

## AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1<sup>er</sup> juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



# THÈSE

En vue de l'obtention du

## DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par **L'UNIVERSITE DE TOULOUSE CAPITOLE 1**  
Discipline ou spécialité : **Sciences juridiques**

---

**Présentée et soutenue par NGUYEN MARIE**  
**Le 02 Mai 2016**

**Titre :**

Le modèle français de Partenariat public-privé : enjeux et conséquences pour le Vietnam.

---

**JURY**

Jean-Bernard AUBY, Professeur des Universités à Sciences-Po Paris, Directeur de thèse  
Laurence FOLLIOU-LALLIOT, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense  
Christian GRELOIS, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV  
Lucien RAPP, Professeur à l'Université Capitole Toulouse 1  
Grégory KALFLECHE, Professeur à l'Université Capitole Toulouse 1

---

**École doctorale : Ecole Doctorale Sciences juridiques et politiques**  
**Unité de recherche : Institut du droit de l'Espace, des territoires et de la communication**  
**Directeur de Thèse : JEAN-BERNARD AUBY**

L'université n'entend ni approuver...

Je dédie cette thèse à mon père bien-aimé, à ma mère, à mes enfants Gabriel, Raphaël, Clément et à Dominique.

# Remerciements

Lorsque je me suis engagée dans cette thèse, je n'avais qu'une idée partielle de la richesse et de la diversité de la matière traitée. Mener à bien cette thèse n'aurait pas été possible sans le soutien de tous ceux qui m'ont guidée, aidée et encouragée.

Je voudrais exprimer mes gratitude envers tous les auteurs qui ont contribué à enrichir la littérature qui a été la matière première de mon travail de recherche. Mes gratitude sont aussi envers l'université Capitole Toulouse 1, l'Institut de Sciences Politiques de Paris qui m'ont donné un encadrement efficace et les conditions favorables pour la réalisation de la thèse. Ma reconnaissance est profonde pour la France qui m'a adoptée et m'a donné une opportunité de participer à l'œuvre du rapprochement franco-vietnamien.

La réalisation de cette thèse aurait été impossible sans les judicieux conseils et les critiques pertinents du professeur Jean-Bernard AUBY qui a accepté de diriger mon travail. Je suis reconnaissante de la disponibilité qu'il m'a accordée malgré ses nombreuses charges et responsabilités. Je suis touchée par la qualité humaine de son contact et par l'humilité de ses propos, une qualité qui singularise les personnes de grande sagesse. Une contribution réussie aux réformes juridiques et institutionnelles en cours du Vietnam serait l'expression concrète de ma reconnaissance envers lui. Je ne peux oublier les remerciements au professeur Frédérique RUEDA d'avoir accepté de guider mes premiers pas dans la thèse.

Je remercie les professeurs Laurence LALLIOT-FOLLIOT, Christian GRELLOIS, Lucien RAPP, Grégory KALFLECHE, pour l'honneur qu'ils m'ont accordé en acceptant d'être jury. Mes remerciements pour les professeurs LALLIOT-FOLLIOT, GRELLOIS pour leurs avis de rapporteurs sur mon travail.

Le soutien et l'encouragement des amis sont précieux et indispensables dans cette tâche à la fois difficile passionnante. Je remercie Etienne COFFIN pour ses conseils avisés, son soutien sans faille, Liliane WACKERNIE pour la tâche de relecture et de correction.

Mes remerciements vont aussi à tous les doctorants qui m'ont fait bénéficier de leurs expériences, de leurs connaissances et de leurs encouragements : Attyah MAKLOUF, Gabriel GALGAVEZ.



# Sommaire

## INTRODUCTION

- I) La complexité des notions PPP
- II) Les contradictions de la transition au Vietnam
- III) Les défis de l'intégration à l'économie de marché
- IV) Les objectifs de l'étude
  - A) Le recours au droit comparé
  - B) L'intérêt de la comparaison des modèles britannique et français

## PREMIÈRE PARTIE

### LA RECHERCHE D'UN CONTEXTE JURIDIQUE FAVORABLE POUR LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE : L'INTERET DE LA DUALITE DU DROIT FRANCAIS

#### **TITRE I) Les références françaises pour faciliter la transition économique au Vietnam**

CHAPITRE I) La reconnaissance du droit des biens privés

CHAPITRE II) L'émergence du droit des contrats privés

CONCLUSION TITRE 1

#### **TITRE II) Les références françaises et leur cohérence avec le nouvel Etat de droit au Vietnam**

CHAPITRE I) Le cadre juridique pour la gestion foncière

CHAPITRE II) Le cadre juridique pour les contrats publics

CONCLUSION TITRE2

CONCLUSION PREMIERE PARTIE

**DEUXIEME PARTIE**  
**L'INTERVENTION DE L'ETAT DANS LES PARTENAIRES PUBLIC-PRIVE : LES APPORTS DU MODELE ETATIQUE FRANCAIS**

**TITRE I) L'impact des partenariats public-privé sur le management public : les références françaises pour le dynamisme de l'action publique vietnamienne**

CHAPITRE I) La prédominance du financement privé dans les Partenariats public-privé

CHAPITRE II) La prédominance du management privé dans les Partenariats public-privé

**CONCLUSION TITRE 1**

**TITRE II) Les partenariats public-privé et le développement des services de réseaux : les références françaises pour la mutation des tutelles au Vietnam**

CHAPITRE I) La légitimité de l'intervention étatique : les missions d'intérêt général

CHAPITRE II) Le nouveau mode de contrôle étatique : la régulation

**CONCLUSION TITRE 2**

**CONCLUSION GENERALE**

**BIBLIOGRAPHIE**

**TABLES DES MATIERES**

**INDEX**

# Liste des principales abréviations

## **Abréviations relatives aux publications**

AFRI : Annuaire française des relations internationales

AJDA : Actualité Juridique du Droit Administratif

AJCT : Actualités juridiques des Collectivités territoriales

CMP : Contrats et Marchés Publics

Contrats-Marchés pub: Contrats et marchés publics.

CP-ACCP : Revue Contrats publics

D. aff : Dalloz affaires

Dr. Adm : Droit Administratif

Dalloz : Recueil Dalloz

EDCE : Etudes et documents du Conseil d'Etat

Gaz. Pal : Gazette du Palais

J-Cl. : Juris Classeur (Encyclopédies)

J-Cl. adm : Juris Classeur Administratif

JCP A : Juris-Classeur périodique Édition Administrations et Collectivité territoriales

JCP G: Juris-Classeur périodique, édition Générale

JLE : Journal of Law and Economic

JPE : Journal of Political Economy

LDF : La Documentation française

Leb. : Recueil Lebon (recueil des arrêts du Conseil d'État - Dalloz)

LPA : Les Petites Affiches

Pouvoirs : Revue française d'études constitutionnelles et politiques

RDP : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger

REI : Revue d'économie industrielle

REP : Revue d'économie politique

Rép. com. : Répertoire de droit commercial Dalloz

Rev. éco : Revue économique

Rev. marchés publ : Revue des marchés publics

RFAP : Revue française d'administration publique

RF gest : Revue française de gestion

RFDA : Revue française de droit administratif  
RFE : Revue française d'économie  
RIDC : Revue internationale de droit comparé  
RIDE : Revue internationale de droit économique  
RISA : Revue internationale des sciences administratives  
RJEP : Revue juridique de l'économie publique  
RRJ : Revue de la recherche juridique – Droit prospectif  
RTD Com : Revue trimestrielle de droit commercial  
RTD Civ : Revue trimestrielle de droit civil

### **Abréviations relatives aux institutions**

AAI : Autorité Administrative Indépendante  
AN : Assemblée Nationale  
APD : Aide publique au développement  
APE : Agence de participation de l'Etat  
ART : Autorité de régulation des télécommunications  
ATI : Agence Nationale de Télécommunication  
BT : British Telecommunication  
C AA : Cour administratif d'appel  
CAE : Conseil d'analyse économique  
CAD : Comité de l'aide au développement  
CC : Conseil de concurrence  
CE : Conseil d'Etat français  
CEF-O-PPP : Centre d'Expertise Français pour l'observation des partenariats public-privé  
CJEG : Cahier juridique de l'électricité et du Gaz  
CNUCED : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement  
CRE : Commission de régulation de l'énergie  
CSA : Conseil Supérieur de l'Audiovisuel  
CGEFI : Contrôle général économique et financier  
CGPPP : Code générale de la propriété des personnes publiques  
CVPT : Compagnie Vietnamiennne de Poste et Télécommunication  
DGCEE : Direction Générale de la Concurrence et des Enquêtes Economiques  
EDF : Electricité de France  
EVN : Electricité Vietnam  
EFEO : Ecole française d'extrême-Orient

IASB : International Accounting Standards Board

l'IFAC : International Federation Accounting Committee

IGD : Institution de gestion déléguée

IGPDE : Institut de la gestion publique et du développement économique

IPSASB : International Public Sector Accounting Standards Board

MAPPP : Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat

METP : Marché d'entreprise des travaux publics

MIQCP : Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques

MPI : Ministère des plans et de l'investissement

OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques

OFCE : Observatoire français des conjonctures économiques

OMC : Organisation mondiale de commerce

OPOCE : Office de publication du journal officiel des Communautés européennes

POP : Petits opérateurs privés

SPIC : Services publics industriels et commerciaux

TA : Tribunal administratif

TCI : Théorie des contrats incomplets

TCT : théorie des coûts de transactions

TI : Théorie des incitations

TCT : Théorie des coûts de transactions

TTIP : Transatlantic Trade and Investment Partnership (Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement)

