

LA PROMOTION DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE PAR LES AIDES PUBLIQUES DANS L'ESPACE UEMOA

Par

Séni Mahamadou OUEDRAOGO
Maître de conférences agrégé
Université Ouaga II, Burkina Faso

SOMMAIRE

- I. UNE NECESSITE AVEREE
- A. UN CADRE HARMONISE
 - 1. Un dispositif communautaire contraignant
 - 2. Des dispositifs d'aides nationaux incomplets
- B. UN RECOURS INDISPENSABLE AUX FINANCEMENTS EXTERNES
 - 1. L'incontournable concours des partenaires financiers
 - 2. L'offre complémentaire des acteurs privés
- II. UNE EFFICACITE LIMITEE
- A. LE MIRAGE DES AIDES PUBLIQUES
 - 1. L'importance des aides publiques dans la réalisation des contrats de partenariat
 - 2. Les inconvénients induits par les aides publiques
- B. LA REALITE DES CONSEQUENCES RESULTANT DES AIDES PUBLIQUES IRREGULIERES
 - 1. Le contrôle des aides publiques
 - 2. La mise en jeu de la responsabilité contractuelle des Etats

« Les Etats africains doivent se doter d'outils indispensables à l'évaluation des risques budgétaires liés à la mise en œuvre des projets PPP »¹. Telle est la principale recommandation issue du séminaire de formation conjointement organisé les 02 et 03 novembre 2017 à Ouagadougou par le ministère de l'économie, des finances et du développement du Burkina Faso et le Fonds Monétaire International (FMI). Cette recommandation met le curseur sur la prévention des risques liés au développement des contrats de partenariat. Au surplus, elle interpelle les gouvernants sur la nécessité d'une meilleure gestion des risques budgétaires relatifs aux investissements innovants². La légitimité du besoin d'infrastructures ne doit pas favoriser des choix politiques hasardeux. En effet, la Banque mondiale estime que le continent africain doit dépenser 93 milliards de dollars (44% pour l'énergie, 23% pour l'eau et l'assainissement, 20% pour les transports, 10% pour les TICS et 3% pour l'irrigation) pour combler son manque d'infrastructures³. Or, c'est dans un contexte marqué par la crise financière, la baisse des investissements directs et des recettes inhérentes à la chute des cours des matières premières d'exportation que les Etats africains doivent trouver les ressources nécessaires. Face à cette équation, les acteurs internationaux préconisent la recherche de ressources complémentaires, voire alternatives de financement accordant une place de première importance aux investissements privés⁴. A l'issue d'une mission qu'il a effectué au Sénégal, le Fonds monétaire international a recommandé au gouvernement de réduire le niveau de sa dette et de trouver les moyens pour financer ses programmes et faire des efforts pour améliorer les recettes⁵.

La mise en œuvre de ce nouveau paradigme nécessite de nouveaux outils économiques tels que les contrats de partenariat public-privé⁶. Comme par enchantement, les Etats africains semblent y avoir trouvé les solutions aux différentes entraves aux développements. Sous la poussée de nombreuses organisations internationales, les Etats africains se sont parés de leurs meilleurs atouts. Ils se sont inscrits, à travers le Projet Doing Business⁷, dans la rénovation accélérée de leur cadre d'investissement. Ils ont presque tous renforcé l'attractivité de leur territoire à travers l'adoption de nouveaux cadres normatifs de promotion et de protection des investissements privés⁸. Les contrats de partenariat trouvent ainsi leur place dans le paysage de la commande

¹ Voir Vincent PIRON, « Partenariats publics-privés : Recommandations et mises en garde pour les relations avec le secteur privé », Ouagadougou, 2 novembre 2017, 37 p., Document non publié.

² Frédéric MARTY, « Une arme à double tranchant ? Le recours aux partenariats public-privé et la maîtrise des risques budgétaires », *Revue française d'administration publique*, vol. 163, no. 3, 2017, pp. 613-630.

³ Voir Financial Afrik, « Le Nepad lance son agenda 5% pour le financement des infrastructures en Afrique, 19 septembre 2017 », Disponible sur <http://www.financialafrik.com>.

⁴ Voir : L. RICHER, « Un modèle international : l'opération de PPP », CP-ACCP, JUIN 2010, n°100, pp. 25 et s.

⁵ Fonds Monétaire International, « Les services du FMI achèvent une mission de revue au Sénégal », Communiqué de presse n°17/360 du 19 septembre 2017, Disponible sur <http://www.imf.org/fr/news/articles/2017/09/19/pr17360>.

⁶ Voir : Stéphane BRACONNIER et R. NOGUELLOU, « L'influence de la crise économique sur les marchés publics et contrats de partenariat public-privé », RD imm. 2010, p. 24 et s. ; Claudie BOITEAU, « Les techniques contractuelles : les partenariats public-privé », *Revue française de finances publiques*, n° 109, 2010, page 91 ; Anne BREVILLE, *Les contrats de partenariat public-privé : guide pratique : Découvrir et comprendre les PPP*, Editions du Secteur Public, 2010, 158 pages.

⁷ Le Projet Doing Business est un instrument de la Banque mondiale qui mesure la réglementation des affaires des Etats à travers l'indice de la facilité de faire des affaires. Le lecteur peut consulter le rapport Doing Business dans les Etats membres de l'OHADA établi par la Banque mondiale et dont le rapport 2017 est consultable à partir du lien suivant : <http://www.ohada.com/content/newsletters/3807/DB17-OHADA-French.pdf>.

⁸ La dernière édition du rapport Doing Business publiée le 31 octobre 2017 révèle que l'économie ivoirienne est la plus performante sur plusieurs indicateurs dans l'espace OHADA. Les critères de classement ont été « la création

publique de nombreux Etats africains. Ainsi, la plupart des Etats membres de l'UEMOA se sont dotés d'une réglementation sur le contrat de partenariat public privé (CPPP)⁹. Le contrat de partenariat est devenu l'élément clef de la reconfiguration des outils économiques. En effet, les contrats de partenariat sont perçus dans les organisations d'intégration économique du continent comme un « mode de financement [innovant] par lequel une autorité publique fait appel à des prestataires privés pour financer et gérer un équipement assurant ou contribuant au service public »¹⁰. Pour de nombreuses organisations, le développement des investissements structurants dans les Etats africains dépend de diverses formes d'appuis techniques et/ou financiers publics qui seront mis en place pour soutenir les contrats de partenariat¹¹

Au regard de l'intérêt porté par ses Etats membres pour cet outil de développement des investissements, l'UEMOA a décidé de construire un cadre juridique de développement des contrats de partenariat. D'abord, à travers l'insertion des contrats de partenariat dans la nomenclature des investissements¹². Ensuite avec l'élaboration, toujours en cours, d'une législation communautaire sur les contrats de partenariat. Concrètement, pour favoriser les interventions étatiques, l'UEMOA a introduit des règles favorables au cofinancement public des contrats de partenariat public-privé. En effet, la directive n°06/2009/CM/UEMOA contient des dispositions relatives à la prise en compte des contrats de partenariat dans les engagements financiers annuels de l'Etat.

L'engagement communautaire est marqué par la permission donnée aux Etats de recourir à des mesures incitatives en vue de soutenir la mise en œuvre des contrats de partenariat public-privé. En effet, l'Union autorise les Etats à accorder des garanties financières à une personne physique ou morale pour les contrats de partenariat public privé¹³. C'est dans cette perspective que l'avant-projet de directive sur les partenariats publics-privés dans l'espace UEMOA dispose que « *Les Etats membres définissent, aux niveaux national et local, des mécanismes de financement des projets et de garantie des engagements contractuels des autorités contractantes* »¹⁴. Cette habilitation permet à l'Etat d'apporter un appui financier direct aux investisseurs privés dans les cas où les projets d'infrastructure comportent d'importantes externalités publiques¹⁵. La communauté consacre ainsi le recours aux aides publiques¹⁶ pour

d'entreprise, l'obtention de prêts, la protection des investisseurs minoritaires, l'exécution des contrats et le règlement de l'insolvabilité depuis 2011 ».

⁹ Voir Cote d'Ivoire le décret n°2012-1151 du 19 décembre 2012 relatif aux contrats de partenariat public-privé ; le Bénin à sa loi n°2016-24 du 11 octobre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Bénin. Cette loi a été retoquée par la décision de la cour constitutionnelle ; Le Mali, la loi n°2016-061 du 30 décembre 2016 relative aux partenariats public-privé au Mali ; Le Niger, la loi n°2011-30 du 25 octobre 2011, ratifiant l'ordonnance n°2011-07 du 16 septembre 2011 portant Régime général des Contrats de partenariat public privé en République du Niger ; le Sénégal, Loi n°2014-09 du 20/02/2014 relative aux contrats de partenariat (PPP). Seule la Guinée Bissau qui a entamé le processus n'a pas encore adopté sa loi sur les contrats de partenariat.

¹⁰ Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, *Guide didactique de la directive n° 06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA*, p. 92.

¹¹ Jeffrey DELMON, *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures*, PPIAF, Banque mondiale, 2010, p.56.

¹² Voir Article 18 de la directive n°06/2009/cm/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA. Voir Nicaise MEDE, *Finances Publiques : Espace UEMOA/UMOA*, Harmattan Sénégal, janvier 2017, 548 pages.

¹³ Article 14, 18, 36, 43, 45 de la directive n°06/2009/CM/UEMOA portant lois de finances au sein de l'UEMOA.

¹⁴ Article 13 du projet de directive relatif aux partenariats public-privé, Version disponible au 14 septembre 2017.

¹⁵ Jeffrey DELMON, *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures*, op.cit., p.56.

¹⁶ Pour des développements sur les aides publiques, voir « Réflexions sur le droit des aides publiques aux entreprises », EDCE, Rapport public n°4, 1989, pp. 147-230, AJDA dossier spécial, Aides publiques, 1993, p. 395 à 482 ; Hubert-Gérald HUBRECHT, *Cours de Droit public économique*, Dalloz, 1993. pp.318-356.

la réalisation des contrats de partenariat public privé. Dès lors, il peut être intéressant de mener une réflexion sur les problématiques juridiques relatives à la promotion des contrats de partenariat public-privé par le biais des aides publiques dans l'espace UEMOA. Comme le suggère l'intitulé retenu, il s'agira de voir comment dans une économie mondiale libéralisée, les Etats participent au développement des outils économiques. En effet, depuis le triomphe du libéralisme économique, l'interventionnisme économique de l'Etat a cédé le pas à son rôle régalién qui se réduit à la création d'un environnement favorable aux investissements. Dorénavant, les Etats membres de l'UEMOA sont invités à retrouver une place importante dans l'économie après le retrait et l'abstention que les programmes d'ajustements structurels leur avaient imposés. Pour rappel, l'assainissement des finances publiques a conduit l'Etat à se désengager par voie de privatisation des secteurs clefs de l'économie. En conséquence, l'on peut se demander si le retour dans l'économie de l'Etat en Afrique n'est pas le chant du cygne. La réponse à cette question est en partie tributaire des contours du sujet qu'il convient d'esquisser.

Le contrat de partenariat est défini par l'article 18 de la directive n°06/2009/CM/UE comme le contrat « par lesquels l'Etat confie à un tiers le financement, la réalisation, la maintenance ou l'exploitation d'opérations d'investissements d'intérêt public ». Cette définition ne retient pas certains éléments clefs qui permettent de distinguer le contrat de partenariat des autres contrats de la commande publique avec lesquels il entretient des traits communs¹⁷. Le contrat de partenariat public-privé se caractérise par la mission globale de longue durée à financement privé et au paiement public différé¹⁸.

Quant à la définition donnée par l'avant-projet de directive de l'UEMOA sur les contrats de partenariat, celui-ci est entendu comme : « le contrat écrit conclu à titre onéreux par lequel une autorité contractante confie à un opérateur économique, pour une durée déterminée, une mission globale ayant pour objet de manière cumulative: la réalisation et/ou l'aménagement et/ou l'acquisition et/ou la transformation et/ou la réhabilitation et/ou la maintenance et/ou le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires à un service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ; la gestion ou l'exploitation d'un service public, d'un service d'intérêt général, d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ; tout ou partie du financement des missions confiées. Cette mission peut intégrer tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ». Si l'on se situe dans les développements récents des droits européen et français¹⁹, on constate e l'intégration de la concession dans le contrat de partenariat n droit

¹⁷ Sur la distinction entre de contrat de partenariat et les autres contrats de la commande publique, voir : Pierre DELVOLVÉ, « Contrat de partenariat et typologie des contrats », Colloque Le Contrat de partenariat, IEJUC – Université des Sciences sociales, Toulouse, juin 2005; Frédéric MARTY, Arnaud VOISIN, « Le contrat de partenariat constitue-t-il une private finance initiative à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique », *Revue internationale de droit économique*, 2006/2 (t. XX, 2), p. 131-150.

¹⁸ Laurent RICHER et François LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10^e édition, 2016 ; p. 101 et 211 ; Voir aussi Stéphane BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique : Marchés publics, concessions*, 5^e édition, Le Moniteur, 2017, 648 pages.

¹⁹ Voir l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dont la deuxième partie porte sur les « dispositions spécifiques aux marchés de partenariat ».

UEMOA. Or, il eut été plus cohérent de séparer le contrat de partenariat public privé de la concession en raison des particularités de celle-ci²⁰.

Au sens du droit de l'Union européenne, tous les contrats de la commande publique sont structurés autour de la distinction entre les marchés publics d'une part, et les contrats de concession, d'autre part²¹. Selon le 5^e alinéa de l'article 5 de la directive européenne du 26 février 2014, « l'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux »²². Le transfert du risque d'exploitation est donc le critère de la concession ou plus exactement, si l'on en croit le texte, la condition de l'attribution d'une concession²³. En droit européen des contrats publics, le contrat de partenariat rentre dans la catégorie des marchés publics définis de manière unique²⁴. Cette qualification a conduit le législateur français à substituer le marché de partenariat à l'ancienne catégorie des contrats de partenariat. Ce nouveau contrat est soumis aux mêmes dispositions générales que les marchés publics classiques à l'exclusion de certaines règles²⁵. En effet, les dispositions relatives à l'allotissement, à la durée du contrat, aux prix, à l'exécution financière du contrat et à la sous-traitance ne s'appliquent ainsi pas aux marchés de partenariat²⁶. La convergence des modèles romano-germanique (français particulièrement) et anglosaxon promue par la Banque mondiale influence la conception du contrat de partenariat dans les Etats africains. Celui-ci apparaît davantage comme une catégorie sui generis qui s'apprécie à partir du critère concessif ou non. Ainsi, deux classifications sont usitées dans le langage des administrations africaines en charge des contrats publics. Dans une première classification, sont distingués les contrats de partenariat concessifs, des contrats de partenariat non concessifs. Dans une deuxième classification, on distingue les contrats de partenariat à paiement public et des contrats de partenariat à paiement par les usagers. Le projet de directive commentaire de l'UEMOA relatif au partenariat public privé retient cette dernière classification. Cette précision appelle celle du concept d'aide publique.

L'aide publique est définie par le règlement n°4/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et aux modalités

²⁰ Voir l'Ordonnance française n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et son décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession.

