
NOTE EXPLICATIVE SUR LE TRAITEMENT DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ EN VERTU DU CHAPITRE CINQ DE L'ACCORD SUR LE COMMERCE INTÉRIEUR

Objectif

1. La présente note explicative vise à fournir une orientation aux Parties et à leurs entités assujetties à l'annexe 502.1A, 502.3 ou 502.4 en ce qui a trait à l'application des dispositions relatives aux marchés publics de l'Accord sur le commerce intérieur (ACI) à l'établissement d'un partenariat public-privé (PPP) et à son fonctionnement par la suite.

Généralités

2. Un PPP est une initiative de collaboration entre les secteurs public et privé qui est fondée sur des liens à long terme et sur un partage des ressources, des risques et des bénéfices. Sauf de rares exceptions, les PPP dans le contexte canadien sont fondés sur une base contractuelle à long terme et ils ne se traduisent pas par la création conjointe par les partenaires des secteurs public et privé d'une nouvelle entité. Le genre de PPP (par ex., conception/construction/exploitation) varie selon l'objectif pour lequel le partenariat est créé et la répartition des risques entre le partenaire privé et le partenaire public.

Établissement d'un PPP

3. L'article 518 de l'ACI définit un marché public comme suit :

« Acquisition par tous moyens — notamment par voie d'achat, de location, de bail ou de vente conditionnelle — de produits, de services ou de travaux de construction. Ne sont toutefois pas visés par la présente définition :

- a) les diverses formes d'aide gouvernementale, par exemple les subventions, les prêts, les apports de capitaux, garanties ou stimulants fiscaux;
- b) la fourniture par l'État de produits et services à des personnes ou à d'autres organisations gouvernementales. »

L'expression « par tous moyens » assure que la portée des activités d'acquisition assujetties à la définition de marché public est très étendue. De plus, le mot « notamment » signifie que l'énumération subséquente des activités de passation des marchés publics est à titre d'illustration plutôt que comme étant exhaustive. Ainsi, le choix d'un partenaire privé pour établir un PPP devrait, dans la plupart des cas, être couvert par la définition de marché public. Toutefois, étant donné le caractère variable des PPP possibles, chaque PPP devrait être évalué individuellement par la Partie concernée afin de déterminer si la définition de marché public s'applique.

4. Les dispositions de passation des marchés publics (« règles de passation des marchés publics ») de l'ACI ne s'appliquent qu'aux marchés publics passés par des entités assujetties aux annexes 502.1A, 502.3 ou 502.4 lorsque la valeur du marché public est égale ou supérieure aux valeurs-seuils précisées. Certains marchés publics sont explicitement exemptés de l'application de ces dispositions. C'est pourquoi, en ce qui concerne l'établissement d'un PPP, les règles de passation des marchés publics de l'ACI NE S'APPLIQUENT PAS dans les cas suivants :

- a) l'entité publique qui cherche à créer un PPP n'est pas visée par les annexes 502.1A, 502.3 ou 502.4;
- b) la valeur du marché public telle que définie à l'article 518 est inférieure aux valeurs-seuils qui s'appliquent à l'entité publique; ou
- c) le marché public est exclu en vertu des dispositions de l'ACI qui régissent l'entité publique.

5. Pour résumer, le processus de sélection d'un partenaire privé pour un PPP devrait, dans la plupart des cas, constituer un marché public. Dans de tels cas et quand aucune des conditions indiquées au paragraphe 4 ci-dessus n'existe, les règles de passation des marchés publics de l'ACI auxquelles l'entité publique est assujettie s'appliquent au processus d'établissement d'un PPP.

Fonctionnement d'un PPP

6. La vaste majorité des PPP au Canada sont fondés sur un contrat à long terme entre le partenaire public et le partenaire privé (appelé ultérieurement « PPP de nature contractuelle »). Le partenaire public d'un PPP de nature contractuelle, en ce qui concerne ses propres marchés publics attribués au partenaire privé après la conclusion du PPP, continue d'être assujetti à toutes les règles de passation des marchés publics de l'ACI qui lui sont applicables.

7. Les dispositions du chapitre cinq de l'ACI et de ses annexes ne s'appliquent pas aux entités privées et elles n'exigent pas que les entités publiques, dans le cours de la passation normale de leurs marchés publics, obligent un entrepreneur, en en faisant une condition d'obtention d'un contrat, à suivre les règles de passation des marchés publics de l'ACI auxquelles l'entité publique est assujettie. Aussi, aucun motif ne justifie d'imposer une telle exigence au partenaire privé d'un PPP.

8. Bien que la situation ne soit pas courante au Canada, il peut y avoir des cas où les partenaires des secteurs public et privé établissent conjointement un PPP comme une nouvelle entité. La possibilité d'appliquer les règles pertinentes de passation des marchés publics de l'ACI aux activités courantes de la nouvelle entité qu'est le PPP devrait être évaluée individuellement par la Partie concernée en fonction des mérites particuliers de chaque cas.

Dans le cadre d'une telle évaluation, les Parties devraient se rappeler que le paragraphe C (1) de l'annexe 502.4 indique que les activités courantes d'un organisme qui appartient à une entité publique assujettie aux dispositions de l'annexe 502.4, ou qui est contrôlé par celle-ci, sont assujetties aux dispositions de cette annexe.

9. Pour résumer, les dispositions de l'ACI ne visent pas les activités courantes du partenaire privé dans un PPP de nature contractuelle. Si les partenaires créent une entité de propriété commune, les possibilités d'application des dispositions de l'ACI à l'entité devraient être évaluées individuellement par la Partie concernée.

Conclusions

10. Les dispositions du chapitre cinq (Marchés publics) de l'ACI ou de l'annexe 502.3 ou 502.4, s'il y a lieu, s'appliquent à la sélection d'un partenaire privé d'un PPP de nature contractuelle dans les cas suivants :

- a) on détermine que le PPP proposé est un « marché public », conformément aux dispositions de l'article 518 de l'ACI;
- b) le PPP est conclu par une entité publique qui est visée par les annexes 502.1A, 502.3 ou 502.4;
- c) la valeur du marché public est égale ou supérieure à la valeur-seuil applicable; et
- d) le marché public fait partie de ceux qui ne sont pas exclus de l'application de l'ACI.

Les règles de passation des marchés publics de l'ACI ne s'appliquent pas au partenaire privé d'un PPP de nature contractuelle.

D'autres formes de PPP peuvent exister au Canada, mais, étant donné leur rareté, les PPP devraient être évalués individuellement par la Partie concernée.