UE : Union européenne

UGP : Unité de gestion de projet

UNDP : United Nations development Program (Programme des Nations-Unies pour le développement)

WSC : Water and Sewerage Companies )

## **Divers**

BEA : Bail emphytéotique administratif

BOT : Build, operate, transfert

BGB : Bürgerliches Gezetzbuch

Bvfm : Best value for money

CGEFI : Contrôle général économique et financier

CGPPP : Code général de la propriété des personnes publiques  
CVPT : Compagnie vietnamienne de poste et télécommunication  
DUS : Droit d'usage du sol  
EPCI : Etablissement public de coopération intercommunale  
HCMV : Ho Chi Minh ville  
JSIRAUF : Journées scientifiques Inter-Réseaux de l'Agence Universitaire de la Francophonie  
IDE : Investissement direct étranger  
LOLF : loi organique relative aux lois des finances  
METP : Marché  
NPM : New public management  
PFI: Private finance initiative  
PPP : Partenariat public-privé  
RGPPP: Révision générale des politiques publiques  
(dir.) : Sous la direction de  
C. Com : Code de Commerce  
Chron. : Chronique  
Concl. : Conclusions  
Et al. : et les autres (auteurs)  
Infra : voir plus bas  
Obs. : observations  
op. cit. : opere citato, oeuvre citée précédemment  
Ord. : Ordonnance  
préc. : Précité  
Rec. : Recueil  
req. : Requête  
Supra : voir plus haut

# INTRODUCTION

Il existe au Vietnam peu de littérature concernant les Partenariats public-privé (PPP), contrairement à la France ou au Royaume-Uni, où elle est abondante. Même si, dans la pratique, les projets *BOT (Build, operate, transfert)* ont été mis en œuvre dans le domaine de l'infrastructure routière et de l'énergie, l'impact des PPP en matière juridique, économique et politique n'est pas toujours nettement perçu par les autorités publiques vietnamiennes.

## I) La complexité des notions PPP

Le concept de collaboration public-privé semble être utilisé pour la première fois aux Etats-Unis, à la fin des années 1970 pour désigner le fait pour des autorités publiques locales de confier à des entreprises du secteur privé le soin de réaliser des investissements nécessaires à certains services collectifs, palliant ainsi le progressif désengagement du gouvernement fédéral dans le financement des programmes de développement urbain.<sup>1</sup> Cependant, plus que les Etats-Unis où une certaine défiance à l'égard des pratiques susceptibles a conduit à placer les partenariats public-privé « sous surveillance »,<sup>2</sup> c'est le Royaume-Uni qui a été le terrain favorable pour le développement des PPP. Ainsi, à partir des années 1980, initiée par le gouvernement conservateur, la notion *Private Finance Initiative (PFI)* qui avait une connotation trop conservatrice a été rebaptisée *Public Private Partnerships* par le gouvernement de Tony Blair. L'idée n'est pas une invention première puisque la formule a été utilisée sous l'Ancien Régime en France, dans de nombreux secteurs, en tant que modèle de coopération entre les secteurs public et privé.<sup>3</sup>

Les PPP se sont développés, en multipliant les échanges internationaux<sup>4</sup> dans un contexte de mondialisation qui a touché en premier le domaine de l'économie.<sup>5</sup> Ce phénomène a ensuite impacté le droit et la politique des états. L'essor des activités économiques au niveau mondial s'est aussi accompagné de l'ampleur des activités financières. En conséquence, la rentabilité financière est privilégiée par rapport à celle qui se dégageait des activités commerciales traditionnelles. Ainsi, la croissance interne des entreprises est devenue moins attractive que les investissements sur les marchés mondiaux.<sup>6</sup> L'essor des PPP est dû à l'abondance de financement apporté par le secteur

---

<sup>1</sup> MULLER (E.), *Les instruments juridiques des PPP*, L'Harmattan, Paris, 2011, p. 24.

<sup>2</sup> MARTY (F.), TROSA (S.), VOISIN (V.), *Les Partenariats public-privé*, La Découverte, Repères, Paris, 2006, pp. 20-23.

<sup>3</sup> Voir DU MOUTIER (L.), *Financement de projet et partenariats public-privé*, op.cit.

<sup>4</sup> Voir MICHALET (C.A.), « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », in LOQUIN (E.), KESSEDJIAN (C.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000.

<sup>5</sup> Voir BLUM (R.), *Mondialisation : chance et risque*, Rapport de la Commission des Affaires étrangères de l'Assemblée Nationale, n° 1963, 1999.

<sup>6</sup> AUBY (J.B.), *La globalisation, le droit et l'Etat*, 2è éd., LGDJ, Paris, 2010, p. 19.

privé, notamment les fonds souverains qui restent des sources de financement importantes même après la crise de 2008.<sup>7</sup>

Les raisons qui ont motivé le recours à des PPP sont les besoins financiers pour réaliser les projets publics, qu'il s'agisse de l'énergie, des services publics ou des infrastructures de transport.<sup>8</sup> Ainsi, les PPP ont été favorisés d'un côté, par l'abondance des sources financières au niveau mondial et d'un autre côté, des attentes des gouvernements pour favoriser les investissements d'infrastructures, sans avoir à augmenter les prélèvements fiscaux et en bénéficiant d'un effet de levier financier.

Malgré le grand intérêt que le thème des PPP peut susciter auprès *des juristes, des politistes, des sociologues de la puissance publique, des ingénieurs et quelquefois des économistes*, et malgré le fait que ce sujet soit à l'intersection des sphères académiques et de la décision publique, il n'existe malheureusement pas d'accord unanime sur une définition non ambiguë de ce qu'est un *ppp*.<sup>9</sup> Ainsi, dans cette notion aux contours flous, on peut trouver tant d'éléments divers qu'il est impossible de trouver une définition stable, notamment sur le plan juridique.

La généralisation du PPP dans le monde peut laisser penser que ce dernier peut devenir un *archétype de la mondialisation*.<sup>10</sup> Cependant, même si le concept est reconnu en général, il est difficile de trouver une définition standard. *Le partenariat public privé est en effet une notion tellement large que l'on peut y mettre ce que l'on veut*.<sup>11</sup> Le terme partenaire qui est au centre de ce concept, peut avoir des sens différents. Pour les Français, un partenaire est celui avec lequel on est associé en vue d'une action commune qui présente un intérêt pour chacun des « joueurs ». <sup>12</sup>Selon le professeur Pontier, *le mot est joli, il fait florès, mais l'engouement pour le mot et la chose invite à une certaine prudence, voire à une certaine méfiance*.<sup>13</sup> En effet, *le terme est suffisamment flou pour englober un grand nombre d'arrangements informels ou de contrats divers ; tout le monde peut y trouver son compte*.<sup>14</sup>

Le concept de PPP s'est en effet banalisé pour désigner certaines politiques publiques qui se sont développées durant les dernières décennies dans un grand nombre de pays.<sup>15</sup> Dans l'ensemble, on a saisi l'idée qu'il s'agissait d'une coopération entre le secteur public et le secteur privé pour la réalisation d'un ouvrage. Cependant, avec un examen plus détaillé, ce processus peut prendre des formes si différentes qu'il est quasi impossible d'élaborer un modèle universel de PPP.<sup>16</sup> Ainsi, *il est périlleux de réduire la*

---

<sup>7</sup> Voir BANQUE DE FRANCE, « L'essor des fonds souverains : quelle implication pour l'Afrique ? », *Rapport annuel de la zone franc*, 2012, p. 24 ; JEN (S.L.), « Quelle taille pour les fonds souverains en 2015 ? », *Revue d'économie financière*, 2009, vol 9, numéro hors-série, p. 207 ; RAPP (L.), « Aux origines du contrat de partenariat », *op.cit.*, p. 37.

<sup>8</sup> APPELBAUM (R.), « Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger », *AJDA*, 2004, p. 1759 et s.

<sup>9</sup> IOSSA (E.) *et al.*, « Partenariats public-privé » Quelques réflexions, *Revue économique*, 2008/3 Vol. 59, p. 437 et s., p.440.

<sup>10</sup> SESTIER (J.F.), « La collaboration public-privé à travers le modèle des contrats de partenariat », *Droit international et développement, Colloque de Lyon*, A. Pedone, Paris, 2005, pp. 121 et s., p. 121.

<sup>11</sup> BRENET (F.), « L'argument de droit comparé et les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 », in MELLERAY (F.) (sous dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Coll. Droit administratif, Administrative law, 2007, Bruxelles, pp. 111 et s. p. 112.

<sup>12</sup> PONTIER (J.M.), « Des PPP aux PPP, remarques sur une apparente insignifiance », *Droit Administratif*, n° 2, février 2014, étude 3, p. 3.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>14</sup> LE GALES (P.), « Aspects idéologiques et politiques du partenariat public-privé », *Revue d'économie financière*. Hors-série, 1995. Partenariat public-privé et développement territorial, pp. 51 et s., p. 51.

<sup>15</sup> MULLER (E.), *Les instruments juridiques des PPP*, *op.cit.*, p. 24.