²¹ Voir Pierre DELVOLVE, « Service public, travaux publics, domaine public : les transformations de la concession », Mélanges Marceau Long, Dalloz, 2016, p. 157 ; Xavier BEZANÇON, Philippe COSSALTER, Christian CUCCHIARINI, Jacques FOURNIER DE LAURIERE, *Guide de la commande publique Marchés publics, concessions*, 4^e édition, Le Moniteur, 2017, p. 161 et s.

²² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE 28.3.2014, L94/1, art. 5 1).

²³ Thomas PEZ, « Le risque, les concessions et les marchés », RFDA 2016 p.237, Voir du même auteur, *Le risque dans les contrats administratifs*, Bibliothèque de droit public, t. 274, LGDJ, Lextenso éditions, 2006, 2013, 950 p. ; Laurent RICHER, *La concession en débat*, coll. Systèmes, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p. 77 s ; Frédéric Lombard, La notion de concession de services, RTD Com. 2017 p.295.

²⁴ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la Directive 2004/18/CE.

²⁵ Serge REGOURD et Lucien RAPP (Dir.), *Du contrat de partenariat au marché de partenariat*, Bruylant, 1^{re} édition 2016, 365 p ; Pierre DELVOLVE, « Conclusion : le marché de partenariat public privé », in Serge REGOURD et Lucien RAPP (Dir.), *Du contrat de partenariat au marché de partenariat*, op. cit. ; p. 337-355 ; Céline RECORD, « La définition des marchés publics dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 », Contrats Publics, n°158 - octobre 2015, Dossier disponible sur moniteurjuris.fr/contratspublics/ ;

²⁶ Voir les articles 3, 66, 32, 16, 19; 59, 60, 62 de l'ordonnance française n°2015-899 du 23 juillet 2015 et du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

d'application de l'article 88 (c) du Traité comme : « toute mesure qui entraîne un coût direct ou indirect, ou une diminution des recettes, pour l'État, ses démembrements ou pour tout organisme public ou privé que l'État institue ou désigne en vue de gérer l'aide et confère ainsi un avantage sur certaines entreprises ou certaines productions ». L'aide publique renvoie à une diversité de mesures adoptées par les personnes publiques parmi lesquelles les subventions, les garanties, les avals, les impôts et les taxes directs et indirects, les droits d'accises, les avantages domaniaux, etc. L'aide qui est une utilisation des ressources publiques peut devenir irrégulière. Dans ce cas, il est qualifié d'aide d'Etat. La notion d'aide d'Etat en droit européen renvoie aux « aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit favorisant certaines entreprises ou productions »²⁷. L'UEMOA n'a pas retenu le concept d'aide d'Etat, mais utilise d'autres concepts qui s'y rapprochent, tels que ceux d'*aides illégales* ou d'*aides incompatibles* avec le Marché Commun. L'idée qui sous-tend la théorie des aides publiques est que les personnes publiques ne devraient pas fausser les échanges communautaires par leurs interventions. Or, dans leur utilisation contemporaine, tel est le cas notamment avec les contrats de partenariat, les aides publiques sortent de leur destination initiale pour servir de levier à l'accroissement des investissements dans les Etats. Il convient de préciser que les aides sont à l'origine des composantes bien précises. Les aides dites publiques sont celles accordées par toutes les autorités publiques nationales ou territoriales, les entreprises publiques ou privées dans lesquelles la puissance publique a une influence déterminante²⁸.

L'intérêt d'une étude sur la corrélation entre les aides publiques et les contrats de partenariat public privé s'est renouvelé avec la frénésie des nouveaux programmes de développement initiés dans les Etats membres de l'espace UEMOA. Ces programmes dits de développement économique et social²⁹ confèrent une grande importance aux contrats de partenariat pour la mobilisation des ressources en vue de faire face aux contraintes de la crise financière³⁰. Dans cette perspective, de nombreux Etats ont allégé le régime de passation des contrats à travers la réduction des délais et des modalités contractuelles³¹. Des auteurs ont montré que face aux coûts des capitaux propres apportés par les opérateurs privés, l'une des solutions au développement des PPP est d'apporter des ressources financières publiques sous forme de prises de participations propres ou encore de garantie³².

Dans presque tous les Etats membres, le régime des aides publiques s'est vu progressivement allégé pour favoriser les investissements. Par effet domino, les Etats accordent des régimes

²⁷ Christian GAVALDA et Gilbert PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, Paris, 2010, p. 494. §886.

²⁸ Voir Christian GAVALDA et Gilbert PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, op.cit., p. 494.

²⁹ Les sigles varient d'un pays à l'autre mais ont le même objet. En Côte d'Ivoire, au Burkina, au Niger et au Tchad, il s'agit du PNDES. Au Sénégal, c'est le Plan Sénégal Emergent ; Au Bénin et au Togo, il s'agit de Plan national de développement (PND).

³⁰ Voir : Frédéric MARTY, « L'évolution des conditions de financement des contrats de partenariat public-privé: quels impacts de la crise financière ? », *Document de travail GREDEG*, n°2013-42, novembre 2013, p.2.

³¹ Le Burkina Faso a adopté deux lois transitoires d'allègement des procédures de contractualisation des PPP et marchés publics : la loi n°020-2016/AN portant allègement des conditions d'exécution des projets, programmes et activités de développement ; celle-ci permet pendant une période de six mois de réduire les délais de passation des marchés et PPP. La loi n°042-2017/AN du 03 juillet 2017 portant allègement des procédures de contractualisation du programme des projets de partenariat public-privé. Celle-là permet de recourir à la procédure d'entente directe pendant six mois.

³² Frédéric MARTY, « L'évolution des conditions de financement des contrats de partenariat public-privé: quels impacts de la crise financière? », Ibid.; Jeffrey DELMON, *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures*, op. cit., p. 99.

fiscaux spéciaux et des garanties aux partenaires privés. Aussi, en matière fiscale, certains Etats ont aménagé des dispositifs propres aux contrats de partenariat. Dans l'UEMOA, c'est le cas du Niger qui s'inspirant de la fiscalité camerounaise spécifique au contrat de partenariat³³, a adopté la loi n°2014-02 du 31 mars 2014 portant régime fiscal, financier et comptable, applicable aux contrats de partenariat public-privé. Les autres pays procèdent quant à eux par voie conventionnelle pour accorder un régime fiscal de faveur aux investissements réalisés dans le cadre du contrat de partenariat.

Ce faisant, et de façon généralisée, les garanties publiques offertes aux investisseurs deviennent un moyen d'attraction des investissements structurants. Les garanties publiques sont devenues en Afrique, comme dans de nombreux Etats européens, un vecteur indispensable de développement des contrats de production énergétique. En effet, dans certains Etats membres de l'Union européenne, le développement des énergies renouvelables s'est fait grâce aux aides publiques³⁴. Certains Etats de l'UEMOA ont décidé d'accorder ces garanties aux investisseurs en vue de réduire leurs importants déficits énergétiques. D'autant plus qu'avec le déficit financier des compagnies nationales d'électricité, la garantie de paiement des Etats est un gage de sécurité pour les investisseurs³⁵.

En clair, les garanties des investissements répondent au besoin de créer un environnement moins risqué, mais plus rentable pour les investisseurs. C'est dans ce sens que le président béninois, monsieur Patrice Talon, a plaidé, lors de la 4^e Table ronde sur la bancabilité des risques africains, la nécessité pour les gouvernements des Etats et les organismes d'assurance d'accorder aux investisseurs des garanties en vue de favoriser le développement des contrats de partenariat³⁶. Il préconise à cet effet la création des assurances crédits afin d'offrir des garanties de durées plus longues aux investisseurs pour attirer les investissements structurants dont ont besoin les Etats africains. Au regard des capacités économiques limitées des Etats, les aides publiques sont octroyées avec le concours de nombreux organismes internationaux et, de plus en plus, par des organismes privés.

La réflexion sur la relation entre les aides publiques et les contrats de partenariat intéresse fondamentalement l'équilibre des finances publiques. En effet, s'il s'agit de promouvoir un outil de développement par le biais de mécanismes financiers, le défi est de s'assurer que les finances publiques de l'Etat ne soient pas bouleversées. C'est pourquoi les législations sur les PPP instituent une obligation d'évaluation préalable de l'impact du projet de partenariat sur le budget et la dette publique³⁷. Les produits financiers octroyés pourraient avoir un effet sur les indicateurs financiers de l'Etat. Si ce n'est pas la baisse de recettes inhérentes aux avantages accordés aux investisseurs privés, il peut s'agir de l'accroissement du niveau d'endettement de

³³Le Cameroun a été le premier pays francophone à adopter un régime fiscal spécifique aux PPP. Voir la Loi n°2008/009 du 16 juillet 2008 fixant le régime fiscal, financier et comptable applicable aux contrats de partenariat.

³⁴ David GRIMEAUD et Matthieu WEMAËRE, « La promotion des énergies renouvelables à l'aune du droit communautaire des aides d'Etat », *Gazette du Palais* - 19/01/2006 - n°19 - page 23.

³⁵ Sur les garanties de paiement, voir OHADA, *Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés*, entrée en vigueur le 16/05/2011 ; Mactar SAKHO, « Dossier pratique sur les techniques d'optimisation des sûretés : les pièges à éviter. Les diligences à respecter », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, n° 1, Juin 2012; Laetitia BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, Thèse de doctorat en Droit, Université Paris II, 2010, publié à la LGDJ, Paris, 2012.

³⁶ Patrice TALON, « Discours du Président Talon à l'occasion de la table ronde sur la bancabilité des risques africains », Disponible sur <http://revealingbenin.com/2017/05/12/talon-bancabilite-risques/>

³⁷ Article 9 de la loi n°020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso et Article 9 de la loi n°2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat.

l'Etat. Il importe dès lors de s'interroger sur les incidences des produits financiers octroyés dans le cadre des projets de partenariat public privé sur les finances publiques. Autrement dit, comment s'intègrent les contrats de partenariat dans le cadre de la gestion des investissements publics ? Quelles sont les conditions d'octroi d'une aide publique à un investisseur privé ? Dans quelles conditions les aides publiques octroyées aux investisseurs sont-elles compatibles avec les exigences de la soutenabilité budgétaire et les règles de la concurrence ? Quelles sont les conséquences des aides publiques irrégulièrement accordées ?

Les conséquences financières encourues par les Etats lorsqu'elles se conjuguent avec d'autres difficultés politico-économiques peuvent impacter sur le respect des engagements des parties. Dès lors, les investisseurs peuvent explorer les voies contentieuses contre les personnes publiques. Vont alors se poser les questions de la responsabilité de l'Etat et des causes qui en constituent le fondement. Au total, les aides publiques constituent-elles une solution pertinente de développement des partenariats publics-privés dans l'espace UEMOA ?

Le sujet retenu se place au cœur de l'interventionnisme étatique pour examiner les influences des personnes publiques sur les investissements dans un cadre communautaire en construction permanente. Cette réflexion se situe dans un champ interdisciplinaire qui couvre les finances publiques, le droit administratif, le droit de la concurrence et le droit des investissements³⁸. C'est pourquoi, même si, le curseur sera davantage porté sur les aspects financiers de l'analyse en l'occurrence sur l'opportunisme budgétaire des aides publiques relatives aux partenariats publics privés³⁹, les développements inhérents aux autres disciplines juridiques précitées ne seront pas occultés⁴⁰.

La présente étude sera conduite à partir d'une diversité de sources textuelles à la fois normatives et doctrinales. Les textes nationaux qui ont un lien avec les contrats de partenariat seront les sources principales au regard de la difficulté à accéder aux sources conventionnelles. En effet, les informations les plus utiles sur les contrats de partenariat sont inaccessibles du fait de la clause de confidentialité qu'ils contiennent⁴¹. Le recours au contrat type découlant de la standardisation des contrats de partenariat dans certains domaines d'activités sera d'un précieux apport.

Le développement des contrats commande en effet de trouver un équilibre entre l'intervention de l'aide et les risques liés à tout investissement. Cet équilibre se manifeste par la nécessité avérée de recourir aux aides publiques pour la réalisation d'investissements structurants (I).

³⁸ Sous l'angle du droit des investissements, il aurait pu être examiné les règles de Protection des investissements y compris le règlement des différends entre investisseurs et Etats. Voir CARREAU (D.) et JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris : Dalloz, 5^e éd., 2013; JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », RCADI, 1994, t. 250, no 175 et s.

³⁹ Sur l'opportunisme budgétaire des contrats de partenariat, Voir Maskin E. et Tirole J., « Private Partnerships and Government spending Limits », *International Journal of Industrial Organization*, 2008, 26 (2), pp. 421-420.

⁴⁰ La doctrine financière montre qu'il y a un point de rencontre fécond, entre le droit financier et les autres disciplines juridiques, qui ouvre de nouvelles perspectives d'enseignement des finances publiques. Voir Société française de finances publiques, « Les finances publiques : quelle place pour demain ? », Colloque organisé les 15 et 16 janvier 2015, *Revue Gestion et Finances Publiques*, n°1-2016, janvier-Février 2016, p. 4-71 ; Éric Oliva, « La « reconstitution » du droit constitutionnel financier », *Revue française de droit constitutionnel*, 2014/4 (n° 100), p. 1021-1027.

⁴¹ Cet état de fait nous semble recéler pour nos Etats un potentiel de risques qu'il convient de minimiser en réduisant les dispositions susceptibles de confidentialité. C'est en cela que l'on pourrait en appeler à une sorte de principe FOIA (Freedom of information access) dans ces contrats.

Cependant, les expériences de quelques projets révèlent que l'équilibre souhaité reste difficile à trouver. Ce qui impose de faire le constat de leur efficacité limitée (II).

I. UNE NECESSITE AVEREE

Le recours aux contrats de partenariat s'est imposé comme une alternative de mobilisation des financements au regard de la baisse des financements directs. Les Etats sont-ils dès lors obligés de déployer des efforts importants pour l'attraction des investisseurs. Les politiques attractives peuvent heurter certains principes communautaires. C'est pourquoi il est apparu nécessaire au sein de l'Union d'encadrer les interventions étatiques en matière de contrat de partenariat. C'est dans cette perspective que le cadre harmonisé a été mis en place (A). Pour limiter les effets des contraintes internes et communautaires, les Etats recourent aux financements externes qui se révèlent importants pour la conclusion des contrats de partenariat (B).

A. UN CADRE HARMONISE

L'harmonisation du cadre juridique des aides publiques a conduit l'Union à établir un dispositif communautaire contraignant (1). Il revenait alors aux Etats d'internaliser les exigences communautaires en les rendant opérationnelles. Mais au constat, il ressort que les dispositifs nationaux relatifs aux aides publiques apparaissent incomplets (2).

1. Un dispositif communautaire contraignant

L'institution de règles communes de concurrence applicables aux entreprises publiques et privées ainsi qu'aux aides publiques participe de la construction du marché commun⁴². L'Union vise à travers cet encadrement à favoriser la construction d'un marché commun harmonieux. Le recours aux aides publiques pour promouvoir les contrats de partenariat est une réalité récente aux multiples implications.

