ROT, DBOT). Le contrat de partenariat serait ainsi un contrat-cadre susceptible de recevoir les tableaux les plus divers.
- Ensuite, et surtout, l'on ressent dans ce projet la volonté de définir le PPP et le contrat de partenariat en dehors de toute référence au service public afin, probablement, de contourner, à la fois, l'article 89 de la Constitution libanaise et la jurisprudence du Conseil d'État qui voit dans les BOT une concession de service public. Cette jurisprudence est certainement critiquable (comment peut-on confondre le BOT avec la concession de service public lorsque que le *Build operate transfer* ne transfère la propriété de l'ouvrage bâti à la personne publique qu'une fois le contrat arrivé à terme, alors que l'ouvrage utilisé lors d'une concession de service, voire l'ouvrage construit et exploité si la concession de service se double d'une concession de travaux, appartient *ab initio* à la personne publique?) mais tel est l'état du droit positif. Le «silence» du projet sur les liens avec le service public est tellement maladroit qu'il devient plus éloquent que les textes exprès. C'est ainsi que l'on constate que l'allusion au service public ( ) est remplacée par le recours à des notions comme prestations publiques ( ) ou encore la gestion et l'exploitation de projets à caractère public. Et ce n'est pas tout: la première illustration que le projet de loi donne du partenariat est, justement, celle qu'il fallait éviter, à savoir le BOT. Ici, l'on n'est plus au stade de la maladresse. On frappe à la porte de l'inconstitutionnalité: en faisant du BOT, concession de service public en l'état actuel du droit positif libanais, un PPP régi par cette loi et auquel les personnes publiques pourraient recourir sans autorisation législative préalable, ce projet délégaliserait, sans limitation dans le temps, une matière appartenant, selon la Constitution, au seul pouvoir législatif.

Une rédaction défectueuse donc, mais, également, une protection insuffisante des partenaires !

## II – Une protection insuffisante

Le texte envoyé au Parlement comporte de nombreuses déficiences en matière de protection des intérêts des personnes en présence. Dans le cadre d'une intervention orale l'on se contentera de n'en citer que les plus regrettables.

### A) Lacunes dans la protection des intérêts du secteur privé

Il est clair que le contexte politico-économique au Liban est le premier frein aux investissements privés dans le secteur public. Le projet de loi évalué aujourd'hui n'arrange pas les choses: tout d'abord, il n'assure pas aux investisseurs privés un environnement fiscal et juridique propice, ensuite, il ne protège pas suffisamment le financement privé et, enfin, les modalités de passation des contrats de partenariat prévues ne sont pas très attrayantes.

#### 1) Environnement fiscal et juridique peu propice

Encourager les investissements privés nécessite de leur reconnaître certains avantages fiscaux et de prévoir des lois protectrices. Le projet de loi sur le PPP au Liban n'assure aucun de ces environnements.

*L'environnement fiscal.* Le projet de loi reste muet sur les avantages fiscaux qui doivent normalement accompagner un contrat de partenariat pour attirer les investisseurs (ex: exemption de la TVA). Il se contente d'affirmer que ses dispositions n'excluent pas l'application de la loi n° 360 du 16 août 2001 visant à encourager les investissements au Liban. Or, la loi à laquelle le projet renvoie ne concerne que les investissements dans des secteurs bien déterminés et limitativement énumérés à savoir: l'industrie, l'agriculture, l'agro-alimentaire, le tourisme, l'informatique, la technologie, les communications et les médias. Qu'en est-il pour les autres secteurs susceptibles d'être l'objet de contrats de partenariat? De plus, même pour les secteurs susmentionnés, la loi n° 360 divise le territoire libanais en 3 zones géographiques (A, B et C) et applique des réductions fiscales différentes selon que le projet se situe dans telle ou telle zone. Quelle serait alors le sort d'un contrat de partenariat dont l'exécution s'étalerait sur plus d'une zone?

*L'environnement juridique.* Le partenaire de l'administration est mal protégé par ce projet de loi. Trois exemples illustreront les lacunes sur ce point:

- Le projet opère des renvois trop fréquents à des décrets d'application or les actes de l'Exécutif ne sont pas nécessairement ceux qui assurent la plus grande stabilité juridique.
- Le projet établit une liste de clauses obligatoires que doit prévoir tout contrat de partenariat, comme les devoirs du partenaire et les sanctions qu'il encourt en cas de manquement à ses obligations. Parallèlement à cela, rien n'est dit sur les conditions de modification ou de résiliation, par avenant ou unilatéralement, du contrat en cas d'évolution des besoins de la personne publique.

- Le projet porte atteinte à l'égalité devant la commande publique. En effet, lorsque l'initiative du partenariat provient d'un investisseur privé, le texte prévoit la possibilité de lui reconnaître certains avantages, voire une priorité si le projet est retenu. En termes d'égalité entre les candidats ce n'est certainement pas la meilleure solution ! Au lieu de lui reconnaître un avantage dans l'octroi du contrat, il aurait mieux fallu prévoir son indemnisation au cas où sa candidature n'est pas retenue.

## **2) Protection non renforcée du financement privé**

En effet, le projet, dans sa rédaction actuelle, n'apporte pas de garanties suffisantes au financement privé: s'il envisage, au profit du partenaire, une mise à disposition du domaine public, il ne prévoit ni la possibilité de constituer des droits réels sur les ouvrages qui seront construits dessus, ni la possibilité de céder aux banques une partie de la créance sur la personne publique en guise de garantie de l'emprunt contracté.