<sup>16</sup> BRENET (F.), « L'argument de droit comparé et les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 », *op.cit.*, p. 116.

*gestion des PPP aux seuls actes administratifs et juridiques que définit l'exécution des termes contractuels préalablement convenus.*<sup>17</sup>

Les caractères communs qui peuvent être retenus des PPP, sont la coopération de long terme entre une autorité publique et un opérateur privé pour la réalisation d'un ouvrage, nécessitant d'importants investissements qui dépassent le budget public.<sup>18</sup> Le nouveau défi à maîtriser dans les projets PPP est la gestion des risques. En effet, dans ces projets, les risques sont divers, notamment le risque commercial, le risque financier... Selon le montage contractuel et financier, la hiérarchie des risques sera configurée différemment.

Les vagues de nationalisations et de privatisations n'ont pas apporté des solutions stables et satisfaisantes à des problèmes de déficit public. Dans la recherche d'un compromis entre le public et le privé, les gouvernements britanniques ont mis en place le programme des *PFI*.<sup>19</sup> A la base du partenariat, se trouve l'idée de recours au secteur privé pour financer des projets d'investissements et des services publics, par le biais d'un contrat. L'avantage est que le secteur public garde le pilotage sur l'action publique tout en disposant des capitaux privés nécessaires pour financer les programmes de modernisation de l'Etat. En effet, *à la différence des privatisations, le PPP ne tend pas à réduire l'emprise de l'Etat mais il a pour objectif d'améliorer son fonctionnement.*<sup>20</sup> On peut dire que pour le gouvernement britannique, les PPP sont des outils *à double facette, à la fois centralisateur et néo libéral.*<sup>21</sup> Pour ces raisons, le programme des PFI/PPP au Royaume-Uni bénéficie d'un large soutien politique.<sup>22</sup>

Les contraintes budgétaires ont été la raison principale de l'avènement des PPP en Grande Bretagne et en France. Cependant les PPP suscitent des débats controversés, la 'logique de gestionnaire' n'étant pas toujours en harmonie avec la 'logique politique' du secteur public. Les avantages concernant la maîtrise des besoins et des coûts ne sont pas toujours avérés dans la pratique.

L'introduction des PPP dans les pays en développement (PED) est l'œuvre des *organisations internationales qui y voient un moyen d'impulser de nouvelles réformes d'une ampleur équivalente aux privatisations et aux politiques d'ajustement structurel des années 90.*<sup>23</sup> En effet, les institutions financières internationales, notamment la Banque mondiale (BM), et le Fonds monétaire international (FMI) ont largement soutenu les programmes de développement en faveur des PPP.<sup>24</sup> Les agences bilatérales de développement ont aussi participé à cette initiative. Cependant, la mise en œuvre des

---

<sup>17</sup> BACHIR (M.), « Les aspects pratiques des partenariats public-privé » De la rhétorique néolibérale... aux enjeux, défis et risques de gestion des PPP, *Revue française d'administration publique*, 2009/2 n° 130, p. 215 et s., p. 219.

<sup>18</sup> SAUSSIER (S.), PIRON (V.), DE BRUX (J.), *Une analyse économique des Partenariats public-privé*, IGD, 2011, pp. 2 et s.

<sup>19</sup> HM Treasury, *Learning the lessons of the past*, 2000.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 576.

<sup>21</sup> BREUILLARD (M.), « Le Partenariat public-privé au Royaume-Uni, une autre conception de l'économie mixte ? » in GUERARD (S.), (sous dir.), *Regards croisés sur l'économie mixte, approche pluridisciplinaire, droit public et droit privé*, L'Harmattan, Paris, 2006, pp. 197 et s. p. 209.

<sup>22</sup> CAMPAGNAC (E.), Contribution à l'analyse des contrats de partenariat public-privé en France et au Royaume-Uni », *Revue française d'administration publique*, 2009/2 n° 130, p. 365 et s., p. 377.

<sup>23</sup> LIGNIERES (P.), « Le partenariat public-privé, un nouveau contrat pour réformer l'Etat », CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), (réunis par), in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, op.cit., p. 576.

<sup>24</sup> *Le concept est pragmatique, il a été promu en 1997 par NEIL Kinnock lors de la publication d'un rapport relatif au financement du réseau transeuropéen de transport dans les partenariats entre le secteur public et le secteur privé. (COM (97) 453 final). Voir LIGNIERES (P.), « Le partenariat public-privé, un nouveau contrat pour réformer l'Etat », op.cit., p. 576.*

PPP dans ces pays, se heurte à des obstacles politiques et juridiques. Les acronymes *BOT*, *DBO* (*design-build-operate*), *BOR* (*build-operate-renew*), *BTO* (*build-transfer-operate*), *LDO* (*lease-develop-operate*), *ROT* (*rehabilitate-operate-transfer*), ont attiré l'attention des gouvernements des PED sur l'aspect technique des PPP,<sup>25</sup> et relèguent en second plan les enjeux de financement et les impacts de ces instruments sur l'action publique.

L'idée de recours à des PPP pour le développement a été mentionnée à la conférence de Monterrey ainsi que dans celle de Doha.<sup>26</sup> Les PPP sont considérés comme une solution alternative face à la diminution des aides publiques au développement (APD). En effet, les investissements nécessaires pour le développement économique et social dépassent largement les budgets publics, d'autant plus que le retard dans les domaines technologiques et d'expertise technique est un réel handicap pour les PED.

Par le biais de l'instrument contractuel, des variétés d'arrangements peuvent être formées et ainsi multiplier les modèles de PPP. *La Commission des Nations Unies pour le Droit commercial International constate également que « les projets d'infrastructures à financement privé sont parfois répartis également en plusieurs catégories suivant le type de participation du secteur privé ou le régime de propriété de l'infrastructure en question. »*<sup>27</sup> Ainsi, le développement des PPP dans les différents pays a donné lieu à *des phénomènes de recomposition, d'hybridation et de métissages originaux.*<sup>28</sup> Cependant, la différence entre la culture locale et la culture occidentale véhiculée par les PPP peut constituer un obstacle pour la mise en œuvre des contrats PPP dans les PED.

Partant du constat qu'il « *n'y a pas de modèle universel pour les partenariats public-privé en Europe* », Paul Lignières souligne que « *dans chaque pays, la structure juridique et contractuelle retenue a dû s'adapter aux exigences du cadre juridique existant.* »<sup>29</sup> En ce qui concerne le Vietnam, l'élaboration d'un cadre juridique adapté au contexte de l'intégration à l'économie de marché est un souci majeur du gouvernement.

## II) Les contradictions de la transition du Vietnam

Dans le contexte du changement intensifié au Vietnam, les PPP sont revenus au premier plan. En effet, en 2013, les modifications de la constitution ont confirmé la détermination de l'intégration à l'économie de marché et de la proclamation de l'Etat de droit. Cependant, le mouvement *Dôi mói*, initié en 1986,<sup>30</sup> a été qualifié par des opinions occidentales comme un glissement idéologique sans trop de changements en profondeur. Les réadaptations constantes pour s'adapter aux événements expliquent la

---

<sup>25</sup> SESTIER (J.F.), « La collaboration public-privé à travers le modèle des contrats de partenariat », in *Droit international et développement, Colloque de Lyon*, Ed. A. Pedone, Paris, 2005, pp. 121 et s., p. 122.

<sup>26</sup> Rapport de la Conférence internationale sur le financement du développement, Monterrey (Mexique), 18-22 mars 2002 ; Déclaration de Doha (Qatar) concernant le financement du développement, 12 décembre 2008.

<sup>27</sup> SESTIER (J.F.), « La collaboration public-privé à travers le modèle des contrats de partenariat », op.cit., p. 123.

<sup>28</sup> AYMERIC (B.), « Une approche sociologique et politique des contrats de partenariat public-privé », *La lettre des Economistes de l'AFD*, n° 21, p. 7.

<sup>29</sup> LIGNIERES (P.), *Partenariats public-privé, Affaire finances*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, LexisNexis, Paris, 2005.

<sup>30</sup> *Le gouvernement a engagé le Vietnam dans la transition, d'une économie dirigiste et planifiée à une économie dite " socialiste de marché " dans les années 1980.* Voir SACHWALD (F.), PAULMIER (T.), *Quelle politique d'innovation pour le Vietnam ?* Forum Franco-vietnamien, 20-21 mars 2002, p. 9.

démarche de transition spécifique au Vietnam ainsi que les difficultés de son intégration à l'économie mondiale.

Le Vietnam est un des rares pays qui n'a pas fait de rupture avec le régime communiste dans son processus de transition vers l'économie de marché. Le pragmatisme traditionnel a donné au régime actuel des particularités uniques. En effet, l'intégration à l'économie libérale ne remet pas en cause la place du Parti communiste vietnamien (PCV), en conséquence le compromis entre la politique socialiste et l'économie de marché est la seule solution possible.