Le droit des aides d'Etat est au confluent de plusieurs disciplines. S'il relève dans son essence du droit de la concurrence⁴³, la portée des aides d'Etat sur les finances publiques est importante. En France, des auteurs ont pu évoquer la très forte imprégnation de la problématique des aides d'Etat, avec des dossiers nombreux, dont certains recèlent de lourds enjeux financiers, mais également industriels⁴⁴.

Les points de droit qui doivent être mis en relief concernent les différents types d'aides d'Etat utilisés pour promouvoir les contrats de partenariat d'une part, et les conditions de leur utilisation, d'autre part.

Relativement à la question de la typologie, il convient de préciser qu'il n'existe pas de catégories particulières d'aides d'Etat destinées à promouvoir les contrats de partenariat. Des

⁴² Article 76 du Traité UEMOA.

⁴³ Les aides d'Etat sont abordées en droit public économique ou en droit des affaires sous l'angle des exigences de la concurrence qui s'impose aux acteurs publics.

⁴⁴ Claire VANNINI et Christophe BARTHELEMY, « Énergie et aides d'État : de l'exception à la norme », *RFDA*, 2017 p.472, Voir les Actes de colloque, *Aides d'état, Un nouveau défi*, Revue de droit fiscal, n°12, 23 mars 2017.

catégories d'aides se sont imposées avec les besoins des Etats en matière contractuelle. On a pu relever que les aides d'Etat procédaient d'une analyse casuistique à partir de critères précis. Les administrations publiques africaines ont pris l'habitude de recourir à des moyens qui peuvent à juste titre être considérés comme classiques. Les principaux leviers d'intervention sont d'ordre économique, à savoir le régime fiscal de faveur auquel s'ajoutent désormais les garanties publiques. Les garanties et avals sont des catégories d'aides publiques envisagées pour la promotion des partenariats publics-privés. Les garanties peuvent porter sur les opérations financières ou sur le passif du partenaire privé.

Les principes directeurs de l'encadrement communautaire des aides d'Etat sont définis par le Traité. Le Traité constitutif de l'Union pose d'abord le principe général relatif à l'interdiction de recourir aux aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions⁴⁵. Il n'est point besoin de faire un retour sur les effets dévastateurs des distorsions de la concurrence dans une construction communautaire⁴⁶. Il convient de rappeler que dans une économie de marché telle qu'envisagée par le marché commun de l'UEMOA, les aides publiques doivent être régulées par le jeu de la concurrence.

Le principe général de l'interdiction des aides publiques trouve un prolongement particulier en ce qui concerne la promotion des contrats de partenariat. La directive sur les finances publiques pose les fondements légaux des pouvoirs publics en matière contractuelle⁴⁷. Ce faisant, l'Union complète les conditions d'élaboration des contrats publics prévues par les directives sur les marchés publics et des délégations de service public dans l'Union⁴⁸.

Le Traité définit ensuite les conditions de recours aux aides publiques qui font l'objet d'un encadrement communautaire assez précis. Les conditions de recours aux aides d'Etat pour la promotion des contrats de partenariat sont établies par plusieurs dispositions de la directive n°06/2009/CM/UEMOA qui définit notamment le cadre opérationnel des aides publiques: l'autorisation par le gouvernement, la comptabilisation comptable et l'encadrement des conditions d'octroi des garanties.

L'article 17 de la directive n°06/2009/CM/UEMOA pose dans la phase d'exécution du budget le principe de l'ouverture des autorisations d'engagement et de crédits de paiement, pour les dépenses d'investissement et les contrats de partenariat publics-privés⁴⁹. Les autorisations d'engagement correspondent à l'engagement juridique de la dépense dans la chaîne de la dépense, en prélude à la consommation effective des crédits (l'ordonnancement).

⁴⁵ Article 88 du Traité UEMOA.

⁴⁶ Gwenaëlle DURAND-PASQUIER. « Les distorsions de concurrence au sein de l'Union européenne dans le secteur du bâtiment et des travaux publics ». *Revue Construction - Urbanisme*, 2006, pp.50 ; Amélie BARBIER-GAUCHARD, « La concurrence fiscale dans l'Union européenne. Les politiques budgétaires confrontées à la mobilité », *Politique étrangère* 2008/2 (Été), p. 385-400.

⁴⁷ Voir les articles 17 à 43 de la directive n°06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA.

⁴⁸ Voir la directive n°04/2005 /CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public et la directive n°05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africain.

⁴⁹ Il faut noter que la directive a introduit les autorisations d'engagement (AE) en remplacement des anciennes autorisations de programme (AP). A la différence des AP, qui demeuraient valables d'un exercice budgétaire à l'autre pendant une période maximale de six ans, les autorisations d'engagement (AE) sont annuelles et sont annulées à la fin de l'exercice budgétaire si elles n'ont pas été consommées, sauf procédure de report (article 24).

Le législateur communautaire a confié le pouvoir de décider des garanties et avals au gouvernement. L'article 43 dispose que les garanties et les avals sont donnés par décret pris en Conseil des Ministres. Le pouvoir de l'exécutif n'est pas exclusif, car s'il peut décider d'accorder des garanties, c'est au Parlement que revient en réalité le pouvoir d'autoriser les garanties. Le législateur communautaire réserve un rôle important au législateur national dans l'octroi des garanties publiques. En effet, au terme de l'article 45 de la directive n°06/2009/CM/UEMOA, les parlements nationaux détiennent le pouvoir d'approbation des garanties et aval accordés par l'Etat. Le législateur UEMOA qui s'est inspiré du législateur français n'a pas repris la totalité de la mission qui a été réservée au législateur en France en cette matière. En effet, l'article 34 de la Constitution française de 1958 prévoit que c'est la loi de finances qui fixe le régime juridique des garanties octroyées par l'Etat⁵⁰.

Selon la doctrine financière française, l'obligation de procéder à l'autorisation des garanties par la loi de finances, prévue par l'article 34, suppose la soumission au Parlement chaque année, à cet effet, de chaque demande de garantie nouvelle, prise individuellement. Leur liste n'est pas prévue dans le cadre d'une annexe obligatoire au projet de loi de finances, et s'inscrira donc, en pratique, directement dans un article du projet de loi de finances. En effet, il est clairement fait injonction au Parlement de se prononcer dorénavant sur chaque nouvelle demande d'octroi de garantie⁵¹. En tous les cas, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat français, la garantie d'un prêt ne peut être implicite⁵².

Les conditions d'octroi des garanties sont assez contraignantes. Elles peuvent être résumées en deux points majeurs. Le niveau de l'autorisation d'engagement pour sa participation à un projet de partenariat d'une part, les obligations relatives aux engagements de l'Etat résultant des garanties financières accordées, d'autre part.

Pour les contrats de partenariat publics-privés, les autorisations d'engagement couvrent, dès l'année où les contrats sont conclus, la totalité de l'engagement juridique. En modulant le principe de l'annualité budgétaire, il s'agit de permettre aux gouvernants d'engager les dépenses d'investissements de manière pluriannuelle confirmant ainsi les transformations du principe de l'unité budgétaire⁵³.

S'agissant des obligations relatives aux engagements de l'Etat résultant des garanties financières accordées, l'article 43 prévoit que les « comptes de garanties et d'avals retracent les engagements de l'Etat résultant des garanties financières accordées par lui à une personne physique ou morale, notamment, les garanties octroyées par l'Etat pour les contrats de partenariat publics-privés visés à l'article 18 de la présente directive ». Pour mieux encadrer les opérations de garanties, le législateur communautaire a prévu que fassent l'objet de dotations les crédits destinés à couvrir les défauts de remboursement ou appels en garantie intervenus sur les comptes d'avances, de prêts, d'avals et de garanties⁵⁴. Les charges résultant de la mise en

⁵⁰ Jean Pierre CAMBY (Dir.), *La réforme du budget de l'Etat : la loi organique relative aux lois de finances*, op. cit., p. 220.

⁵¹ Ibid., p.387.

⁵² CE, Voir Thierry GRANIER et François RONTANI, « Le Conseil d'Etat est explicite : la garantie d'un prêt ne peut être implicite », *Option finance* 2017, p. 12 ; Alain COURET, « L'appartenance d'une société à un groupe et le risque de solvabilité », *Bulletin Joly Sociétés*, septembre 2017, Lextenso édition SA, p. 531.

⁵³ William GILLES, *Les transformations du principe de l'unité budgétaire dans le système financier public contemporain*, Dalloz, 2007, 443 p.

⁵⁴ Article 14 de la directive n°06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA.

jeu de la garantie de l'Etat font également l'objet de dotations. Cette obligation résulte du principe qui commande qu'avec la garantie, l'Etat qui se substitue immédiatement à un tiers manquant à ses obligations doit rembourser la dépense correspondante sans considération quant au montant des crédits disponibles⁵⁵.

Le législateur prévoit aussi que la dotation des crédits destinés à couvrir les défauts de remboursement ou appels en garantie intervenus sur les comptes d'avances, de prêts, d'avals et de garanties visée à l'article 41 de la directive n°06/2009/CM/UEMOA soit provisionnée au minimum à hauteur de dix pour cent (10%) des échéances annuelles dues par les bénéficiaires des garanties et avals de l'Etat.

Les obligations communautaires s'étendent au niveau de la garantie annuelle autorisée. Les Etats sont tenus de déterminer le seuil de la garantie annuelle qui peut être accordée en termes de garantie ou d'aval. Il ressort de l'article 43 du règlement n°06/UEMOA que la variation nette de l'encours des garanties et avals qui peuvent être accordés par l'Etat sur chaque compte de garanties et d'avals est plafonnée annuellement par une loi de finances.

Le respect des conditions de l'endettement public est une condition d'octroi des aides publiques pour la réalisation des contrats de partenariat. Le législateur communautaire prévoit que les conditions d'octroi des garanties doivent respecter les dispositions du Règlement portant cadre de référence de la politique d'endettement public et de gestion de la dette publique dans les Etats membres de l'UEMOA (Article 43). Les critères de l'emprunt public sont contenus dans le règlement n°09/2007/CM/UEMOA du 04 juillet 2007 portant cadre de référence de la politique d'endettement public et de gestion de la dette publique dans les Etats membres de l'UEMOA. Ce Règlement définit le processus et les procédures d'emprunt et de garantie publics.

En ce qui concerne le processus, il est prévu un dispositif institutionnel d'octroi de la garantie. L'article 11 du règlement n°09/2007/CM/UEMOA définit les compétences en matière d'emprunt et de garantie par l'Etat. Ainsi est-il prévu que chaque Etat membre désigne une Autorité unique qui est seule compétente pour mener les négociations et signer les conventions d'emprunt ainsi que tous autres accords relatifs à la dette de l'Etat, sans préjudice des prérogatives constitutionnelles du Président de la République en la matière. C'est cette autorité qui est la seule habilitée à signer les conventions de garantie octroyées par l'Etat à ses démembrements ou à des tiers.

Quant aux conditions d'octroi de la garantie, le législateur a prévu que chaque Etat membre s'interdit de fournir sa garantie pour des prêts dont les conditions sont plus onéreuses que celles de ses propres emprunts, sauf cas exceptionnels après avis spécifique de la structure de coordination prévue à l'article 8 ci-dessus⁵⁶. C'est dans cette perspective que l'Etat membre qui rencontre des difficultés sur l'octroi des garanties informe immédiatement la BCEAO et la Commission de l'UEMOA des difficultés rencontrées du fait de ces cas exceptionnels, et leur notifie les mesures prises pour assainir la situation.

Il existe des critères de l'octroi d'emprunt qu'il faut rechercher dans les critères de convergences communautaires de premier rang qui ne devrait pas excéder 70%. Il s'agit

⁵⁵ Jean Pierre CAMBY (Dir.), *La réforme du budget de l'Etat : la loi organique relative aux lois de finances*, op. cit., p.87.

⁵⁶ Article 12 règlement n°09/2007/CM/UEMOA du 04 juillet 2007 portant cadre de référence de la politique d'endettement public et de gestion de la dette publique dans les Etats membres de l'UEMOA.

principalement du Ratio de l'endettement qui s'obtient en rapportant l'encours de la dette intérieure et extérieure au PIB nominal. En tous les cas, la pratique de la commande publique doit tenir compte de la nécessité de rationaliser la dépense publique⁵⁷.

Il faut noter l'absence de principes directeurs communautaires sectoriels. L'UEMOA n'a pas défini les conditions de recours aux aides publiques pour les questions spécifiques comme les infrastructures, l'énergie, l'eau et l'environnement. On aurait pu s'attendre à ce que l'Etat comble ces insuffisances, mais eux aussi offrent des dispositifs d'aides incomplets.

2. Des dispositifs d'aides nationaux incomplets

La communautarisation du cadre d'intervention des aides publiques en vue de la conclusion de contrat de partenariat oblige l'Etat à rationaliser son rôle dans l'économie de marché. Par le jeu de la communautarisation, l'Etat a un double rôle de réception du droit communautaire et de complément des règles communautaires. La tâche des Etats membres dans le premier volet dépend de la nature du support communautaire qui porte la règle. Les règles issues du droit primaire, principalement le Traité ont une existence *prima facie* dans les Etats. En effet, ils sont incorporés dans les Etats membres avec l'entrée en vigueur du Traité. L'effet des règles issues du droit dérivé varie suivant qu'il s'agit des règlements ou de la directive. On note que les directives qui regroupent l'essentiel de la réglementation des aides publiques et de la concurrence sont toutes entrées en vigueur. La dernière en date est la directive n°06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA. Les Etats ont tous adopté des lois organiques relatives aux lois de finances qui internalisent les règles communautaires qui fondent la promotion des contrats de partenariat par le biais des aides⁵⁸.

Les recherches ont permis de constater que ce dispositif a été repris dans la loi nationale du Burkina Faso sur les contrats de partenariat. En effet, selon l'article 12 de la loi n°020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso «... *L'autorité publique peut accorder au partenaire privé des soutiens notamment des subventions, des prêts publics, des garanties de prêts, des garanties souveraines, des cessions ou des prises de participations. La nature et le niveau des soutiens dont le partenaire privé pourrait bénéficier sont précisés dans le contrat de partenariat* ». L'examen des lois nationales et des textes réglementaires dans les autres Etats membres de l'Union sur les contrats de partenariat n'a pas permis de retrouver une disposition pareille. Deux facteurs peuvent expliquer cette absence. La première explication tient au mimétisme. En effet, l'ordonnance française du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat qui a inspiré de nombreux législateurs africains prévoyait un financement total assuré par le titulaire du contrat. Par la suite, en 2009, la part de financement privé est devenue partielle, sauf pour les collectivités territoriales. L'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics introduit le cofinancement public en disposant à son article 80.I qu' « une personne publique peut concourir au financement des investissements » et précise aussi que « les marchés de partenariat sont éligibles à des subventions et autres participations financières ».

La seconde explication pourrait tenir à l'admission du cofinancement public dans les lois nationales relatives aux lois de finances (LOLF). Cela dit, la démarche burkinabè paraît

⁵⁷ Adamou ISSOUFOU, *Le nouveau droit des marchés publics et la rationalisation de la dépense publique au Niger et au Sénégal*, Harmattan Sénégal, 2017, TOME 1, CREDILA.