## **3) Modalités de passation peu attrayantes**

*S'agissant de l'évaluation préalable prévue par le texte.* Le projet reconnaît cette prérogative au Conseil supérieur de la privatisation qui doit respecter, dans l'évaluation, certains principes. Le Conseil supérieur de la privatisation, institué par la loi n° 228 du 31 mai 2000 est présenté, dans l'exposé des motifs, comme étant un conseil indépendant. Or, étant donné sa composition (à savoir: le premier ministre, le ministre de la Justice, le ministre des Finances, le ministre de l'Economie et du Commerce, le ministre du Travail ainsi que tout ministre intéressé par le projet), comment peut-il être indépendant en étant à la fois juge et partie? De plus, les principes qui doivent guider le choix du Conseil mélangent à la fois des critères économiques et financiers à des considérations de «nécessité visant à combler des lacunes du secteur public», le tout évalué selon un bilan entre le coût et les avantages du projet. Comment contrôler, dans ces conditions, une telle évaluation d'autant plus que, si le projet de loi impose au Conseil supérieur de la privatisation le respect des principes qu'il énumère, il reste silencieux sur une éventuelle obligation de motivation donc de retranscription des principes imposés?

*S'agissant des procédures de mise en concurrence en vigueur au Liban.* Un travail de refonte est nécessaire car elles ne sont pas nécessairement les plus égalitaires (il faut prévoir des règles de publicité plus complètes, revoir les documents exigibles par l'administration mais également s'interroger sur le sort des candidats écartés...).

*S'agissant de la ratification du contrat de partenariat par le Conseil des ministres.* Une fois signé par la personne publique intéressée, le contrat de partenariat est transféré au Conseil des ministres pour ratification. Etant donné les intérêts financiers en jeu, le principe d'un accord du Conseil des ministres n'est

---

pas critiquable en soi mais, tel que prévu, et dans le contexte politique libanais, il présente des inconvénients formant autant d'obstacles aux investissements privés: aucun délai n'est imparti au Gouvernement pour prendre sa décision, aucune solution n'est prévue, en cas de refus, pour indemniser le partenaire de l'administration qui a dû engager des frais et cela sans parler de la pratique de l'unanimité, ou presque, qui s'installe au Conseil des ministres, rendant difficile l'adoption de n'importe quelle décision.

### **B) Imperfections dans la protection des intérêts du secteur public**

Le projet de loi n'est pas sans défendre les intérêts du secteur public (ex: obligation imposée au partenaire de conclure un contrat d'assurance afin de prémunir l'administration contre toute défaillance dans l'exécution du contrat) mais les tares du projet restent importantes. On en dénombre notamment trois.

#### **1) Un domaine public mal protégé**

La loi prévoit une mise à disposition de biens du domaine public pour la durée du contrat. Mais que faut-il entendre par «mise à disposition»? Cette disposition signifie-t-elle que le contrat de partenariat emporte autorisation d'occupation du domaine public? Et pourquoi aucune allusion n'est faite au nécessaire respect de l'affectation des biens?

#### **2) Des autorités locales lésées**

Le projet prévoit que la loi s'appliquera aux administrations et établissements publics de l'Etat ainsi qu'aux municipalités et fédérations municipales. En soumettant le contrat de partenariat à la ratification du Conseil des ministres, sans distinction entre les administrations étatiques et les autorités locales, le projet de loi a porté atteinte à l'autonomie de ces dernières en leur imposant, en plus du caïmacam, du mouhafez et du ministre de l'Intérieur, une nouvelle autorité de tutelle plus sévère car plus éloignée. Serait-il impensable de voir dans une telle disposition une atteinte à l'effet cliquet en matière de protection de l'autonomie locale?

#### **3) Des services régaliens bafoués**

L'article 13 du projet prévoit la possibilité de permettre au partenaire, par décret en Conseil des ministres, la perception des impôts et taxes au profit de l'administration concernée. Etant donné la définition très large de la privatisation au Liban (privatisation de la propriété mais également privatisation de la gestion) et la décision du CC n° 4/2000 affirmant que «les services publics ne pouvant faire l'objet d'une privatisation sont les services publics nationaux dont l'existence est requise par la Constitution ainsi que ceux qui doivent toujours être le propre du secteur public, à savoir de l'Etat et de ses institutions tels que les services publics administratifs», n'y aurait-il pas là atteinte à la Constitution *via* la privatisation de la gestion d'un service public administratif, voire d'un service public régalien?

Un texte mal rédigé, peu respectueux des intérêts en présence et frôlant l'inconstitutionnalité, ainsi se présente le projet de loi sur les PPP au Liban.

Pour remédier à ces défauts deux solutions peuvent être préconisées. La première est certainement la plus timide mais probablement la plus réaliste: réécrire le projet de loi. La deuxième solution est plus timorée. Elle consiste, afin de ne pas écarter les autres partenariats, à proposer la rédaction d'un Code général de la commande publique consacrant la liberté contractuelle des personnes publiques et prévoyant, à côté d'une partie générale, une partie consacrée aux contrats spéciaux dont, notamment, les contrats de partenariat, les marchés publics mais, également, la concession de service public. Pour cela, il est nécessaire de ne plus confondre entre contrat de partenariat et PPP, entre BOT et concession de service public et admettre que l'article 89 de la Constitution libanaise ne signifie pas qu'il faut une loi pour réglementer chaque concession de service public mais qu'il faut, à chaque fois, une autorisation législative pour pouvoir recourir à la technique contractuelle de la concession.

C'est, peut-être, à ce prix que les mots en droit auront, de nouveau, un sens!