La solution communiste, en apportant la victoire et la réunification du pays, a confirmé le rôle du PCV.<sup>31</sup> La politique dans les années 50 a été « *national de forme et démocratique de contenu* ». <sup>32</sup> Dans les années 60, les deux attributs essentiels de la politique vietnamienne furent modifiés pour devenir « *national de forme et socialiste de contenu* ». <sup>33</sup> Si le nationalisme restait l'élément invariable, le socialisme a pris la place de la démocratie. Dans la période de *Đổi mới*,<sup>34</sup> le nationalisme, base de la construction de l'Etat, a été réactualisé pour souligner la volonté du maintien d'une politique socialiste. En effet, pour moderniser le régime sans déstructuration, le PCV est passé maître dans l'art de fusionner « révolution » et « nation », <sup>35</sup> pour créer un instrument politique dans lequel « patriotisme » et « communisme » se mélangent savamment. En conséquence, le PCV dont le statut est immuable quels que soient les changements adoptés, devient l'héritier et le gardien de l'histoire de la nation.<sup>36</sup> *On assiste à un phénomène d'appropriation de l'histoire par le Parti : l'histoire est son histoire.*<sup>37</sup>

L'histoire du Vietnam est peuplée de héros nationaux qui ont mené le peuple à la victoire dans les luttes pour l'indépendance du pays. En effet, ces meneurs sont indispensables dans les batailles. Dans la guerre contre les Etats-Unis, le Parti Communiste a assumé ce rôle de meneur. *Par la suite, entre le Parti Communiste et l'Etat, un lien inextricable se tisse, évolue selon les circonstances, peut être parfois tendu, mais jamais rompu.*<sup>38</sup> La relation Parti-Etat qui a été la force motrice en temps de guerre se transforme en obstacle pour le développement économique. *En effet, le parti cherche à maintenir les fondements du principe de centralisme démocratique dans les relations qu'il entretient avec l'appareil de l'état, ce qui signifie une intégration des*

---

<sup>31</sup> Ho Chi Minh, le héros de la nation, père fondateur de la RSV en tant que nationaliste, a su exploiter cet esprit du peuple vietnamien, en bon stratège a préféré identifier l'ennemi étranger à travers les traits occidentaux, plus facilement identifiés aux yeux du peuple que les asiatiques.

<sup>32</sup> Voir PHAM (N.Q.), NGUYEN (V.T.), *Góp phần tìm hiểu sự phát triển tư duy lãnh đạo của đảng ta trong cuộc đổi mới trên các lĩnh vực chủ yếu, (Quelques réflexions sur l'évolution de notre parti dans l'affirmation de son rôle directeur dans l'œuvre de renouveau dans les principaux domaines)*, Edition Chính trị quốc gia, Hanoi, 2000, p. 151.

<sup>33</sup> Voir NGUYEN (T.C.), PHAM (V.D.), HO (Q.S.), *Tim hiểu giá trị văn hóa truyền thống trong quá trình công nghiệp hoá hiện đại hoá, (Etude des valeurs culturelles traditionnelles dans le processus d'industrialisation et de modernization)*, Edition Chinh tri quoc gia, Hanoi, 2000, p. 128.

<sup>34</sup> En décembre 1986, le VI<sup>e</sup> Congrès national du parti Communiste engagea le Vietnam dans une voie nouvelle 'Đổi mới'. Voir YANN (B.A.), DE TREGLODE (B.) « *Đổi mới et mutations politiques* », in DE TREGLODE (B.), DOVERT (B.), (dir.), *Vietnam contemporain*, Les Indes Savantes, Paris, 2008, pp. 119 et s.

<sup>35</sup> Voir CHEVRIER (Y.), « *De la révolution à l'Etat par le communisme* », *Le Débat*, n° 117, novembre-décembre 2001, p. 92 et s.

<sup>36</sup> Article 4 de la constitution 1992 : « *Le Parti Communiste du Vietnam, détachement d'avant garde de la classe ouvrière, représentant fidèle des intérêts... de toute la nation...* »

<sup>37</sup> YANN (B.A.), TREGLODE (B.de), « *Đổi mới et mutations politique* », in DOVERT (S.), TREGLODE (B. de), (dir.), *Vietnam contemporain*, op.cit., p. 137.

<sup>38</sup> LEROY (C. E.), *Le sens et l'avenir des réformes de l'appareil de l'Etat entreprises au Vietnam sous le signe de renouveau*, Thèse de droit public, Université Paris 2, 1998.

*organes de l'administration centrale dans ses structures, et un accroissement des compétences du gouvernement aux dépens de l'administration locale.*<sup>39</sup>

Ces éléments ont formé un système particulier dans lequel la légitimité du pouvoir ne provient pas de son origine, mais de son efficacité à maintenir ordre et harmonie. Il semblerait que cet esprit perdure dans la politique actuelle. En effet, tant que le PCV préservera la paix civile et le développement économique, il aura « le mandat du ciel » et sera jugé légitime de manière implicite par le peuple.<sup>40</sup> Ainsi, l'idéologie prônée par le pouvoir a moins d'importance que l'action mise en œuvre et la relation entretenue avec la population. La société civile quant à elle, représente une force, sans être opposante, et cependant peut être une résistance au pouvoir central. Dans ce contexte, la réforme de l'appareil étatique implique une prise en compte de tous ces facteurs pour éviter *de créer les conditions d'une rupture entre les différents acteurs qui y participent.*<sup>41</sup>

Les contradictions de la politique de transition révèlent le caractère prédominant de la culture vietnamienne sur la politique. En effet, le régime communiste présente certaines incompatibilités avec la tradition culturelle vietnamienne qui accorde un rôle primordial à la famille. La substitution de la famille par la société, préconisée dans l'idéologie communiste n'est pas acceptée par le peuple vietnamien. En effet, les vietnamiens, considèrent que l'absorption de la famille dans le concept de société risque de faire éclater la cellule familiale. En conséquence, ce concept est de plus en plus abandonné et la tradition a pris le dessus. Pour les vietnamiens, l'esprit de solidarité, notamment dans le cadre familial est indispensable pour le fonctionnement de la vie quotidienne. C'est ainsi que la population civile se débrouille par ses propres moyens et s'accommode à des lacunes étatiques. A la différence de la situation en Chine, le marché a toujours existé au Vietnam, notamment dans les régions du sud. Ces activités ont contribué à créer une certaine richesse et une base qui facilite le changement dans les années 80.

La prédominance culturelle explique aussi le fait que le Vietnam est faiblement engagé dans la stratégie de développement socialiste.<sup>42</sup> Cela facilite l'orientation vers les réformes libérales. Cependant, le changement effectué au Vietnam n'est pas un *changement du régime, mais un changement dans le régime.*<sup>43</sup> Ainsi, le dirigisme des plans économiques cède en quelque sorte la place à des mesures pragmatiques de manière subtile, les concepts marxistes se déforment peu à peu pour prendre un autre sens.<sup>44</sup> Pour mieux assurer une cohérence entre les logiques contradictoires, le concept de gouverner par « la vertu » du modèle de Confucius a été remis à jour. La figure collective du héros qui permet de rassembler dans une société divisée se retrouve à

---

<sup>39</sup> LEROY (C. E.), *Le sens et l'avenir des réformes de l'appareil de l'Etat entreprises au Vietnam sous le signe de renouveau*, op.cit.

<sup>40</sup> Voir DELALANDE (P.), *Vietnam dragon et puissance*, L'Harmattan, Paris, 2007.

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Faiblesse de la planification centrale et des industries lourdes à grande échelle, extrême atomisation du secteur industriel et forte décentralisation de l'appareil administratif. Voir SACHS (J.D.), « Reforms in Eastern Europe and the Former Soviet Union in light of the East Asian experiences », *NBER Working Paper*, 5404, janvier 1996

<sup>43</sup> LEROY (C. E.), *Le sens et l'avenir des réformes de l'appareil de l'Etat entreprises au Vietnam sous le signe du renouveau*, Thèse op.cit.

<sup>44</sup> MAZOUZ (B.), « Les aspects pratiques des partenariats public-privé » De la rhétorique néolibérale... aux enjeux, défis et risques de gestion des PPP, *Revue française d'administration publique*, 2009/2 n° 130, p. 215 et s. p. 217.

travers celle de 'l'entrepreneur patriotique', dans le contexte mouvementé du développement économique.<sup>45</sup>

Les réformes au Vietnam sont surtout axées sur le développement de l'économie et relèguent au second plan les autres aspects connexes. Il est difficile, cependant, de définir une politique uniquement sur le critère économique sans tenir compte des facteurs sociologiques, idéologiques ou juridiques.

Les contradictions de la politique vietnamienne ne sont pas un phénomène de hasard mais le résultat d'une stratégie d'adaptation initiée par le leader du PCV, Hồ Chí Minh qui a déclaré « *Servez-vous de l'inchangé pour faire face aux changements de situation.* »<sup>46</sup> L'élément inchangé est le centralisme démocratique et le pouvoir du Parti Communiste. Cela signifie que dans les réformes, tout peut être négocié, sauf l'abandon du principe du Parti unique en politique.<sup>47</sup> Cependant, les écarts entre « l'inchangé » et les « changements » sont si importants qu'il est difficile de trouver une logique de compromis cohérent. Dans le cas du Vietnam, la *définition d'un processus d'évolution qui trouverait ses fondements dans une époque révolue constitue dès lors l'un des enjeux des futures réformes.*<sup>48</sup>

La politique de transition au Vietnam semble avoir une relation avec la philosophie chinoise dont l'un *de ses fondements réside dans la réceptivité constante aux changements du monde.*<sup>49</sup> Selon ces pensées, il est nécessaire d'appréhender tous changements qui se présentent pour pouvoir s'y adapter. Ainsi, les contradictions difficilement conciliables au point de vue occidental ne constituent pas des obstacles à l'intégration des concepts de l'économie de marché dans le système communiste. La logique de transformation est intégrée dans la manière d'appréhender la réalité, facilite les changements, même les plus contradictoires.<sup>50</sup> Ainsi, le choix d'une voie intermédiaire entre les deux concepts communiste et libéral, révèle la manière de penser qui privilégie le juste milieu, l'équilibre, le compromis.