⁵⁸ Burkina Faso, Articles 37 à 44 de la loi organique n°073-2015/CNT du 06 novembre relative aux lois de finances.

inachevée parce que le décret n°2014-024/PRES/PM/MEF portant modalités d'application de la loi n°020-2013 du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso ne prévoit pas les aides publiques dans le clausier-type du contrat de partenariat.

Il faut par ailleurs relever que le caractère lacunaire des dispositifs nationaux sur les aides d'Etats en matière de contrats de partenariat concerne les aspects institutionnels et matériels.

On note d'abord l'inexistence d'un dispositif spécifique de gestion des garanties publiques. Sur le plan institutionnel, la situation des Etats est quasi identique. Les Etats n'ont pas répondu à la nécessité de mettre en place un organe chargé de gérer l'octroi des garanties. La gestion des garanties reste donc de la compétence de la direction de la dette publique. En France par exemple, il avait été mis en place un Comité de Garantie distincte de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP)⁵⁹. Ce comité a une double compétence, consultative et décisionnelle. Sa compétence consultative concerne les avis que le Comité de Garantie émet sur l'éligibilité des projets aux aides publiques. A ce titre, le comité analyse le projet, décide de son niveau de risque, fixe les réserves d'éligibilité du projet et fixe les coûts et autres conditions de la garantie dans le termsheet, vérifie l'offre du candidat pressenti, remet son avis au Ministre de l'Economie⁶⁰. Son pouvoir décisionnel tient à l'agrément accordé par le Comité de Garantie de l'offre finale au candidat pressenti⁶¹.

Il faut également relever que seuls quelques Etats n'ont pas mis en place l'organe expert chargé d'accompagner le processus de gestion des contrats de partenariat⁶². Pour ceux qui l'ont prévu comme le Burkina Faso, il faut regretter l'incompétence de la cellule d'appui aux partenariats public privé à accompagner les collectivités territoriales, sauf si celles-ci bénéficient d'un financement de l'Etat dans le cadre du montage du contrat de partenariat⁶³.

Au niveau matériel, il est à noter que les Etats membres de l'UEMOA présentent deux lacunes majeures relatives à l'absence de procédures préalables d'évaluation de l'opportunité de réalisation des contrats de partenariat. La première lacune concerne l'inexistence d'un dispositif d'évaluation de la soutenabilité budgétaire des contrats de partenariat. Les Etats n'ont pas encore défini le contenu et les conditions de réalisation de l'étude de soutenabilité budgétaire pour évaluer les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits⁶⁴. La seconde lacune est relative à la non formalisation de la procédure et des conditions d'octroi des garanties. Ainsi, l'octroi des aides publiques relève d'une approche conventionnelle qui peut avoir l'inconvénient de favoriser la dualité normative⁶⁵.

⁵⁹ La mission d'appui aux partenariats public-privé a été transformée par le décret n°2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures en une «mission d'appui au financement des infrastructures» aux compétences élargies.

⁶⁰ Mission d'Appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP), Garantie d'Etat pour les PPP, Présentation au CEFO-PPP, 16 juin 2009, p.6. Document disponible sur <http://www.cefopp.org>.

⁶¹ Ibid., p.5.

⁶² Sont dotés d'une cellule d'appui aux partenariats public privé, le Burkina Faso, La Côte d'Ivoire, le Niger. N'ont pas encore installés leur cellule le, le Bénin, la Guinée Bissau, le Mali, le Sénégal et le Togo.

⁶³ Voir Sény Mahamadou OUEDRAOGO, Memento sur le contrat de partenariat au Burkina Faso, Edition Iris concept, Ouagadougou, 2015, p.18.

⁶⁴ La référence au droit français, en particulier au décret n°2016-360 du 27 mars 2016 relatif aux marchés publics et à la circulaire DGFIP 2016/04/9049 du 28 juillet 2016, peut servir de base de réflexion pour l'adoption de dispositifs nationaux.

⁶⁵ Pierre DELVOLLE, « La dualité des normes, le cas des contrats », *Revue du droit public*, janvier 2017, n°1, p. 11-23.

L'incomplétude du dispositif de gestion des contrats de partenariat concerne particulièrement les collectivités territoriales. Contrairement aux Etats comme le Maroc, qui ont fait le choix de ne pas permettre aux collectivités territoriales de recourir aux contrats de partenariat, les Etats de l'espace UEMOA permettent aux collectivités territoriales de conclure des contrats de partenariat public-privé. Si dans de nombreux Etats, les collectivités territoriales sont à l'origine d'une grande part du nombre des contrats de partenariat signés⁶⁶, celles des Etats africains, à l'exception de rares villes capitales, ont des capacités encore très limitées. De toute évidence, les contraintes communautaires qui pèsent sur les Etats justifient un encadrement de l'intervention des collectivités territoriales en matière de contrat de partenariat qui fait encore défaut. Une gestion efficace des investissements locaux nécessite la définition des conditions de recours aux aides publiques applicables aux contrats de partenariat public-privé. Les Etats essaient de trouver les solutions à ces problèmes en recourant aux financements externes qui ont toujours été indispensables.

B. UN RECOURS INDISPENSABLE AUX FINANCEMENTS EXTERNES

La réalisation des aides publiques nécessite l'apport de certains organismes non étatiques. Les partenaires institutionnels ont un rôle bien connu dans le financement des investissements nationaux. Leurs concours restent incontournables en ce qui concerne la mise en œuvre de certaines aides publiques (1). Divers autres acteurs privés proposent une offre complémentaire au montage financier des contrats de partenariat (2).

1. L'incontournable concours des partenaires financiers

Le rôle des partenaires financiers dans la mise en œuvre des politiques économiques est bien connu. Il n'est pas inutile de rappeler que la Banque mondiale a joué un rôle important dans la vulgarisation des contrats de partenariat et leur promotion comme source alternative de financement des investissements⁶⁷. Dans cette perspective, la banque a proposé différentes catégories de contrats de partenariat et fait de nombreuses recommandations en vue d'optimiser les contrats de partenariat dans les domaines sectoriels des infrastructures⁶⁸, des télécommunications⁶⁹ et de l'énergie⁷⁰. Ainsi, pour stimuler les investissements dans le secteur de l'électricité, dans un rapport publié en mars 2017, la Banque mondiale suggère l'augmentation des investissements privés dans les infrastructures de transport et de distribution

⁶⁶ En France, les données de la Mission d'appui aux partenariats public privé (MAPPP) datées de novembre 2017 indiquent que les collectivités territoriales ont attribué 169 contrats repartis par domaine : Equipement sportif ou culturel 15% ; Transport 8%, Bâtiment 24% ; Energie / Traitement des déchets 6% ; Equipement urbain 39% ; TIC (SI et infra télécom) 8% ; Equipement sportif ou culturel 15%. L'Etat a attribué dans le même temps 62 contrats répartis ainsi qu'il suit : Bâtiment 60% ; Transport 10% ; TIC (SI et infra télécom) 6% ; Equipement sportif ou culturel 5% ; Formation 1% ; Energie / Traitement des déchets 18%.

⁶⁷ Voir les divers documents d'information et de promotion des partenariats publics privés disponibles dans la Base de données sur les PPP – www.ppi.worldbank.org

⁶⁸ World Bank, *Guidance on PPP Contractual Provisions*, 2017 EDITION, Voir ADDITIONAL PPP RESOURCES : Public-Private Partnership in Infrastructure Resource Center <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/>; PPP Reference Guide Version 3.0, dated April 2017.

⁶⁹ World Bank. 2011. Public-Private Partnership in Telecommunications Infrastructure Projects: Case of the Democratic Republic of Congo. Washington, DC. © World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/12506> License: CC BY 3.0 IGO; World Bank. 2011. Public-Private Partnership in Telecommunications Infrastructure Projects: Case of the Republic of Congo. Washington, DC. © World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/12540> License: CC BY 3.0 IGO.

⁷⁰ World Bank Group. 2017. Linking Up: Public-Private Partnerships in Power Transmission in Africa. World Bank, Washington, DC. © World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/26842> License: CC BY 3.0 IGO.

d'électricité encore sous-développées d'Afrique, faute de quoi le continent ne pourra pas atteindre ses objectifs énergétiques⁷¹.

La contribution de la Banque mondiale a été renforcée par la mise en place d'une pluralité de produits de garantie pour accompagner la réalisation de grands projets d'investissements⁷². Le Groupe de la Banque mondiale accompagne le cycle complet des partenariats public –privé en fournissant en amont des lignes directrices pour la réforme des politiques publiques et des réglementations, des services-conseils pour le montage des opérations, ainsi que des financements et des garanties pour faciliter la mise en œuvre⁷³. Les institutions du Groupe de la Banque mondiale - notamment la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) et l'Association internationale de développement (IDA) qui, ensemble, forment la Banque mondiale, ainsi que l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA)⁷⁴ et la Société financière internationale (IFC)- ont développé divers produits qui peuvent être mobilisés à l'appui des partenariats public privé (PPP) dans le cadre des projets d'infrastructures réalisés dans les marchés émergents.

Le financement des contrats de partenariat pourrait également dériver de l'aide fournie par l'Union européenne aux pays ACP. En effet, à travers le fond européen de développement (FED) géré par la Banque européenne de développement (BEI), l'Union européenne offre dans les pays ACP des Facilités d'investissement. L'objectif de la Facilité d'investissement est de soutenir les investissements aussi bien des organismes du secteur privé que ceux des organismes du secteur public gérés commercialement dans tous les secteurs économiques. Elle propose des financements à moyen ou à long terme par le biais de différents instruments financiers et entend favoriser ainsi le développement durable sur les plans économique, social et environnemental. Les modalités de ce financement s'accommodent bien avec les exigences des contrats de partenariat public-privé. Elle permet d'obtenir des prêts à long terme et un financement, au besoin, en monnaie locale. Depuis sa mise en œuvre 2003, ce programme a ainsi permis le financement de plusieurs infrastructures dans de nombreux pays africains. Dans ce sens, le Cameroun avait bénéficié en 2012 d'une aide de 30 millions pour réaliser la centrale de Kribi, une centrale thermique au gaz naturel de 216 MW dont le montant total du projet s'élevait à 253 millions d'euros. D'une manière générale, la Cour des comptes de l'UE dans un rapport thématique sur la Facilité d'investissement a souligné l'importance de ce fond au soutien et à la réalisation d'infrastructures socioéconomiques et culturels dans les pays bénéficiaires. On peut ainsi lire dans le point V de ce rapport : « globalement, les opérations de la Facilité d'investissement s'inscrivent dans la logique de la coopération au développement de l'UE avec les pays ACP. Des projets ont été lancés au titre de l'enveloppe de financement avec impact »⁷⁵.

Dans le cadre de ces mécanismes potentiels de financement des contrats de partenariat, on peut relever les financements de la Banque islamique de développement. Elle offre des modalités de financement qui peuvent servir de garantie au financement des contrats de partenariat. C'est le

⁷¹Ibid.

⁷² Banque mondiale, *Produits de garantie du groupe de la Banque Mondiale*, Note d'orientation avril 2016, Disponible sur http://treasury.worldbank.org/bdm/htm/credit_enhancement.html.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ L'Agence multilatérale de garantie des investissements a été créée par la Convention de Séoul du 11 octobre 1985, R.T.N.U. vol. 1508, p. 138.

⁷⁵ V. Cour des comptes de l'UE, *Rapport spécial : La Facilité d'investissement ACP apporte-t-elle une valeur ajoutée?*, 2015, p.5.

cas notamment du programme dit de financement structuré qui permet à la BID de d'offrir des facilités de paiement moyennant la preuve d'une créance d'exportation recouvrable.

Des institutions régionales telles que la BCEAO, la BOAD et la BAD participent à la mise en place de certaines garanties dans les contrats de partenariat. Ces institutions sont notamment impliquées dans la mise en place des garanties souveraines.

La BCEAO, en particulier, a un rôle fondamental dans la surveillance de la stabilité financière de l'Union. A ce titre, elle évalue les risques susceptibles de nuire à la stabilité du système financier dans son ensemble, à travers notamment l'analyse des indicateurs macroprudentiels définis d'un commun accord.

Pour le montage des garanties dans les contrats de partenariat la BCEAO a un rôle d'intermédiation financière. Les encaissements et les paiements sont confiés à la BCEAO. A ce titre, les parties domicilient les comptes du projet à la BCEAO. Le compte d'encaissement permet d'enregistrer les recettes générées par l'exploitation du projet ; le compte de paiement permet le règlement des engagements financiers vis-à-vis des prêteurs de l'étranger.

La BOAD a joué un rôle très important dans le montage de nombreux contrats de partenariat. Elle a récemment créé l'Unité régionale de développement du partenariat public privé (URDPPP) dont l'objectif est de contribuer à l'émergence d'un marché des partenariats public-privé, à travers diverses actions dont les appuis aux Etats en matière de partenariat public-privé, l'accompagnement des partenaires pour mettre en place des projets en mode partenariat public-privé ainsi que pour appuyer la mise en place de mécanismes de facilitation de financement et de garantie pour ces types de projets.

Au niveau régional africain, la BAD est l'institution africaine la plus importante en matière de garanties bancaires apportées aux Etats en matière d'investissement. Ses garanties couvrent les risques commerciaux ou politiques. La Banque fournit des garanties qui sont généralement classées en deux (2) catégories: les garanties partielles de crédit (PCG) et les garanties partielles de risque (PRG)⁷⁶.

Les garanties partielles de crédit (PCG) couvrent une partie des remboursements prévus de prêts ou d'obligations privés contre tout risque. Elles peuvent être utilisées pour soutenir la mobilisation de fonds privés pour le financement de projets, l'intermédiation financière et le financement fondé sur les politiques⁷⁷.

Les garanties partielles contre le risque (PRG) couvrent les prêteurs privés contre le risque que le gouvernement ou un organisme gouvernemental ne respecte pas ses obligations vis-à-vis d'un projet de partenariat public-privé. Les PRG peuvent attirer des financements commerciaux dans des opérations de financement de projets, en particulier dans des secteurs tels que l'électricité, l'eau, les transports, les télécommunications, le pétrole et le gaz et l'exploitation minière. Dans les partenariats public-privé, les PRG peuvent donner l'assurance aux partenaires privés que le gouvernement s'acquittera de ses obligations envers le partenaire. Ces garanties peuvent couvrir une variété de risques gouvernementaux, y compris les obligations contractuelles de paiement

⁷⁶ Les termes anglais utilisés sont le Partial Credit Guarantees (PCG) et le Partial Risk Guarantees (PRG).

⁷⁷ Banque mondiale, *Produits de garantie du groupe de la Banque Mondiale, préc.*

du gouvernement notamment la disponibilité et la convertibilité des devises; les changements juridiques; les expropriations et nationalisations⁷⁸.