Le premier souci du PCV est de ne jamais perdre le contrôle des processus de production et de développement. En effet, il est important de maintenir une orthodoxie politique tout en adoptant un pragmatisme économique. Ce qui se traduit par la pratique d'assurer le contrôle avant de se projeter dans une nouvelle expérience. En conséquence, en matière de développement, *le contrôle administratif de l'inflation est préférable au chaos économique et politique en cas de défaut de levier macro-économique.*<sup>51</sup> La spécificité des réformes vietnamiennes réside dans le processus

---

<sup>45</sup> VASAVAKUL (T.), « Vietnam : From Revolutionary Heroes to Red Entrepreneurs », in MUTHIAH (A.) (ed.), *Coercion and Governance: The Declining Political Role of the Military in Asia*, Stanford University Press, Stanford, 2001, p. 336 et s.

<sup>46</sup> *Cuộc đời và sự nghiệp Hồ Chí Minh (Ho Chi Minh, Sa vie et son œuvre)*, Edition The Gioi, Hanoi, 1988, p. 126.

<sup>47</sup> Cet écart idéologique aboutit à une solution que Kornai nomme « la contradiction interne majeure » dans le processus de réforme du système socialiste, à savoir : comment obtenir la participation active de ceux-là mêmes qui perdront une part de leur pouvoir si le processus est couronné de succès », voir DOAN (H.M.), LESTRANGE (A.), « Politique économique et émergence de groupes industriels au Vietnam », *Revue économique*, V 49, n°1, 1998, p. 291 et s., p. 293.

<sup>48</sup> NGUYEN (N.D.), LEROY (C.E.), *Pluralité des approches juridiques de la pluriculturalité au regard de la conception du patrimoine en droit vietnamien*, disponible sur le site : [http://fr.jurispedia.org/index.php/Pluralit%C3%A9\\_des\\_approches\\_juridiques\\_de\\_la\\_pluriculturalit%C3%A9\\_au\\_regard\\_de\\_la\\_conception\\_du\\_patrimoine\\_en\\_droit\\_vietnamien](http://fr.jurispedia.org/index.php/Pluralit%C3%A9_des_approches_juridiques_de_la_pluriculturalit%C3%A9_au_regard_de_la_conception_du_patrimoine_en_droit_vietnamien), mis en ligne 2005, consulté le 17/12/2015.

<sup>49</sup> PIQUET (H.), *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 47.

<sup>50</sup> JULLIEN (F.), « Le sens du neutre », in JULLIEN (F.) (dir.), *Eloge de la fadeur, A partir de la pensée et de l'Esthétique de la Chine*, Ed. Philippe Picquier, Paris, 1991.

<sup>51</sup> VLADIMIR (A) (dir.), *Analyses économiques de la transition postsocialiste*, Paris, La Découverte, p. 260.

d'évolution par étapes. Ce modèle permet d'ouvrir des "écluses" dans les activités économiques, de stabiliser la situation à chaque changement. Par la suite, il est possible de poursuivre les réformes ou revenir en arrière en cas d'erreurs.<sup>52</sup> Ce qui explique l'existence des mesures autoritaires associées à des mesures de l'ouverture à l'économie de marché<sup>53</sup> dans la politique du gouvernement. Si ce procédé a la vertu de garantir la stabilité politique, chère au PCV, il est le grain de sable qui risque de gripper les roues de *l'enthousiasme et de l'esprit d'entreprise de la population et des agents micro-économiques en général*.<sup>54</sup>

Le célèbre concept de « l'économie socialiste de marché » a été créé par Deng Xiao Ping pour permettre le recours à des pratiques capitalistes.<sup>55</sup> Cette idée a été réadaptée par le gouvernement vietnamien qui a préféré de ne pas suivre, de manière uniforme, l'exemple chinoise. En effet, l'expression ambiguë « économie socialiste de marché » (*kinh tế xã hội chủ nghĩa thị trường*), apparue dans les premières années du Đổi Mới, a été substitué par celui de « l'essor de l'économie de marché suivant une direction socialiste » (*sự kinh tế hoá thị trường theo hướng chủ nghĩa xã hội*).<sup>56</sup> Ce slogan met l'accent sur les actions publiques réalisées, ce qui signifie que le renouvellement est plus dans l'action que dans le changement d'idéologie. En effet, le dogmatisme n'a pas une place importante dans la politique vietnamienne. Ainsi, avec le temps, on observe des effets de dégradation progressive de « la couleur communiste ». Les concepts sont utilisés de manière moins « marxiste », les slogans anti capitalistes s'effacent et disparaissent en douceur. Le concept communiste se rencontre de plus en plus rarement dans les discours politiques, sauf lorsqu'il est associé au PCV, le grand ordonnateur du développement.

Dans le processus de l'adhésion à l'accord commercial Trans pacifique (*Trans Pacific Partnership*) (*TPP*), le gouvernement vietnamien affiche des objectifs ambitieux en matière d'investissement en infrastructures. Cette perspective se heurte à des limites budgétaires publiques et de la diminution des APD, la mobilisation du financement privé est donc incontournable, notamment par le recours au modèle des PPP. Cependant, les projets PPP requièrent un partenaire public qui maîtrise des techniques contractuelles et financières, un cadre légal qui permet la garantie des intérêts des bailleurs de fonds, des opérateurs privés. Il est évident que ces conditions ne sont pas réunies au Vietnam en raison de la politique 'essais et erreurs' qui bloquait le dynamisme des réformes.

---

<sup>52</sup> LEROY (C. E.), *Le sens et l'avenir des réformes de l'appareil de l'Etat entreprises au Vietnam sous le signe de renouveau*, Thèse de droit public, op.cit.

<sup>53</sup> L'ouverture à l'économie de marché fut précédée ou accompagnée de mesures propres à un régime totalitaire, qui permirent le succès ultérieur de l'économie de marché, notamment le contrôle strict des migrations internes, qui a empêché un exode rural massif, cause des bidonvilles à perte de vue autour des grandes villes que connaissent les pays d'Amérique latine.

<sup>54</sup> FEUCHE (C.), « Croissance, Etat et marché dans le Vietnam du « Doimoi » », in DOVERT (S.), TREGLODE (B. de), (dir.), *Vietnam contemporain*, Irsec, Les Indes Savantes, Paris, 2009, pp. 247 et s. p. 247.

<sup>55</sup> PIQUET (H.), *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, op.cit., p. 176.

<sup>56</sup> Voir DELALANDE (P.), *Vietnam dragon et puissance*, op.cit.

### III) Les défis de l'intégration à l'économie de marché

Le processus PPP met en exergue la relation entre les autorités publiques et le secteur privé. Dans le contexte de l'économie mondialisée, le rapport de force entre les Etats et les acteurs économiques a été en faveur des seconds. En effet, dans ce contexte, l'impact économique du mouvement de mondialisation<sup>57</sup> est accentué par le phénomène de financiarisation.<sup>58</sup> Cela résulte des progrès technologiques des moyens de communication qui facilitent et qui démultiplient les mouvements de capitaux. En conséquence les grands groupes financiers ont acquis de nouveaux pouvoirs et deviennent des acteurs puissants dans l'environnement économique mondial.<sup>59</sup>

L'extension du secteur privé est accompagnée du retrait ou de la recomposition de l'Etat. Ainsi, dans le sens inverse, le pouvoir d'action des Etats dans les pays développés sont de plus en plus limités, en raison des contraintes pesant sur les budgets publics. Les gouvernements dans les PED peuvent paraître en difficulté face aux multinationales qui disposent des ressources importantes en matière de finance ou d'expertise technique. D'autant plus que ces multinationales reçoivent le soutien du gouvernement de leurs pays. Dans ce rapport de force, *il est relevé que, en défendant leurs intérêts propres, les fonds de pension en arrivent parfois à déstabiliser les monnaies ou les économies nationales.*<sup>60</sup>

Le PPP est inscrit dans le contexte de l'expansion du néolibéralisme dominant dans l'économie mondialisée.<sup>61</sup> *Plus fondamentalement, ce phénomène témoigne d'un relatif consensus international autour d'une redéfinition de la place de l'Etat dans l'économie de marché. Cette redéfinition n'a pas lieu seulement sur les marchés, où le secteur public se contracte, l'Etat étant enclin à délaissier progressivement son rôle d'entrepreneur pour se concentrer sur sa fonction de régulation.*<sup>62</sup> Il n'y a pas de doute que la mondialisation s'accompagne d'une régression de la puissance économique et politique des Etats.<sup>63</sup> Selon le professeur Auby, la globalisation exerce une pression sur le droit dans le sens d'une harmonisation des règles et une désétatisation du droit.<sup>64</sup>

Les réformes du droit des investissements étrangers du Vietnam, à l'instar de celles de maints pays en développement, révèlent l'influence des acteurs financiers mondiaux. En effet, le droit est une caution nécessaire pour le développement économique puisqu'il permet d'établir la relation entre l'Etat demandeur d'investissement et les opérateurs privés qui cherchent à faire fructifier leurs capitaux.

---

<sup>57</sup> Voir BLUM (R.), *Mondialisation, : chance et risques*, Rapport de la Commission des Affaires Etrangères de l'Assemblée Nationale, n° 1963, 1999 ; HIRST (P.), THOMPSON (G.), *Globalization in Question*, Polity Press, 2<sup>ème</sup> éd., 1999.

<sup>58</sup> Voir ZERBATO (M.), « Une finance insoutenable, Marchés financiers et capital fictif », in DUMENIL (G.), LEVY (D.) (sous la dir. de), *Le triangle infernal, Crise, mondialisation, financiarisation*, PUF, Actuel Marx Confrontation, Paris, 1999, pp. 73 et s.

<sup>59</sup> Voir RAPP (L.), « Aux origines du contrat de partenariat », op.cit., p. 38.

<sup>60</sup> SESTIER (J.F.), « La collaboration public-privé à travers le modèle des contrats de partenariat », p. 125.

<sup>61</sup> LE GALES (P.), « Aspects idéologiques et politiques du partenariat public-privé », *Revue d'économie financière*. Hors-série, 1995. Partenariat public-privé et développement territorial, pp. 51 et s., p. 60.

<sup>62</sup> MULLER (E.), *Les instruments juridiques des PPP*, op.cit., p. 26.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 96.

<sup>64</sup> AUBY (J.B.), *La globalisation, le droit et l'Etat*, p. 35.

Le rapport de pouvoir en faveur des investisseurs a amené les autorités publiques à adapter les politiques économiques aux stratégies de ces premiers.<sup>65</sup>

Une politique d'attractivité à tout prix des investisseurs peut avoir comme conséquence de réduire le droit à un « *produit de consommation courante détaché de toute référence dogmatique* »<sup>66</sup> et de supprimer les fonctions régulatrices du droit sur le fonctionnement de l'économie. Le pouvoir public risque de se priver d'instruments de contrôle qui lui permet d'assumer le rôle d'orientation de la politique économique, *puisque de tels instruments, par définition « contraignants », ont toutes les chances d'être mis hors jeu par les arbitres de la compétition généralisée des systèmes juridiques que sont les opérateurs économiques.*<sup>67</sup> Lorsque les fonctions juridiques de l'Etat sont soumises aux exigences des marchés, les normes ont tendance à s'aligner sur le modèle économique le plus libéral. *Tout se passe, en effet, comme si l'intégration d'un État à l'économie mondiale s'accompagnait de la nécessité d'adapter en permanence son droit aux desiderata du marché international, c'est-à-dire à l'engager sur la voie d'une libéralisation continue.*<sup>68</sup>

La mondialisation propage l'idée de la réussite de l'économie basée sur un cadre juridique favorable aux affaires économiques, ce qui implique une dérégulation qui donne de la souplesse aux activités des entreprises privées.<sup>69</sup> Ainsi, la compétitivité économique exige la compétitivité juridique. *Pour être compétitive, une législation nationale devrait dans cette optique offrir les avantages recherchés par les opérateurs économiques au premier rang desquels se situe la souplesse. Or, en la matière, le droit anglo-saxon fait incontestablement figure de modèle,*<sup>70</sup> en raison de sa capacité d'adaptation aux évolutions de l'économie mondiale. Sa place dans le commerce mondial n'est plus contestée. Il en résulte une attraction du modèle anglo-saxon, jugé plus adapté pour les activités économiques.

*Le droit anglais est un modèle pour le marché puisque le libéralisme anglais*<sup>71</sup> croit à l'initiative des marchés et à l'utilité de la concurrence pour le développement économique.<sup>72</sup> *La gestion des entreprises privées est fondée sur l'efficacité, l'esprit compétitif, des qualités qui sont des modèles introduits dans la gestion publique. Les signes d'une évolution favorable au système de Common Law apparaissent aujourd'hui dans de larges pans du droit. Qu'il s'agit de confiance, de droit des entreprises ou du développement des modes alternatifs de règlement de conflits, les exemples de transfert légaux sont nombreux.*<sup>73</sup>

---

<sup>65</sup> MATOUSSI (M.S.), « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », in *Revue internationale de droit économique* 2001/3 (t. XV, 3), p. 251 et s. p. 263.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 285.

<sup>67</sup> MATOUSSI (M.S.), « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », op.cit., p. 285.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 265.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 291.

<sup>70</sup> *Les instruments juridiques subissent ainsi une modélisation ou une standardisation dans la version anglo-saxonne qui est une sorte de sélection naturelle des instruments les plus performants, ces derniers supplantant les autres avant de les éliminer.* Voir MARTIN-CERF (A.), « La mondialisation des instruments juridiques », in *La mondialisation du droit*, pp. 179 et s., p. 179-180

<sup>71</sup> *Le point de départ du libéralisme politique anglais a été la Grande Charte de 1215 qui proclame la liberté des citoyens ; « le libéralisme anglais serait constitué, si l'on en croit la doctrine, au cours d'une longue évolution historique, d'une sorte de « sédimentation »* Voir JOURNES (C.), *L'Etat Britannique*, Publisud, 1994, p. 15.

<sup>72</sup> ROUBAN(L.), « Les paradoxes de l'Etat postmoderne », *Cités*, PUF, 2004/2, n°18, p. 6.

<sup>73</sup> DEFFAINS (B.), OBIDZINSKI (M.), « Vers de nouveaux questionnements : production, design et évolution des systèmes juridiques », in DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), (sous dir.), *Analyse*

Ce résultat a été affirmé par les rapports « *Doing Business* »<sup>74</sup> effectués par la Banque mondiale. Il s'agit d'un classement des « environnements réglementaires » de plus de deux cent pays dans le monde sur le critère d'efficacité économique du droit.<sup>75</sup> Selon ces rapports, le droit anglo-saxon paraît mieux adapté au développement économique,<sup>76</sup> en raison de son caractère libéral qui est favorable à la compétitivité d'un système juridique.<sup>77</sup>

A contrario, *les conclusions du rapport de la Banque mondiale sont plutôt défavorables au droit civil.*<sup>78</sup> Cette démarche d'évaluation a suscité un débat controversé à propos de la concurrence entre les deux systèmes, celui de Common Law et celui du droit continental. *Même si ce rapport ne concerne pour l'instant que certains aspects du droit des affaires et se fonde sur des données scientifiques douteuses...*<sup>79</sup> il est évident de constater que *le poids de la culture juridique anglo-saxonne est de plus en plus grand, tout au moins dans le domaine des relations économiques.*<sup>80</sup>

Les promoteurs des PPP soulignent la nouveauté de ce concept qui réside dans l'idée de l'association entre les parties considérées comme des partenaires. Cependant, une association bénéficiaire pour les parties implique un équilibre des rapports de force entre les parties, l'instrument juridique est le moyen d'établir cet équilibre. En effet, pour qu'un projet de PPP soit lancé, la condition de rentabilité doit être remplie mais elle n'est pas la seule, l'environnement juridique est tout aussi déterminant. Le principe de partage de risque ne peut être effectué sans la présence des instruments juridiques nécessaires. Dans ce domaine, le droit anglo-saxon a aussi démontré son efficacité. Pendant les années 90, *la politique de PFI britannique est devenue un modèle de référence international en matière de PPP.*<sup>81</sup> Le modèle s'est ensuite répandu dans de nombreux pays.

Dans le contexte vietnamien, l'adaptation juridique sans réserve aux exigences des besoins économiques, pourrait aboutir à laisser au marché la fonction de réglementation. Or, cette dernière est le monopole étatique et constitue le symbole de souveraineté étatique. L'impératif du gouvernement vietnamien est de répondre aux besoins des opérateurs économiques sans affecter la stabilité politique du pays. Ainsi, le processus de transition du Vietnam s'est concrétisé à travers l'évolution de son système juridique. La volonté politique s'inscrit dans le projet de *la promotion d'un Etat de droit capable d'accompagner l'ouverture économique du Vietnam et son insertion dans la*

---

*économique du droit, principes, méthodes, résultats*, De Boeck, Ouvertures économiques, Bruxelles, 2009, pp. 376 et s., p. 377.

<sup>74</sup> Banque Mondiale, *Rapports Doing Business 2004, 2005, 2006 et 2007*, Oxford University Press ou [www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org).

<sup>75</sup> Voir HALPERRIN(J.-L.), *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, Paris, 2009, p. 534 ( *le droit n'est plus qu'un vaste marché de pièces détachées*).

<sup>76</sup> Voir MELLERAY (F.), « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », AJDA, 2004, pp. 1225 et s.

<sup>77</sup> MOHAMED SALAH (M.), *Les contradictions du droit mondialisé*, *op.cit.*, p. 78.

<sup>78</sup> DEFFAINS (B.), OBIDZINSKI (M.), « Vers de nouveaux questionnements : production, design et évolution des systèmes juridiques », in DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), (sous dir.), *Analyse économique du droit, principes, méthodes, résultats*, De Boeck, Ouvertures économiques, Bruxelles, 2009, pp. 376 et s., p. 377.

<sup>79</sup> Voir DU MARAIS (B.), « One size fits all », AJDA, 2004, pp. 1273 et s.