On note également la création de l'Agence pour l'assurance du commerce en Afrique (ACA) fondée en 2001 par des États africains qui concourent aux montages financiers des contrats de partenariat public privé. En matière de partenariats publics et privés, l'ACA facilite les investissements en réduisant le coût des transactions afin de permettre aux investisseurs d'accéder plus facilement à l'assurance-crédit, l'assurance-risque politique, la couverture contre l'insolvabilité et la protection de l'investissement direct étranger⁷⁹. Les organisations financières font face à de multiples sollicitations auxquelles elles ne peuvent toujours apporter la réponse adéquate. C'est pourquoi les offres alternatives des acteurs privés rencontrent d'énormes succès auprès des investisseurs.

2. L'offre complémentaire des acteurs privés

Les aides peuvent être octroyées à la demande de l'Etat par une tierce partie. L'intervention des tiers dans la mise en route des contrats de partenariat se développe à un rythme élevé. En effet, avec la crise financière de l'année 2008, les Etats d'accueil des investissements ont été contraints à passer d'une logique de financement privé à une logique de cofinancement public-privé des contrats de partenariat public-privé⁸⁰. Les fonds de pension et les compagnies d'assurances sont devenus une alternative crédible au financement à long terme de grands investissements. C'est pourquoi Frédéric Marty pense que face au renchérissement de la dette qui revêt un caractère structurel avec les règles de Bâle III, la structuration financière des contrats de partenariat public-privé doit mobiliser une plus forte part de fonds propres et des financements obligataires longs provenant d'investisseurs « patients » comme les fonds d'investissement des sociétés d'assurances ou encore des fonds de pension⁸¹.

Il faut noter qu'à l'image de nombreux Etats qui ont créé des mécanismes financiers spécifiques chargés d'accompagner le financement des projets d'investissements⁸², certains Etats africains expérimentent la création de fonds de financement des investissements⁸³.

S'il est vrai que la création de ces financements alternatifs n'est qu'une expérience récente en Afrique et que de tels financements soient encore bien souvent de faible portée⁸⁴, il apparaît

⁷⁸ Jeffrey DELMON, *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures*, PPIAF, op. cit., p.99.

⁷⁹ Voir le Guide d'adhésion à l'Agence Pour l'Assurance du Commerce en Afrique (ACA), Disponible www.ati-aca.org

⁸⁰ Frédéric MARTY, « L'évolution des conditions de financement des contrats de partenariat public-privé: quels impacts de la crise financière », op. cit., p.2.

⁸¹ Ibid., p.2.

⁸² Le FMI a défini lors d'une réunion à Santiago en octobre 2008 les principes de Santiago qui sont un ensemble de bonnes pratiques concernant les fonds souverains.

⁸³ Le Botswana a créé son fonds souverain appelé Pula Fund en 1996. Le premier fonds souverain africain a été créé en 1994 par le Botswana. Plusieurs pays africains ont donc suivi, le Fonds de Régulation des Recettes (Algérie) et le Libyan Investment Authority. Il existe aujourd'hui une dizaine de fonds souverains africains en activité.

⁸⁴ Selon l'IMFA (Initiative des marchés financiers africains- créée par la BAD), « Les marchés obligataires africains...sont de faible profondeur, avec des échéances courtes, une base d'investisseurs non diversifiée, des marchés secondaires limités et peu liquides », V. IMFA, *Rapport sur la cartographie des marchés obligataires en Afrique*, www.africanbondmarkets.org/en/.

que les fonds de pension connaissent une croissance rapide⁸⁵ sur le continent notamment dans les pays de tradition anglo-saxonne en raison d'importantes réformes opérées par les gouvernants dans les systèmes privés de retraite par capitalisation. Il n'est donc pas étonnant que les fonds de pension occupent une bonne place dans ces pays dans le marché obligataire. Par contre, la plupart des pays de la Zone franc et de l'Afrique présentent plutôt des systèmes de pension déficitaires en raison du mode public de leur gestion. Dans cette dynamique, l'Etat du Sénégal a créé en 2013 le Fonds souverain d'investissements stratégiques (FONSIS) et le fonds de garantie des investissements prioritaires (FONGIP). Le FONSIS a, entre autres, pour mission de promouvoir le développement du capital investissement au Sénégal⁸⁶. De façon générale, les fonds d'investissement permettent de sécuriser les investissements dans les infrastructures publiques. De ce fait, elles constituent de précieux soutiens aux acteurs économiques désireux d'investir dans les Etats d'accueils.

Les tierces parties peuvent fournir un mécanisme de renforcement de crédit visant à réduire le coût de la dette ou attirer des investissements. Ce renforcement peut être mis à la disposition des prêteurs et/ou des investisseurs en fonds propres ; le mécanisme comprend une compensation en leur faveur dans certains cas ou la protection d'une partie du service de la dette ou du rendement du capital investi. Il est possible de consulter les agences de notation durant la structuration du projet, afin de maximiser la notation du projet (en particulier si l'on recourt au financement obligataire) ; le renforcement de crédit peut relever considérablement la notation et donc réduire le coût de la dette (en particulier lorsque le renforcement de crédit permet à celle-ci de bénéficier d'une notation supérieure à celle de valeur d'investissement, c'est-à-dire la notation BBB- de Standard & Poors)⁸⁷.

Il ressort du *Guide pratique des Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures* que le renforcement de crédit peut inclure les éléments suivants : des paiements directs ou dons de financement/soutien ; la fourniture de financements en faveur du projet sous la forme de prêts ou d'investissements en fonds propres ; la fourniture de garanties, notamment les garanties relatives aux créances, aux taux de change, à la convertibilité de la monnaie nationale, aux obligations de l'acheteur de la production, aux obligations des fournisseurs, au recouvrement des redevances, au niveau autorisé des redevances, au niveau de la demande de services et/ou aux indemnités de résiliation, etc. ; la fourniture d'un dédommagement, par exemple au titre du manquement d'organismes publics à leurs obligations de paiement ; le subventionnement des redevances en faveur des consommateurs auprès desquels la société du projet aurait des difficultés à recouvrer des créances exigibles ; des mesures visant à dispenser la société du projet de frais, coûts et autres paiements dont elle est supposée s'acquitter auprès d'un organisme du secteur public (par le biais, par exemple, d'une exonération fiscale temporaire ou d'une exemption des obligations fiscales) ; le financement de redevances de référence et la contribution au paiement des redevances auxquelles sont sujettes une partie ou la totalité des

⁸⁵ Ainsi l'IMFA révèle que : «Toutefois, les marchés obligataires domestiques en Afrique affichent un potentiel de croissance avéré avec un montant total d'emprunts obligataires domestiques estimé à 291 Md\$ en 2013, contre 114 Md\$ en 2007 pour les dix plus gros marchés.

⁸⁶ Voir le site du Fonsis www.fonsis.org.

⁸⁷ Jeffrey DELMON, *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures*, PPIAF, Banque mondiale, 2010, p.99.

consommateurs ; la fourniture d'immobilisations ou d'autres investissements directs en nature⁸⁸.

Dans le souci de continuer à mobiliser efficacement les capitaux privés pour financer les infrastructures de développement, la BAD a créé récemment un programme nommé « fond Africa50 » afin de dynamiser davantage le financement du développement des infrastructures en Afrique. Ce fonds vise à mobiliser des capitaux issus de sources non traditionnelles afin de diminuer le plus possible le besoin résiduel de financement des projets d'infrastructures transformateurs, commercialement viables. Les actions de ce fonds seront déclinées autour de deux grands axes : un axe de développement de projets pour préparer et faire aboutir des projets d'infrastructures bancables et un axe de financement de projets pour proposer une palette complète d'instruments de financement.

En général, note DELMON, les entités qui fournissent un renforcement de crédit effectuent leur propre exercice de diligence raisonnable au sujet du projet, ce qui exige du temps et de l'argent. Elles peuvent aussi rechercher des contre-garanties ou sûretés publiques ou autres, en particulier pour atténuer le risque moral selon lequel le renforcement de crédit pourrait protéger une partie défaillante et avoir l'effet pervers de l'inciter à manquer à ses engagements⁸⁹. Le renforcement de crédit peut donc inclure une contre-garantie de la partie dont l'obligation bénéficie d'un appui⁹⁰.

Au total, les aides publiques sont devenues un instrument de politique économique auquel recourent les Etats pour le financement de leurs investissements. La pratique des premiers contrats de partenariat a montré que les aides peuvent être des moyens d'une efficacité limitée.

II. UNE EFFICACITE LIMITEE

De nombreuses attentes sont portées sur le recours aux aides publiques pour favoriser des investissements structurants dans les Etats en développement. Les usages qui ont été jusque-là faits des aides publiques n'ont pas entraîné de nombreux investissements. Dès lors, il faut craindre que les aides publiques ne soient un facteur décisif de développement des partenariats public privé. Dans ce cas, plutôt que d'être des leviers, elles pourraient devenir un mirage pour la promotion desdits contrats (A). Cette inquiétude pourrait se nourrir des conséquences résultant des aides publiques irrégulières (B).

A. LE MIRAGE DES AIDES PUBLIQUES

Il s'agira de montrer que les aides publiques sont d'une grande utilité pour la réalisation des contrats de partenariat (1). Cependant, il convient de noter qu'elles induisent des inconvénients (2).

⁸⁸ Banque Mondiale, *Produits de garantie du groupe de la banque mondiale*, Note d'orientation avril 2016, Disponible sur ; Jeffrey DELMON, *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures*, PPIAF, Banque mondiale, 2010, p. 99.

⁸⁹ Jeffrey DELMON, *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures*, Ibid.

⁹⁰ Ibid.

1. L'importance des aides publiques dans la réalisation des contrats de partenariat

Les modalités d'utilisation des ressources publiques pour favoriser la réalisation des contrats de partenariat sont diverses. Elles peuvent être catégorisées en deux groupes, soit que l'intervention publique est caractérisée par le transfert de ressources, soit qu'il s'agit de sacrifices consentis par les personnes publiques. Ces modalités d'utilisation des ressources publiques témoignent de l'ingénierie financière dans les montages contractuels complexes.

De nombreuses études ont montré l'importance de l'ingénierie financière dans le succès des contrats de partenariat⁹¹. Si pour les Etats en développement le contrat de partenariat laisse entrevoir dans l'imaginaire collectif l'apport de ressources par le seul secteur privé, dans la réalité il apparaît que les interventions publiques sont indispensables pour les gros projets.

En effet, le montage financier des contrats de partenariat soulève de nombreuses difficultés relatives aux sources de financements surtout dans un contexte marqué par la crise financière. Aussi, pour tenir compte des capacités des personnes publiques, des moyens d'interventions ont-ils été définis. Ce sont les mécanismes financiers directs, les mécanismes financiers conditionnels et l'intermédiation financière.

Les mécanismes financiers directs permettent à l'État ainsi qu'aux autres personnes publiques d'apporter un soutien direct (par exemple, par le biais de subventions/dons) aux projets d'investissements en fonds propres et/ou de créances. Ces mécanismes sont particulièrement utiles lorsque le projet ne parvient pas par lui-même à attirer des concours financiers ou à assurer sa viabilité financière ou lorsqu'il présente des risques particuliers que les investisseurs et autres prêteurs privés ne sont pas en mesure de gérer⁹². Cette solution est très souvent utilisée pour les projets d'investissements publics locaux⁹³. Certains Etats ont en effet réglementé la participation des personnes publiques au financement des contrats de partenariat en fonction du niveau de financement privé. Lorsque le financement privé n'est que partiel⁹⁴, le préfinancement public peut être important. C'est ainsi que l'État ivoirien a dû apporter une contribution significative à hauteur de 18,65 % du capital de la société de projet de réalisation du pont autoroutier à péage de la ville d'Abidjan.

Les mécanismes financiers conditionnels constituent une alternative au financement direct permettant à l'Etat de ne pas fournir de financement, mais plutôt de prendre en charge certains passifs éventuels, en fournissant divers types de concours publics⁹⁵. En ce sens, les garanties aux créances et aux obligations ont été utilisées dans les contrats de partenariat relatifs à la production d'énergie. Aussi, pour attirer les investisseurs dans le secteur de production d'énergie, de nombreux Etats ont accordé des garanties d'achat aux producteurs indépendants. C'est notamment le cas au Burkina Faso. Le gouvernement a opté d'élaborer un modèle contractuel unique qui offre les mêmes garanties aux producteurs privés d'énergie retenus à la suite d'un appel d'offre. Cette garantie d'achat oblige l'Etat du Burkina Faso « *en considération*

⁹¹ Pierre-Marie VAGUE, « Le contrat de partenariat, dix ans après. Quel bilan pour les collectivités territoriales ? », *Revue française de finances publiques*, n°126, mai 2014, p. 159.

⁹² Jeffrey DELMON, *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures*, op. cit, p. 99 ; P. SORBET, « *le Financement des PPP en France, Rapport du groupe des banques et organismes financiers membres de l'Institut de la gestion déléguée*, octobre 2006, p. 24 et s. Rapport disponible sur www.fondation-igd.org.

⁹³ En France, la loi LAPCIPP du 17 février 2009 précise que le financement de l'entreprise peut être partiel.

⁹⁴ En France, le décret 2009-987 du 20 août 2009 précise les conditions de financement des collectivités territoriales.

⁹⁵ Jeffrey DELMON, *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures*, op. cit, p. 99.

des obligations souscrites par la société au titre du contrat d'achat d'électricité, conformément aux dispositions de l'article 39 de l'acte uniforme sur les Suretés, inconditionnellement et irrévocablement à payer au Bénéficiaire, à première demande de la part du Bénéficiaire, en une ou plusieurs fois, toute somme que le Bénéficiaire lui réclamera, dans la limite d'un montant maximum de... »⁹⁶. Le montant de la garantie est variable suivant le niveau d'investissement du projet.

L'intermédiation financière constitue un autre moyen auquel recourent les pouvoirs publics pour favoriser le montage financier des contrats de partenariat. Ils y recourent pour proposer leur aide à la mobilisation des financements privés (en particulier sur les marchés financiers nationaux) dans les cas où ce type de financements ne serait pas accordé aux projets d'infrastructure sans l'intervention de l'État⁹⁷.

C'est dans le domaine des infrastructures que l'on relève des exemples de réussite des partenariats public privé dans l'espace UEMOA. Ainsi, le Sénégal et la Côte d'Ivoire sont cités en exemples pour la réalisation de certains projets de partenariat public privé.

La Côte d'Ivoire est présentée comme le pays qui a su tirer profit des contrats de partenariat pour la réalisation de nombreuses infrastructures. C'est le cas en matière routière avec la réalisation du pont autoroutier à péage Henri-Konan-Bédié qui est une concession de type BOT⁹⁸. En matière énergétique, ont été réalisées la phase 3 du cycle combiné de la centrale thermique d'Azito⁹⁹ qui a permis de porter la capacité de production sur le site à 430 MW¹⁰⁰ et la construction du barrage hydroélectrique de Soubré de 220 MW¹⁰¹.

Le Sénégal a pu quant à lui réaliser d'importantes infrastructures telles que l'autoroute à péage de Dakar- Mbour et la centrale électrique de Tobene de 70 Mw. Cette centrale a été construite sur un modèle de Construction-propriété-exploitation grâce au partenariat entre IFC, membre du groupe de la BM et Melec Power Geniliale du groupe Libanais Matelec.

Il faut par ailleurs noter que la réalisation de nombreuses infrastructures a été possible grâce à l'octroi d'importants avantages domaniaux aux investisseurs. L'indisponibilité des statistiques

⁹⁶ Disposition lue dans un contrat d'achat d'énergie solaire entre le gouvernement burkinabé et un investisseur.

⁹⁷ Jeffrey DELMON, *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures*, op. cit. p. 99.

⁹⁸ Le groupe français Bouygues est le principal partenaire du projet. Il détient 49 % de la société d'économie mixte Socoprim, créée pour la réalisation de ce projet. Le reste du capital est partagé entre Fonds panafricain de développement des infrastructures (PAIDF) (22,03 %), l'État ivoirien (18,65 %), la Banque nationale d'investissement (BNI) de Côte d'Ivoire et le pétrolier Total. Voir <http://www.jeuneafrique.com/4405/economie/alassane-ouattara-inaugure-le-troisi-me-pont-d-abidjan/>; <http://www.initiative-ppp-afrique.com/Afrique-zone-franc/Pays-de-la-zone-franc/Cote-d-Ivoire/Pont-a-peage-Henri-Konan-Bedie>.

⁹⁹ Cet investissement de 392 millions de dollars – financé en grande partie par un consortium composé du groupe anglais Globeleq (un opérateur électrique contrôlé par les institutions financières de développement britannique CDC et norvégienne Norfund), le fonds de développement économique de l'Aga Khan la Société financière internationale (IFC, Groupe Banque mondiale) et une Banque de développement sous régional. La Société financière internationale avait notamment reçu mandat pour mobiliser une partie du financement sur le marché financier.

¹⁰⁰ Voir Julien CLEMENÇOT, « Alassane Ouattara inaugure le troisième pont d'Abidjan », Jeune Afrique, Décembre 2014, Disponible sur <http://www.jeuneafrique.com/4405/economie/alassane-ouattara-inaugure-le-troisi-me-pont-d-abidjan/>; Kubetersié C. DABIRE, *Le Conseil financier : un levier pour le financement des infrastructures publiques en Afrique*, RB Edition, Paris, 2015, p. 115.

¹⁰¹ Baudelaire MIEU, « Avec la centrale Azito 3, la Côte d'Ivoire augmente sa production électrique de 10 % », juillet 2015, Disponible sur Voir <http://www.jeuneafrique.com/242273/economie/lentree-production-dazito-3-cote-divoire-augmente-production-electrique-de-10/>

ne permet pas d'illustrer l'importance de cette aide publique. Au total, l'évocation des avantages des aides publiques pour la promotion des projets en mode partenariat public privé ne doit pas masquer leurs inconvénients.

2. Les inconvénients induits par les aides publiques

Les contrats de partenariat ont permis d'attirer des investissements importants dans certains pays. Cependant, des analyses socio-économiques critiques des partenariats public privé ont pu montrer que cet outil contractuel révèle des inconvénients tout aussi importants¹⁰².

Les effets bénéfiques des contrats de partenariat sont nuancés par les insuffisances qui ont résulté de leur mise en œuvre. L'analyse se limitera à l'examen de quelques limites potentielles identifiées par la littérature économique¹⁰³. Il s'agit particulièrement des pertes de recettes qui découlent des aides publiques, les surcoûts des projets, de l'augmentation de la dette publique, les prix hors normes des produits de service et la concurrence déloyale entre les entreprises.

Le recours aux aides publiques pour favoriser les contrats de partenariat à l'inconvénient d'entraîner d'importantes pertes de recettes pour les Etats. Ainsi, au Burkina Faso, le régime fiscal du contrat portant travaux de construction « clef en main » de l'Echangeur du nord de Ouagadougou a soulevé de nombreuses inquiétudes sur sa conformité à la législation fiscale¹⁰⁴ et aux exigences de la bonne gouvernance économique. Dans une note interne, la direction générale des impôts a attiré l'attention de sa hiérarchie sur la singularité du régime fiscal du marché de l'échangeur. Cette singularité tient d'une part à l'étendue des exonérations qui va au-delà des avantages accordés pour les marchés sur financement extérieur ; d'autre part, le régime fiscal exonère de tout impôt une entreprise établie sur le territoire national¹⁰⁵. La direction générale des impôts alerta les gouvernants de l'impact de ce régime fiscal sur les recettes fiscales. Elle conclut, en effet, qu' « *en ne tenant compte que des recettes fiscales directement liées au marché, on peut relever les manques à gagner ci-après sur les contributions du titulaire : au titre des Droits d'enregistrement 2 012 618 400, 12 075 710 456 au titre de la Taxe sur la valeur ajoutée* »¹⁰⁶. Au regard de cette situation pour le moins inconséquente, la DGI avouait les difficultés de mise en œuvre du régime fiscal parce que le dispositif législatif et réglementaire en vigueur ne prévoyait pas une exonération des droits et taxes pour un financement assuré par le budget de l'Etat en lieu et place d'une application plus

¹⁰² Elisabeth CAMPAGNAC et Géry DEFFONTAINES, « Une analyse socio-économique critique des PPP », Revue d'économie industrielle [En ligne], 140 | 4ème trimestre 2012, mis en ligne le 15 décembre 2014, consulté le 15 octobre 2017. URL : <http://rei.revues.org/5474> ; DOI : 10.4000/rei.5474 ; Stéphane SAUSSIÉ et Phuong TRA TRAN, « L'efficacité des contrats de partenariat en France : une première évaluation quantitative », Revue d'économie industrielle [En ligne], 140 | 4ème trimestre 2012, mis en ligne le 15 décembre 2014, consulté le 15 octobre 2017. URL : <http://rei.revues.org/5480> ; DOI : 10.4000/rei.5480

¹⁰³ Stéphane SAUSSIÉ et Phuong TRA TRAN, « L'efficacité des contrats de partenariat en France : une première évaluation quantitative », Revue d'économie industrielle, 140 | 2012, 81-110.

¹⁰⁴ Note 2015-0433/MEF/SG/DGI/DLC du 15 juin 2015 à Monsieur le Ministre de l'Economie et des Finances.

¹⁰⁵ Le régime fiscal du marché prévoit que l'entreprise est exonérée de tous impôts et taxes notamment : les droits d'enregistrement, les droits de timbre, la patente, la Taxe sur la valeur ajoutée, tous droits et taxes de douanes y compris les prélèvements communautaires (PC et PCS), la taxe patronale et d'apprentissage, l'impôt minimum forfaitaire, les acomptes et retenues sur impôts sur les bénéficiaires, l'impôt sur les sociétés. Ce régime fiscal exceptionnel s'étend aux partenaires du cocontractant que sont les sous-traitants, les fournisseurs et les employés, tous exonérés d'impôts, droits et taxes dus en régime intérieur, à savoir: la Patente, la taxe patronale et d'apprentissage, l'impôt minimum forfaitaire, les acomptes et retenues sur impôts sur les bénéficiaires, les impôts sur les bénéficiaires, les retenues sur les loyers payés à leurs bailleurs, les taxes sur les contrats d'assurances, etc.

¹⁰⁶ Note 2015-00433/MEF/SG/DGI/DLC du 15 juin 2015 à Monsieur le Ministre de l'Economie et des Finances.

rigoureuse du régime fiscal de droit commun¹⁰⁷. Ce traitement est d'autant plus incongru qu'il accorde des avantages qui outrepassent ceux prévus par la loi fiscale n°025-2012/AN du 04 juin 2012 portant institution d'un régime fiscal et douanier spécial applicable aux conventions d'investissements¹⁰⁸.

De façon générale, l'application de ces mesures dérogatoires trouve difficilement leur fondement dans la loi n°020-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé qui autorise l'octroi de mesures fiscales dérogatoires prévues dans les textes particuliers au contrat de partenariat. Cette lecture retenue par l'administration est contestable parce qu'elle ne ressortit ni de la lettre ni de l'esprit de l'article 47 de la loi n°020-2013/AN précitée.

C'est en raison des effets pervers des régimes fiscaux à la carte que l'administration fiscale a souhaité l'introduction dans le projet de loi de finances 2018 d'un régime fiscal et douanier propre aux contrats de partenariat. Cette solution n'a finalement pas été retenue.

Les dérogations fiscales au Niger varient en fonction des phases de conception, de réalisation¹⁰⁹ et d'exploitation¹¹⁰ ou de renouvellement et d'extension des investissements. En 2015, au Niger dans le cadre du contrôle de l'action gouvernementale, un groupe de députés de l'opposition a, par voie d'interpellation, posé un certain nombre de questions au Gouvernement relativement à la mise en œuvre de certains contrats découlant du partenariat public-privé¹¹¹. Ces derniers reprochaient au Gouvernement d'avoir octroyé plus de 300 milliards d'exonérations dans les contrats de partenariat public-privé. En réponse, le Ministre des finances fera observer que le montant total des droits exonérés qui s'élevait à cette période à plus de huit cent millions de francs CFA sera bien plus important, mais il sera loin des 300 milliards¹¹².

¹⁰⁷ Note 2015-00433/MEF/SG/DGI/DLC du 15 juin 2015 à Monsieur le Ministre de l'Economie et des Finances.

¹⁰⁸ Cette loi a été adoptée pour la mise en œuvre des investissements dans le cadre de la stratégie accélérée et de développement durable (SCADD). Cette loi a été étendue par la loi n°21-2013/AN portant loi de finances rectificative de la loi de finances 2013.

¹⁰⁹ Selon l'article 4, en phase de conception et/ou de réalisation, les projets de type partenariat public privé bénéficient pour leurs opérations d'une exonération totale des taxes et droits perçus par l'Etat y compris la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), sur les prestations de service, les travaux et services concourant directement à la réalisation du projet.

¹¹⁰ Selon l'article 10, en phase d'exploitation et/ou de gestion, les projets de type partenariat public privé bénéficient des avantages fiscaux ainsi qu'il suit: exonération de l'Impôt sur les bénéfices pendant les cinq (5) premières années pour les CPPP supérieurs à 2 ans et inférieurs à 10 ans, et des dix (10) premières années pour les CPPP supérieurs à 10 ans; exonération de l'Impôt Minimum Forfaitaire (IMF) pendant les dix (10) premières années du projet; imposition du revenu des valeurs mobilières au taux réduit de 20 ; exonération totale de la taxe sur la valeur ajoutée sur les produits exportés; exonération totale de la taxe professionnelle et de la taxe immobilière pendant toute la durée du CPPP ; exonération totale de la Taxe sur la valeur ajoutée (TVA) sur les achats locaux pendant les cinq (5) premières années; réduction de 50 du taux des droits et taxes sur les carburants (gas-oil, fuel-oil] et toute autre source d'énergie utilisée dans les installations fixes. Cette exonération est accordée dans les limites d'un contingent fixé annuellement et reconnu par l'autorité administrative compétente comme utilisable dans ces installations. L'autorité administrative aura un pouvoir de contrôle sur l'utilisation du contingent accordé; non-application des impôts et taxes à caractère fiscal dont la création est intervenue après la signature du contrat sauf en ce qui est profitable au partenaire.

¹¹¹ Voir Lettre n°069/PAN/SG du 18 novembre 2015 du Président de l'Assemblée Nationale transmettant au Premier Ministre, une interpellation adressée par quatorze (14) Députés relative à la gestion des contrats de partenariat public privé (CPPP). Consultée le 12/09/2017 sur le site de <http://www.lesahel.org/index.php/component>.

¹¹² Voir Réponse du ministre de l'Economie et des Finances, M. Saïdou SIDIBE, aux questions des députés ; Disponible sur <http://www.lesahel.org/index.php/component>.

L'impact des pertes de recettes sur la comptabilité financière de l'Etat oblige le FMI à constater que les PPP financés par l'Etat ont des implications sur le déficit budgétaire et la dette brute¹¹³.

Les régimes fiscaux spéciaux posent un problème fondamental relatif au cumul des régimes dérogatoires. Si les lois nationales affirment le principe du non cumul¹¹⁴, dans la pratique, les investisseurs bénéficient du cumul de régimes dérogatoires. En effet, il a pu être lu dans un contrat de partenariat conclu par le Gouvernement burkinabè « que nonobstant les avantages fiscaux prévus par le code minier, le code des investissements et tout autre texte particulier en vigueur au Burkina Faso, le partenaire pourra négocier avec le Gouvernement un régime fiscal particulier, qui gouvernera tous les volets du projet, au regard de l'importance stratégique des investissements et de la particularité du projet. Ce régime fiscal fera l'objet d'une annexe au présent contrat »¹¹⁵.

Le régime fiscal des contrats de partenariat soulève aussi le problème des prix de transfert dans les contrats de partenariats public-privé. Les prix de transfert entraînent d'énormes pertes pour les Etats au point que la doctrine a soulevé la nécessité de contrôler dans certains cas les prix de transfert dans les contrats liés¹¹⁶. Selon la doctrine administrative, l'expérience des prix de transfert dans les concessions et partenariat public-privé montre l'utilité de contrôler les contrats conclus entre la société privée titulaire du contrat (délégation de service public ou toute autre forme de partenariat public-privé) et les sociétés du groupe auquel elle appartient afin de s'assurer que les prix pratiqués sont des prix de marché¹¹⁷. Dans ce sens, Paul Lignières affirme que : « l'investisseur peut avoir un intérêt à accroître le déficit de la société délégataire au profit des fournisseurs de son groupe à travers la pratique des surfacturations et sous facturations »¹¹⁸.

Par ailleurs, le surendettement public est l'un des risques majeurs des politiques défaillantes des aides publiques. L'augmentation de la dette résulte des pertes inhérentes aux dérogations fiscales que les engagements financiers résultant des garanties des emprunts amplifient.

Face à l'appel à l'aide des Etats ne parvenant plus à maîtriser leur dette publique¹¹⁹, les institutions financières telles que le FMI sont obligées d'imposer un programme d'ajustement budgétaire aux Etats.

Un autre inconvénient des aides publiques se manifeste dans le surcoût des projets de partenariat entraîné par la garantie PPP. En effet, toute garantie PPP a un coût élevé qui varie en fonction de la durée de la garantie. En cas d'appel de la garantie, le coût de la garantie est augmenté, lorsque le Garant décide de rembourser en une fois le prêteur garanti. Au total, on constate que le coût déjà élevé de la garantie PPP s'ajoute au coût du crédit mobilisé pour l'investissement.

¹¹³ Benoît WIEST, « Exemple de PPP : Prison d'Auckland South (Nouvelle-Zélande) », Ouagadougou, Novembre 2017, p. 21. Document inédit.

¹¹⁴ Selon l'article 22 de la loi n°2014-02 du 31 mars 2014 du Niger : Les projets de type partenariat public privé ne peuvent bénéficier cumulativement des avantages contenus dans le code général des impôts et du code des investissements ainsi que de tous autres textes particuliers et ceux prévus par la présente loi.

¹¹⁵ La clause de confidentialité contenue dans le contrat ne permet pas de dévoiler l'identité du partenaire qui pourrait se prévaloir de la divulgation de son régime fiscal spécial comme un manquement au contrat.