<sup>80</sup> AUBY (J.B.), *La globalisation, le droit et l'Etat*, *op.cit.*, p. 215.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 26.

*mondialisation par la mise en conformité de ses normes et pratiques avec les standards internationaux.*<sup>82</sup>

La définition d'une intervention étatique dépend de l'idée populaire du concept de l'Etat, une notion qui doit être intégrée dans la culture de tout pays. Au Vietnam, la politique d'externalisation à travers les PPP implique un changement du dirigisme économique. L'impulsion politique nécessaire au lancement des PPP est tout aussi importante que l'élaboration des normes indispensables à leur fonctionnement.

Les PPP sont censés promouvoir le principe 'gagnant-gagnant' (*win-win*) auprès des partenaires du projet. Dans la pratique, la relation n'est pas toujours égale. L'étude basée sur les théories économiques a mis en évidence l'existence d'une asymétrie d'information en faveur du concédant ou du mandataire privé selon le type de projet.<sup>83</sup> Lorsque la connaissance spécifique du projet et la maîtrise du montage contractuel et financier sont uniformément réparties entre les partenaires, il existe un équilibre dans la relation partenariale. Cette question est d'autant plus cruciale pour le Vietnam que les projets PPP sont conclus avec des entreprises multinationales. En conséquence, la mixité entre le public et le privé suscite des débats idéologiques importants dans la politique économique du pays. Il est évident que la réussite des partenariats public-privé nécessite une étude approfondie des sociétés dans lesquelles ils s'inscrivent et un suivi des évolutions qu'elles engendrent.<sup>84</sup>

Les PPP sont des instruments d'action publique dont la mise en œuvre implique une compétence de pilotage de la part des autorités publiques. Le processus PPP *s'inscrit souvent dans une perspective néo libérale de réduction du rôle de l'Etat et de contrôle de l'action publique par les acteurs privés ou en introduisant les mécanismes du marché.*<sup>85</sup> *La gestion de l'Etat peut prendre l'exemple sur celle du secteur privé, ainsi, l'Etat doit être efficient sinon efficace, c'est à dire capable d'intervenir au moindre coût. Il doit surtout beaucoup moins intervenir.*<sup>86</sup> *Selon cette logique de comparaison, l'Etat est sûrement moins efficace que les opérateurs privés, l'organisation bureaucratique de l'administration ne peut rivaliser avec le mode de fonctionnement dynamique, innovant et souple du secteur privé, motivé par le seul objectif de la rentabilité économique.*<sup>87</sup>

Les PPP sont-ils des signes du déclin de l'idéologie collectiviste ? Cette question est importante pour la politique de transition du gouvernement vietnamien. Les réformes du Vietnam doivent-elles être orientées vers une uniformisation des règles de marché, motivées par les avantages économiques des pays développés ? La réponse sera déterminante pour le chantier de construction du cadre juridique qui évolue dans un contexte de concurrence en matière de droit. L'enjeu est de chercher un équilibre entre la déréglementation qui permet une souplesse normative et le maintien du contrôle étatique dans les secteurs stratégiques. Dans le cadre des PPP, il est difficile, dans ces conditions, d'élaborer une loi 'type' ayant les qualités de souplesse suffisantes pour attirer les investisseurs.

---

<sup>82</sup> CHOUKROUNE (L.), « Droit et économie au Vietnam », in *RIDC*, 4-2004, octobre-décembre, pp. 892 et s., p. 893.

<sup>83</sup> Voir LYONNET DU MOUTIER (M.), « Financement sur projet et Partenariat public-privé : la relation entre concédant et concessionnaire dans les BOT d'infrastructure », in *Politiques et management public*, Vol. 21, Mars 2003, n°1, pp. 1 et s.

<sup>84</sup> AYMERIC (B.), « Une approche sociologique et politique des contrats de partenariat public-privé », *La lettre des Economistes de l'AFD*, n° 21, p. 8.

<sup>85</sup> LE GALES (P.), « Aspects idéologiques et politiques du partenariat public-privé », op.cit., p. 51.

<sup>86</sup> ROUBAN(L.), « Les paradoxes de l'Etat postmoderne », op.cit., p. 6.

<sup>87</sup> Ibidem., p. 6.

## IV) Les objectifs de l'étude

### A) Le recours au droit comparé

L'intégration des PPP sous forme du *BOT* n'a pas trouvé un terrain juridique et politique favorable au Vietnam. Pour les autorités publiques, la recherche d'un modèle juridique qui réponde à la complexité et aux paradoxes de la transition est un souci majeur. Comment faire évoluer le régime vers le capitalisme sans renoncer au communisme ? Le problème se situe moins au niveau de l'idéologie qu'au niveau de l'action publique et de la structure juridique qui l'accompagne.

Le travail de la thèse propose une étude comparative qui permet de connaître la réalité du fonctionnement des PPP dans les systèmes juridiques au Royaume-Uni et en France. En effet, la comparaison est « un procédé de connaissance critique », <sup>88</sup> qui permet de mieux appréhender les réalités des contextes juridiques. En ce sens, le droit comparé est un instrument de première importance pour l'adaptation du droit dans la période de transition du Vietnam.

La mise en œuvre des PPP nécessite des instruments juridiques divers <sup>89</sup> qui n'existent pas au Vietnam. En droit vietnamien, les concepts de base utilisés dans les PPP, notamment le contrat, ont des sens éloignés du concept considéré comme universel dans les systèmes occidentaux. L'intégration des PPP au Vietnam ne peut faire l'économie d'identifier les problèmes qui sont issus de ces décalages. En effet, la connaissance de la législation du modèle d'inspiration implique la connaissance des idées qui l'animent, des concepts qui la sous-tendent, de la conception du droit. Cela est utile *pour garantir que la norme ou la décision juridictionnelle, quelle que soit sa portée juridique, résulte d'un choix ou le cas échéant, d'un effort de synthèse suffisamment éclairé entre différentes solutions.* <sup>90</sup>

L'adoption d'un droit par imitation ou emprunt est un phénomène complexe en raison de l'interdépendance des dimensions techniques, culturelles, administratives et politiques. Le droit comparé peut contribuer à l'identification des solutions existantes dans différents systèmes de droit pour trouver la réponse à un problème spécifique. <sup>91</sup> Ainsi, *la comparaison des droits est d'abord une source d'interrogation, en effet, comparer, cela ne débouche pas nécessairement sur le mimétisme.* <sup>92</sup>

### B) L'intérêt de la comparaison des modèles britannique et français

Le choix des systèmes français et anglais a été motivé en premier lieu, par le fait de l'appartenance de ces pays à deux systèmes juridiques qui cherchent à établir leur influence dans les activités économiques au niveau mondial. La Grande-Bretagne et la France sont d'autant plus concernées par ce sujet puisque ces pays ont laissé leurs empreintes juridiques dans leurs anciennes colonies. Ensuite, il existe des points

---

<sup>88</sup> SACCO (R.), *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p. 5 ; DAVID (R.) et JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis 11 éd, Dalloz, Paris, 2002 ; LEGRAND (P.), « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », in *RIDC*, 4-1999, pp. 1054 et s.

<sup>89</sup> MULLER (E.), *Les instruments juridiques des PPP*, op.cit.

<sup>90</sup> CONSEIL D'ETAT, *L'influence du droit français dans le monde*, p. 13.

<sup>91</sup> MUIR-WATT (H.), « La fonction subversive du droit comparé », in *RIDC*, Vol. 52 n°3, Juillet-septembre 2000, pp. 519 et s.

<sup>92</sup> MAKHLOUF (A.), Thèse op.cit., p. 13.

importants qui sont communs en ce qui concerne leur organisation juridique et institutionnelle. En effet, ces deux pays sont soumis à la réglementation du droit communautaire, notamment en ce qui concerne le droit de concurrence. Cette base commune facilite la comparaison de l'environnement juridique des PPP, surtout dans les secteurs de réseaux. Au-delà des contrastes juridiques, il existe une interpénétration du droit concernant les PPP entre la France et le Royaume-Uni.<sup>93</sup> Enfin, le Royaume-Uni et la France sont des Etats unitaires qui doivent résoudre le problème de la relation entre le gouvernement central et les régions, la comparaison des expériences dans ce domaine peut dégager des solutions éventuelles pour les réformes institutionnelles au Vietnam.

L'analyse comparée dans le cadre de l'étude ne vise pas l'objectif de classement selon un critère précis, à l'instar du critère de l'efficacité dans les rapports 'Doing Business' de la Banque mondiale. Il s'agit plutôt de faire connaître les caractéristiques des deux modèles de PPP qui sont mis en œuvre de manière différente dans les systèmes anglais et français. Le but de ce travail est la recherche des solutions juridiques les mieux adaptées aux problématiques du recours des PPP au Vietnam. Dans ces conditions, l'approche large qui permet d'étudier le 'modèle de partenariat' dans le contexte politico-économie est nécessaire pour les travaux de réformes juridiques et institutionnelles au Vietnam.

L'expression « modèle de partenariat » peut laisser penser à la PFI qui s'est érigée en *standard mondial, voire en précurseur*<sup>94</sup> en matière de PPP ou à la concession, qualifiée dans le monde, comme un « modèle français. »<sup>95</sup> Le terme « modèle » utilisé dans le cadre de l'étude ne désigne pas un modèle systémique, tant il est difficile de concevoir un modèle PPP standard, *mais simplement un modèle casuel, de nature à apporter des solutions à des questions particulières.*<sup>96</sup> Ces questions concernent les multiples domaines économique, juridique et politique.