¹¹⁶ Paul LIGNIÈRES, « Les prix de transfert dans les concessions et autres formes de partenariat public-privé » *Droit Administratif* n°11, Décembre 2003, pratique 11, p. 39.

¹¹⁷ Paul LIGNIÈRES et François APRIL, « Comment contrôler les « prix de transfert » dans les contrats de partenariat public-privé? », *Droit Administratif* n° 7, Juillet 2004, prat. 7.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Voir Philippe AUBERGER, « La Banque centrale européenne face à la crise des dettes souveraines », *Revue française de finances publiques*, 2014, n°125, page 45.

C'est pourquoi le Président Talon fait le plaidoyer pour la réduction des primes d'assurance proposées par l'ACA. Cette réduction « contribuera d'une part à ajuster progressivement la baisse des primes de risque évalué par les autres agences éloignées des réalités du secteur privé africain. D'autre part, cela permettra aux pays d'obtenir un taux effectif des emprunts en cohérence avec leur stratégie d'endettement et les investissements réalisables »¹²⁰.

D'autres inconvénients des contrats de partenariat peuvent être recherchés dans les coûts des produits et services issus de l'exploitation des infrastructures réalisées. En effet, au Sénégal, le groupe Eiffage a au départ réclamé 3000 francs CFA comme tarif global de l'autoroute à péage Dakar-Diamniadio. Le différend sur les prix avait perturbé l'inauguration des tronçons Diamniadio-Mbour. Les autorités sénégalaises ont alors insisté pour que la société baisse les tarifs considérés trop élevés pour les automobilistes. Le groupe Eiffage fut contraint de réduire 800 F CFA sur le tarif initial.

En Côte d'Ivoire, les consommateurs de l'électricité ont protesté face au relèvement du coût de l'électricité à la suite de la mise en exploitation de la phase 3 de la centrale d'Azito. Le prix du kilowattheure est passé de 63 F à 66 F CFA. La réaction des autorités ivoiriennes face à cette augmentation a dû évoluer sous l'effet de la grogne sociale. Après quelques tentatives de justification de la hausse des prix par le gouvernement,¹²¹ Le président Ouattara a dû obliger la société de gestion d'électricité à revenir sur l'augmentation¹²². Cependant, le réajustement tarifaire de l'électricité devrait concerner les clients de la tranche moyenne et haute tension.

Au total, l'on fait le constat que les exonérations octroyées par l'Etat n'ont pas une répercussion sur le prix livré aux usagers. Le prix élevé du service à l'utilisateur suscite en conséquence des interrogations sur l'impact des aides publiques sur les politiques d'exploitation des partenaires privés.

Il faut enfin déplorer la pratique administrative des aides d'Etats qui crée une concurrence déloyale entre les entreprises. Comme il a pu être vu avec l'exemple de la construction de l'échangeur du Nord au Burkina Faso, certaines entreprises bénéficient d'un régime fiscal discriminatoire. Elles bénéficient, ce faisant, d'un dumping fiscal que les gouvernants ont du mal à justifier.

B. LA REALITE DES CONSEQUENCES RESULTANT DES AIDES PUBLIQUES IRREGULIERES

Les aides publiques peuvent avoir des effets néfastes sur les économies nationales parce qu'elles peuvent entraver l'intégration communautaire et les économies nationales au point

¹²⁰ Patrice TALON, Discours précité.

¹²¹ Cité par Landry PONOU, « Côte d'Ivoire : le prix de l'électricité augmente, les consommateurs grognent, Jeune Afrique », Mai 2015, Disponible sur <http://www.jeuneafrique.com/232050/economie/cote-d-ivoire-le-prix-de-l-electricite-augmente-les-consommateurs-grognent>.

¹²² Lors du message qu'il a adressé aux travailleurs à l'occasion de la fête du travail du 1^{er} mai 2017, le Président Ouattara a affirmé que « *comme vous le constatez, le prix de l'électricité n'a pas augmenté en 2016. Il en sera de même pour les ménages en 2017* ». Celui-ci affirmait également que « pour faire baisser les prix de l'électricité et de l'eau, la Côte d'Ivoire devrait mettre fin au monopole de la CIE (compagnie ivoirienne d'électricité) et de la SODECI (société de distribution d'eau) ». Voir Jeune Afrique, Côte d'Ivoire le prix de l'électricité augmente, les consommateurs grognent, Disponible sur www.jeuneafrique.com/

qu'il apparait opportun d'en contrôler leurs usages (1). Les partenaires privés peuvent être contraints de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'Etat (2).

1. Les contrôles des aides publiques

Le besoin d'efficacité des interventions étatiques sert de fondement au contrôle des aides publiques. Les contrôles des aides publiques sont de divers ordres. Il s'agit d'un contrôle qui peut être communautaire ou national.

Le contrôle communautaire vise à préserver la construction du marché commun. Il s'agit pour les organes communautaires de veiller à ce que les aides publiques ne faussent pas la concurrence au sein de l'Union en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. Pour ce faire, les organes vont s'assurer que les aides publiques accordées par les Etats sont compatibles avec le marché commun. En effet, le Traité de l'UEMOA, dispose qu'une année après son entrée en vigueur, sont interdites de plein droit les aides publiques aux entreprises qui sont de nature à fausser la concurrence¹²³. C'est cette catégorie d'aides publiques qui reçoit en droit européen la qualification d'aides d'Etat¹²⁴. Le contrôle de ces aides en droit européen procède de leur identification et d'une procédure de contrôle.

Dans une communication récente, la Commission européenne a clarifié la portée des règles de l'UE relatives aux aides d'Etat afin de faciliter les investissements publics. Elle a défini les principes suivants.

Les investissements publics destinés à la construction ou à la modernisation d'infrastructures ne constituent pas une aide d'Etat si les infrastructures financées ne sont pas en concurrence directe avec d'autres infrastructures du même type. La Commission européenne précise que de tels projets peuvent, par conséquent, être mis en œuvre par l'Etat membre sans devoir être contrôlés au regard des règles de l'UE relatives aux aides d'Etat. C'est généralement le cas des infrastructures routières, ferroviaires, fluviales et des réseaux d'adduction d'eau et de traitement des eaux usées. En revanche, les infrastructures dans des domaines tels que l'énergie, le haut débit, les aéroports ou les ports sont souvent en concurrence avec des infrastructures similaires. Dans ces secteurs, si un projet est financé par des fonds publics alors que des projets concurrents doivent fonctionner sans soutien public, cela peut conférer au projet subventionné un avantage économique sélectif par rapport à ses concurrents. C'est la raison pour laquelle ce type de financement est soumis à un examen préalable de la Commission au titre des règles de l'UE relatives aux aides d'Etat.

Même lorsque des infrastructures sont construites grâce à une aide d'Etat, ni l'exploitant, ni les utilisateurs, s'ils paient le prix du marché, ne bénéficient d'une aide. Lorsqu'une infrastructure est construite à l'aide d'un financement public qui comporte des éléments d'aide d'Etat au regard des règles de l'UE, les autorités publiques doivent veiller à ce que l'aide ne profite pas à l'exploitant ou aux utilisateurs de cette infrastructure.

Le contrôle des aides d'Etat par l'UE porte principalement sur les investissements publics qui ont des effets transfrontières. Les financements octroyés à des infrastructures ou à des services à l'échelle locale, qui sont peu susceptibles d'attirer des clients en provenance d'autres Etats

¹²³ Article 88 (c) du Traité et l'article 2 du règlement n°4/2002/CM/UEMOA relatif aux aides d'état à l'intérieur de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine et aux modalités d'application de l'article 88 (C) du Traité.

¹²⁴ L'article 107 §1 du TFUE pose un principe général d'interdiction des aides d'Etat dans la mesure où elles affectent les échanges entre les Etats membres.

membres, et qui n'ont qu'un effet marginal sur les investissements transfrontières, ne relèvent pas des règles de l'UE relatives aux aides d'État »¹²⁵.

L'UEMOA qui s'est inscrit dans un processus d'harmonisation du cadre réglementaire des contrats de partenariat pourrait élaborer les critères d'identification des aides publiques autorisées ou prohibées pour les contrats de partenariat. En attendant l'adoption de principes directeurs, il convient de faire observer que le projet de directive sur les partenariats public-privé prévoit des subventions particulières. Pour la doctrine administrative, « l'obligation de l'administration elle-même de venir en aide au cocontractant prend sous cet éclairage sa véritable signification ; la vraie justification de cette aide, c'est, avant toute considération d'équité, la préoccupation d'empêcher que le fonctionnement du service public ne soit interrompu ou compromis par la débâcle du cocontractant, par exemple du concessionnaire de service public, dont la faillite entraînerait l'arrêt du service »¹²⁶.

La procédure de contrôle des aides publiques en droit UEMOA est prévue par le Règlement n°4/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine et aux modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité. La procédure de contrôle qui s'inspire de celle prévue en droit européen donne compétence à la Commission pour apprécier la compatibilité de l'aide avec le marché commun¹²⁷. Des mesures correctives et des sanctions sont notamment prévues contre les Etats qui ne respectent pas le régime juridique des aides publiques. Il peut s'agir de l'obligation de récupération de l'aide, de modification sur le fond ou de suppression du régime d'aides illégales, etc.¹²⁸.

La grande difficulté des instances communautaires réside dans le contrôle des aides dites implicites, c'est-à-dire les aides irrégulières qui n'ont pas été autorisées par le Parlement¹²⁹. Pour des institutions qui ne parviennent pas à contrôler efficacement les aides publiques régulières, comme c'est le cas dans l'UEMOA, le contrôle des aides irrégulières qui n'ont pas été autorisées par une loi de finances plus est qu'improbable.

Les contrôles nationaux peuvent être exercés par plusieurs acteurs institutionnels ou non. Au niveau institutionnel, la budgétisation à base zéro (BBZ) permet désormais aux parlementaires d'exercer leurs compétences de contrôle sur l'ensemble des crédits de paiement (CP) et des autorisations d'engagement (AE)¹³⁰. En effet, selon l'article 4 de la directive n°06/2009/CM/UEMOA « Aucune recette ne peut être liquidée ou encaissée, aucune dépense

¹²⁵ Commission européenne, Communiqué de presse IP/16/1782, mai 2016, Le texte de la communication peut être consulté à l'adresse suivante: http://www.ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/notice_aid_en.html.

¹²⁶ André De LAUBADERE, Franck MODERNE, Pierre DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1984, t. 2, p. 562.

¹²⁷ Sur la compétence de la Commission de l'Union européenne sur les aides publiques, voir Gian Michele ROBERTI, « Le contrôle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales », *AJDA*, n°6, 20 juin 1993, p.397.

¹²⁸ Voir les articles 6, 13, 14, 16, 18 et 19, 20 du règlement n°4/2002/cm/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux aides d'état à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine et aux modalités d'application de l'article 88 (c).

¹²⁹ Christophe BARTHELEMY, « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'Etat aux établissements publics : mythe ou réalité ? », *Revue juridique de l'entreprise publique*, n° 613, Octobre 2004, 12 p.

¹³⁰ Voir le Guide didactique de la directive n°06/2009/CM/UEMOA DU 26 JUIN 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA, p.19.

publique ne peut être engagée ou payée si elle n'a été au préalable autorisée par une loi de finances ».

Un contrôle de type administratif est exercé par les administrations nationales. Il peut s'agir d'un contrôle administratif réalisé par les organes nationaux en charge du contrôle de la concurrence. Le contrôle administratif de nature financière qui permet à l'administration financière de s'assurer du respect de la réglementation nationale et communautaire est exercé par plusieurs administrations. Ainsi, la direction générale des impôts contrôle le respect des indicateurs financiers relatifs à la dépense fiscale¹³¹.

Les contrôles sociétaux sont la conséquence de l'intérêt porté par les citoyens sur le nouvel outil de financement que constitue le contrat de partenariat. Le contrôle que les citoyens, à travers les organisations de la société civile, exercent sur les aides publiques est nourri par les craintes de la résurgence des effets pervers des opérations de privatisation en Afrique. En effet, nombreux sont les pourfendeurs des partenariats public-privé qui l'assimilent à la privatisation. Au Burkina Faso, ce sont les médias qui ont été à la base de la contestation du régime fiscal et douanier spécial accordé au groupe SOGEA-SATOM dans le marché de construction de l'échangeur du nord¹³².

Dans les Etats membres de l'UEMOA, le contrôle des juridictions internes sur les aides publiques est inexistant. Ce contrôle aurait pu être engagé sur la base de la compétence des juridictions internes à connaître du contentieux communautaire. En matière d'aides publiques, les juridictions internes sont tenues par la qualification retenue par l'organe administratif de l'Union. C'est du moins le principe retenu en droit européen¹³³.

Le contrôle juridictionnel au niveau national peut être de type financier, administratif et judiciaire. Le contrôle financier est exercé par la Cour des comptes. Ainsi, la Cour des comptes de la Côte d'Ivoire a estimé que de 2012 à 2015, les administrations douanières et fiscales (la DGD et la DGI) n'avaient pas respectées les règles relatives aux dépenses fiscales qui imposent notamment que les dépenses fiscales qui correspondent aux niches de recettes (exonérations fiscales, agréments prioritaires, etc.) soient intégrées au budget de l'Etat, pour une meilleure connaissance des capacités financières de l'Etat et un meilleur pilotage des dépenses fiscales de chaque exercice budgétaire. Elle a estimé que l'absence de la mise en place du Comité chargé de l'évaluation des dépenses fiscales prévu par la directive n°08/2015/CM/UEMOA du 02 juillet 2015 ne dispensait pas la DGD et la DGI de l'évaluation des obligations mises à la charge des bénéficiaires des exonérations¹³⁴.

Le second type de contrôle devant le juge administratif peut se faire sur la base du principe du traitement juste et équitable qui impose au gouvernement une obligation positive de traiter

¹³¹ Selon Gabriel MIGNOT, le concept de dépense fiscale permet de souligner que ces dispositions fiscales dérogatoires représentent en théorie, un manque à gagner pour l'Etat, même si ce coût est moins connu visible et moins connu que celui des autres dépenses publiques. Voir Gabriel MIGNOT, « La fiscalité dérogatoire pour un réexamen des dépenses, Synthèse du 21^e rapport du Conseil des impôts », *RFFP*, n°34, Décembre 2003, p. 201.

¹³² Voir le journal le Reporter, « Affaire fraude fiscale dans le marché e l'échangeur du Nord : le règle de l'opacité et de l'omerta », Disponible sur www.reporterbf.net; Ali BENCHENEB, Le droit européen des investissements et le devenir du traitement juste et équitable, *Revue internationale de droit économique*, 2016, pp. 91-106.

¹³³ Jacques DERENNE, Bruno STROMSKY, Raphael VUITTON, « Chroniques Aides d'Etat », *Concurrences* n°2-2017, p.148.

¹³⁴ Cour des comptes de Côte d'Ivoire, Rapport définitif sur l'exécution du Budget 2015, p. 30

l'investisseur de bonne foi, d'une manière raisonnable et mesurée qui respecte les clauses contractuelles qui portent sur les attentes des parties¹³⁵.

A l'opposé, les entreprises qui ne sont pas bénéficiaires des aides publiques pourraient être fondées à contester le régime de faveur accordé à certains investisseurs. Ainsi, il pourrait se fonder sur le versant du principe du traitement juste et équitable, à savoir le traitement discriminatoire pour engager un recours devant le juge administratif¹³⁶. C'est un recours de ce type qui a conduit à la condamnation récente en France de la collectivité territoriale de Corse¹³⁷.

Dans la plupart des Etats africains, pendant longtemps, la mise en jeu de la responsabilité des personnes publiques pour le non-respect du régime des aides publiques s'est heurtée à deux facteurs majeurs : l'indisponibilité de l'information sur l'octroi des aides publiques et la crainte pour les entreprises défavorisées de perdre des contrats ultérieurs. Cette crainte de l'Etat a tendance à céder le pas au développement progressif de sa responsabilité contractuelle.

2. La mise en jeu de la responsabilité contractuelle des Etats

Les mécanismes de responsabilité de la puissance publique sont des garanties des investissements étrangers¹³⁸. En effet, la relation d'investissement se termine quelquefois par un différend entre l'Etat d'accueil et les investisseurs. Les aides publiques peuvent se trouver au cœur de ce différend. En effet, s'ils sont destinés à créer des conditions favorables à l'investissement, les aides publiques peuvent devenir une équation difficile à résoudre pour les parties. Les Etats d'accueil peuvent se trouver dans l'impossibilité d'honorer les engagements pris pour faciliter la réalisation des investissements. L'inexécution de l'obligation de la personne publique peut trouver son fondement dans celle de l'investisseur lorsqu'il s'agit d'un contrat qui a prévu des obligations simultanées. La défaillance de l'une ou l'autre des parties peut entraîner celle du cocontractant.

En pareilles circonstances, la partie qui s'estime la plus lésée peut ouvrir un contentieux. C'est le cas avec le différend en cours auprès de la chambre de commerce de Paris entre l'Etat burkinabè et Pan African Burkina Limited. L'un des griefs reprochés à l'Etat burkinabè tient au non-respect de son engagement à octroyer une aide publique de nature fiscale. En effet, selon l'investisseur l'Etat s'est engagé à lui accorder un régime fiscal spécial dans l'accord de partenariat public-privé. Il prétend que le refus de lui octroyer le régime fiscal particulier est un obstacle à l'exploitation rentable du projet. Ce différend rappelle à propos la prégnance du risque contentieux dans les contrats de partenariat¹³⁹.

Le contentieux relatif aux aides publiques soulève le problème des mécanismes de responsabilité de la puissance publique. Cette responsabilité peut être engagée aussi bien sur la base du droit interne que du droit international.

¹³⁵ *Compania de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. the Argentine Republic*, ICSID/ARB/97/3, award, 20th August 2007, § 5.2.15.

¹³⁶ Xavier DELCROS, « Le contrôle du juge administratif français en matière d'aides publiques », op. cit., p. 462.

¹³⁷ TA Bastia, 23 févr. 2017, n° 1500375, Société Corsica Ferries). Il s'agit de la première décision de réparation prononcée en Europe par un tribunal national à l'encontre d'une collectivité territoriale.

¹³⁸ Arnaud de NANTEUIL, *Droit de l'investissement*, Paris, Pedone, 2017, p.74.

¹³⁸ Ibid., p.74-75.

¹³⁹ Jean-Charles JOBART, « Le risque contentieux lors de l'exécution des contrats de partenariat : le point de vue d'un juge administratif », in Serge REGOURD et Lucien RAPP (Dir.), *Du contrat de partenariat au marché de partenariat*, op. cit., p. 75-105.

La doctrine montre qu'il est plus intéressant d'engager la responsabilité contractuelle sur la base des mécanismes internes de responsabilité¹⁴⁰. En effet, les parties peuvent toujours convenir à l'avance de l'indemnisation du particulier privé au moyen d'« un accord autonome »¹⁴¹. Comme l'a admis le Conseil d'Etat français, l'accord est un contrat conclu entre la personne publique, le partenaire privé et le financeur de ce dernier qui a pour objet de répartir la responsabilité d'une éventuelle nullité du PPP¹⁴².

L'engagement de la responsabilité sur la base du droit international est le plus souvent le fait de l'investisseur devant les juridictions internationales. La responsabilité peut s'engager sur la base de réclamations contractuelles et/ou de réclamations fondées sur un traité bilatéral d'investissement. Concernant le non-respect des engagements contractuels et particulièrement des aides publiques, les problèmes juridiques ont concerné le fondement de la responsabilité et la nature et l'étendue de la réparation. La jurisprudence des tribunaux arbitraux a retenu que cette responsabilité peut être engagée sur le fondement de la protection des attentes légitimes de l'investisseur¹⁴³. Aussi, le principe de respect de la confiance légitime a donné lieu à de nombreuses études dans le champ du droit communautaire¹⁴⁴ où il a acquis le rang de « principe fondamental »¹⁴⁵ ainsi qu'en droit international des investissements¹⁴⁶. Il a, à cet effet, été montré l'utilité de la protection des attentes légitimes de l'investisseur par l'État d'accueil de l'investissement¹⁴⁷. L'existence de promesses imputables à l'État en faveur de l'investisseur est de nature à faire naître des attentes légitimes dans le chef de ce dernier. Il ressort ainsi de la sentence *Sempra* que les promesses qui ont été faites créent des attentes sur lesquelles les investisseurs doivent pouvoir compter¹⁴⁸. L'existence de promesses n'est ainsi pas exigée pour

¹⁴⁰ Voir: TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Paris, Economica, 1989; du même auteur, *Responsabilité contractuelle in Denys de BÉCHILLON (Dir.), Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, 2 volume, 800 pages; Arnaud de NANTEUIL, *Droit de l'investissement*, op. cit., p.74.

¹⁴¹ Voir D. KATZ, « Les accords autonomes à l'épreuve de la jurisprudence Mergui », *AJDA*, 2014, p.1662 ; A. DJEMAOUN, L. LAVIOLE, « L'accord autonome : une réponse aux réserves des banques à financer les contrats de partenariat », *BJCP*, 2012, n° 84, p.319-321

¹⁴² CE 4 mai 2011, n° 334280, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes*, Uzès, Bagnols, Le Vigan, Lebon ; Dalloz actualité, 17 mai 2011, obs. R. Grand ; *RDI* 2011. 396, obs. S. Braconnier ; *RFDA*, 2012, 455, chron. H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois et L. Milano

¹⁴³ *Sempra Energy International v. the Argentine Republic*, ICSID/ARB/02/16, award, 28th September 2007, § 296; CIRDI, *Affaire Ioannis Kardassopoulos*; CIRDI, *Affaire SPP c. Égypte*. Ces décisions sont disponibles sur le site <http://ita.law.uvic.ca>.

¹⁴⁴ Voir : Michaël KARPENSCHIF, Jean-Luc SAURON, « Droit des aides d'État » : Décisions du 1^{er} janvier au 30 avril 2017, *JCP / La Semaine Juridique – Édition Administrations et Collectivités Territoriales*, N° 38-39. 25 septembre 2017, p. 2227, S. CALMES, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2001, 706 pages.

¹⁴⁵ *Vereniging voor Energie, Milieu en Water, Amsterdam Power Exchange Spotmarket BV, Eneco NV v. Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie*, précité, § 73.

¹⁴⁶ Voir : Julien CAZALA, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *Revue internationale de droit économique*, 2009/1 (t. XXIII, 1), p. 5-32; S. FIETTA, « The Legitimate Expectations » Principle under Article 1105 Nafta. *International Thunderbird Gaming Corporation v. the United Mexican States*, *Journal of World Investment and Trade*, 2006, pp. 423-432; A. SIWY, « Indirect Expropriation and the Respect of the Legitimate Expectations of the Investor », *Austrian Yearbook of International Law*, 2007, pp. 255-277; F. ORREGO VICUÑA, « From Preston to Prescott: Globalizing Legitimate Expectation », *Law in the Service of Humanity : Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge University Press, 2005, pp. 301-312 ; E. SNODGRASS, « Protecting Investors Legitimate Expectations : Recognizing and Delimiting a General Principle », *ICSID Review*, 2006, pp. 1-58.

¹⁴⁷ Julien CAZALA, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *Revue internationale de droit économique* 2009/1 (t. XXIII, 1), p. 5-32.

¹⁴⁸ *Sempra*, §§ 299 et 303.

que des attentes légitimes soient générées en faveur de l'investisseur, mais lorsque c'est le cas, l'investisseur peut légitimement s'attendre à ce que ces promesses soient tenues. Il faut en tous les cas qu'il démontre selon les critères jurisprudentiels, notamment *Salini c/ Maroc* que les opérations qu'il a réalisées sont des investissements¹⁴⁹.

La protection des attentes légitimes a soulevé la question de la régularité de l'acte interne qui sert de fondement à la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de l'Etat. Les tribunaux arbitraux ont admis que la régularité de l'engagement n'a pas d'incidence sur les attentes légitimes des investisseurs¹⁵⁰. L'acte, même irrégulier, laisse intact l'engagement pris par l'Etat ou un de ses démembrements vis-à-vis de l'investisseur. Cette solution des tribunaux arbitraux n'a pas été admise en droit communautaire européen. La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a conclu dans l'affaire *Nuova Agricast Srl c/ Ministero delle Attività Produttive* qu'une aide publique considérée comme aide d'Etat au sens du droit communautaire ne peut fonder la satisfaction des attentes légitimes de l'investisseur¹⁵¹. Dans cette hypothèse, l'attente quoique légitime ne sera pas protégée.

CONCLUSION

Si les gouvernants africains semblent avoir trouvé dans les contrats de partenariat, les solutions au manque d'infrastructures sur le continent, les conséquences financières et sociales des premières expériences sont assez inquiétantes. La nécessité de recourir aux aides publiques s'est imposée avec la crise financière qui limite les possibilités de financement privé des projets d'investissement. Les Etats doivent répondre à la mutation de la gouvernance en période de contrainte budgétaire et moderniser la commande publique en introduisant de nouveaux mécanismes de gouvernance inscrits dans les montages contractuels et financiers¹⁵². La logique des financements alternatifs oblige l'Etat à cofinancer les importants projets d'infrastructures. Ils doivent en conséquence faire face à de nombreux impératifs juridiques, économiques et financiers.

La mise en œuvre des projets PPP a entraîné des pertes importantes de recettes au Niger et au Burkina Faso. Elle a provoqué des grognes sociales en Côte d'Ivoire et au Sénégal. Face à ces situations, les Etats doivent se prémunir des effets pervers des aides publiques. Les retours d'expérience de quelques contrats de partenariat ont révélé que les parties aux contrats ne sont pas à l'abri des effets néfastes des contrats de partenariat. Les partenaires privés peuvent être dans l'incapacité à honorer leurs engagements en raison des difficultés à mobiliser les financements. Ils peuvent utiliser les garanties offertes par les pouvoirs publics pour les

¹⁴⁹ CIRDI, *Affaire Salini Contre Maroc du 23 juillet 2001, décision sur la compétence*, JDI, 2002, p. 196 ; Voir aussi *Salini c/ Maroc, décision du 23 juillet 2001*, § 50-58 in Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI* : Pedone 2004, p. 633 et 634 ; Emmanuel GAILLARD, « reconnaître ou définir ? Réflexion sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI » in *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle*, sous la direction de J-M SOREL, Paris, Pedone, 2009, p. 18.

¹⁵⁰ *Sempra Energy International v. the Argentine Republic*, ICSID/ARB/02/16, award, 28th September 2007, § 296 ; *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, decision on jurisdiction, 6th July 2007, ICSID/ARB/05/18, § 189.

¹⁵¹ CJCE, 15 avril 2008, *Nuova Agricast Srl c/ Ministero delle Attività Produttive*, aff. C-390/06.

¹⁵² Stéphane SAUSSIER et Phuong TRA TRAN, « L'efficacité des contrats de partenariat en France : une première évaluation quantitative », op. cit., p. 81.

refinancements sur le marché financier avec tous les risques que de telles pratiques recèlent. C'est pourquoi le Fonds monétaire international est très exigeant sur la pratique des garanties souveraines par les Etats. Il lui arrive de récuser les garanties souveraines offertes à des investisseurs en vue de leur permettre de mobiliser les financements sur le marché financier.

Les partenaires privés encourent des risques importants relatifs aux effets incertains des engagements étatiques. La décision d'engagement de l'aide publique n'est pas l'obligation contractuelle la plus importante en matière d'investissement. En effet, l'Etat doit être en mesure de tenir ses engagements. En conséquence, les investisseurs doivent s'assurer que les personnes publiques peuvent faire face à leurs engagements en cas de défaillance. Le cas de la Grèce a montré que l'essentiel n'est pas d'accorder la dette, mais de pouvoir faire face à ses charges. La conséquence de la défaillance de l'Etat peut avoir des conséquences sur les entreprises qui peuvent se retrouver avec des dettes insolvables¹⁵³. Le prêteur risque d'en être la plus grande victime. C'est pourquoi les investisseurs ne se contentent plus de la seule garantie souveraine des Etats, mais exigent des garanties supplémentaires telles que la souscription d'assurances et/ou de garanties auprès des institutions bancaires et la garantie de stabilité du cadre législatif et règlementaire.

Les mesures projectives sont nombreuses et conduisent à maîtriser l'ingénierie financière des contrats de partenariat. Les Etats doivent nécessairement maîtriser les risques financiers que sont notamment les surcoûts des garanties et le niveau d'endettement. L'Etat doit veiller à la stabilité de l'actionariat sur une période de cinq à dix ans, se prémunir contre les surcoûts des garanties. Ces mesures de l'Etat à elles seules ne produisent des effets utiles que lorsqu'elles sont associées aux contrôles nationaux et communautaires. La pratique des aides publiques dans les Etats membres de l'UEMOA montre que les contrôles nationaux et communautaires sont quasi-inexistants. Cette défaillance du contrôle ouvre la voie au contentieux de la responsabilité des Etats pour manquement aux attentes légitimes des investisseurs consécutives aux promesses d'octroi d'aides publiques. Ce nouveau chapitre des investissements publics est porteur de risques majeurs pour les Etats.

Il leur importe, en amont, de définir un cycle complet de gestion des grands contrats d'investissements. Cette perspective implique la mise en place d'une administration outillée à la gestion des exigences des contrats de partenariat public-privé. Le défi d'une administration qualifiée en montages juridiques, financiers et techniques des contrats de partenariat doit être relevé. A l'évidence, les partenariats publics privés au lieu d'être des instruments de développement des infrastructures peuvent devenir de véritables bombes à retardement favorisant un endettement public déguisé¹⁵⁴. Au total, si les aides publiques peuvent apparaître comme un instrument indispensable de cofinancement des investissements, il convient tout de même de les consommer avec modération.

¹⁵³ Voir Jean- François BOUDET, « Essai sur le défaut souverain », *Revue internationale de droit économique*, De Boeck, Louvain-la-Neuve, 2015, p. 373-395.

¹⁵⁴ Jean Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ! », *Rapport d'information n°733*, Commission des Lois du Sénat, 16 juillet 2014, p. 27.