La première partie de la thèse aborde le sujet de l'environnement juridique du Vietnam. L'élaboration du code civil dans le système du droit socialiste vietnamien a donné lieu à de nombreuses incohérences juridiques. En effet, les travaux des rédacteurs ont été effectués dans l'urgence des besoins et en conséquence ne sont pas basés sur les études systématiques, ni sur des fondements méthodologiques. L'équipe chargée de la réforme du code civil de 2005 a souligné le défaut de la méthode législative de ce code sous ces termes : *Il n'existait, en effet, presque aucune étude systématique sur les ouvrages de l'ancien droit comme le Code Hông Duc, le Code Gia Long, les codes civils du Tonkin, de l'Annam et de Cochinchine, ou encore le Code civil de la République du Vietnam de 1972.*<sup>97</sup>

La mise en œuvre dans la pratique a révélé les défaillances des normes, d'autant plus que l'évolution politique exige des adaptations juridiques. La deuxième version du code civil, élaborée dix ans après la première, est aussi dépassée par les évolutions du

---

<sup>93</sup> Le PFI est *le versant anglais du MEPT*, voir COSSALTER (P.), MARAIS (B. de), *La Private finance initiative*, 2001, p. 54. Le contrat de partenariat français apparaît comme *un retour boomerang en droit français du METP via l'étape du PFI en Grande Bretagne*. Voir PEYRICAL (J.M.), BLONDEL (D.), *Mon. T.P.* du 17 septembre 2004, p.88.

<sup>94</sup> DU MARAIS (B.), COSSALTER (P.), « Délégations de service public : la leçon britannique », *Les Échos*, 4 septembre 2001.

<sup>95</sup> Voir World Bank: *World development report*, 1994; *Toolkits for Private Participation in Water and Sanitation*: <http://www.worldbank.org/html/fpd/water/wstoolkits/index.html>.

<sup>96</sup> LICHERE (F.), « Le droit anglais des contrats publics comme modèle ? », in *Mélanges Guibal ?* pp. 449 et s., p. 451.

<sup>97</sup> Voir NGUYEN (A.H.), *Một vài vấn đề cần được nghiên cứu để xây dựng Bộ luật dân sự*, (*Quelques réflexions sur l'élaboration du code civil*), Intervention au séminaire "Les orientations de la réforme du code civil", organisé le 2 mars 2011 à Hanoi par le Ministère de la Justice en collaboration avec JICA. Source : <http://www.thongtinphapluat.wordpress.com>.

pays. Notamment en ce qui concerne le droit des biens et le droit des contrats. Dans ce contexte, les références de codification en droit français sont des pistes sérieuses pour l'élaboration d'une troisième version du code civil du Vietnam.<sup>98</sup>

La démarche consiste à comparer la tradition politique qui a défini le mode d'intervention étatique dans la mise en œuvre des PPP en France et au Royaume-Uni ainsi que l'environnement juridique indispensable pour le fonctionnement de ces projets. Dans le contexte de la mondialisation, le *caractère plutôt libéral du droit de la Common Law, en lien étroit avec la puissance économique et financière anglo-saxonne, joue contre l'attractivité du droit français dans un monde où la défense des libertés par un Etat fort, qui est une des caractéristiques de ce droit, n'est plus une donnée communément admise.*<sup>99</sup> Cependant la comparaison du fonctionnement des PPP dans le contexte culturel propre du pays permet de relativiser la suprématie du modèle libéral qui met en avant les qualités du système juridique anglo-saxon par rapport au système français. En effet, *un système juridique se caractérise d'abord par ses règles et les solutions qu'elles contiennent. Il suscite également l'intérêt par les problématiques qu'il choisit, les débats qu'il engendre et les orientations qu'il dégage.*<sup>100</sup>

La recherche d'un modèle qui permet de conserver le rôle d'un Etat fort est une priorité des réformes juridiques vietnamiennes. Ainsi, un système juridique dans lequel l'Etat a le rôle central, à l'instar du modèle français, peut apporter des références et des réflexions pour la construction des concepts de base, pour l'élaboration d'un système juridique politique conforme à la tradition du Vietnam et à son ambition d'intégrer à l'économie mondiale.

La seconde partie de la thèse aborde la question des PPP en tant qu'instrument de l'action publique. Dans les pays développés, les PPP ont été des opportunités pour la réforme du droit de commande publique et de la gestion publique.<sup>101</sup> Ainsi, les retours des expériences pratiques ont révélé les impacts des PPP sur la redéfinition de l'action publique en France et au Royaume-Uni. En effet, les PPP sont à la fois un nouveau mode de commande publique mais aussi un nouvel instrument d'action publique.<sup>102</sup>

La différence essentielle entre le modèle PPP français et le modèle PPP anglo-saxon est le rôle déterminant du partenaire financier. En raison de l'attention focalisée sur l'aspect économique, les PPP sont appréhendés quasiment comme un instrument financier ; l'aspect financement de projet a été mis en avant. *Le financement de projet est, comme son appellation l'indique, une opération financière avant tout.*<sup>103</sup> Cependant, lorsque cet instrument est utilisé pour réaliser un projet d'intérêt public et qu'il engage l'autorité publique sur une durée de long terme, les enjeux ne sont plus uniquement d'ordre financier. D'autant plus que les PPP sont des moyens pour financer les

---

<sup>98</sup> HOANG (T.L.) « Sứ đò, bở sung BLDS Việ Nam, môt yêu cầu bức xúc trước thềm của thế kỷ XXI », (La réforme du Code civil vietnamien, une exigence pressante à la veille du XXIème siècle), *Revue Information sur les sciences juridiques - Institut des Sciences juridiques*, Ministère de la Justice, N° 11+12/2001, p. 102.

<sup>99</sup> CONSEIL D'ETAT, *L'influence du droit français dans le monde*, p. 62.

<sup>100</sup> MOREAU (M.), *A propos de l'influence internationale du droit français*, pp. 359 et s., p. 367, disponible sur le site : [http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/Moreau\\_2003.pdf](http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/Moreau_2003.pdf), consulté le 10/11/2014.

<sup>101</sup> CAMPAGNAC (E.), « De l'équipement au service, la métamorphose des organisations : coopération, gestion du risque et techniques contractuelles dans les nouveaux partenariats publics privés », in AZAN (W.), BARES (F.) et CORNOTI (Ch.) (dir.), *Logiques de création : enjeux théoriques et management*, Paris, L'Harmattan, 2006, pp. 137 et s.

<sup>102</sup> CAMPAGNAC (E.), « Contribution à l'analyse des contrats de partenariat public-privé en France et au Royaume-Uni », *op.cit.*, p. 366.

<sup>103</sup> APPELBAUM (R.), « Les PPP et le développement du droit public à l'étranger », *AJDA*, 2004, pp. 1759 et s.

infrastructures dans les domaines jugés stratégiques pour le Vietnam, notamment les domaines de l'énergie et de haute technologie.

L'intérêt du sujet est de mettre en exergue la relation contractuelle entre l'autorité publique et le secteur privé qui est souvent reléguée en seconde partie après la question financière.<sup>104</sup> L'échec des projets Dabhol en Inde avec la faillite d'Enron a révélé les défaillances du schéma de financement de projet avec le partenaire public.<sup>105</sup> Dans ce projet, *la relation contractuelle avec le gouvernement ou l'autorité publique intéressée au projet n'est pas pour autant occultée mais elle passe comme secondaire et elle est toujours approchée comme la source de la rémunération de la compagnie de projet (cash flow) plutôt que comme la source des services rendus à l'entité publique cocontractante.*<sup>106</sup>

La question du rôle de l'Etat<sup>107</sup> est centrale dans le recours aux PPP pour le développement économique du Vietnam. *L'intérêt de la comparaison entre la France et le Royaume-Uni illustre deux modalités différentes de sortie du compromis keynésien.*<sup>108</sup> La tendance générale qui attribue une suprématie du droit anglo-saxon doit être relativisée dans le cadre des PPP. En effet, les retours des expériences de ces projets ont révélé la faiblesse des modèles PPP en Grande-Bretagne. La priorité de la recherche de rentabilité aux dépens du souci de sécurité, de la qualité des services rendus aux usagers a été la raison de l'échec du PPP dans les transports ferroviaires.<sup>109</sup> Il ne doit pas être oublié que *c'est à la France que l'on doit le concept de la concession de service public et plus récemment de la gestion déléguée des services publics et du fait de la puissance des entreprises françaises du secteur au niveau international, le French modèle est encore une référence.*<sup>110</sup>

Il est difficile de balayer l'ensemble du système juridique en transition du Vietnam, le sujet est trop vaste et ne correspond pas à la manière d'agir des législateurs vietnamiens, habitués à régler en priorité et de manière sectorielle, les problèmes les plus urgents. Le droit des biens est choisi en raison de l'écart de différence de ce droit dans les deux systèmes communiste et capitaliste. Le droit de contrat ne peut être occulté car il s'agit de l'instrument juridique central sur lequel est reposé le mécanisme de PPP. Par ailleurs, l'évolution de ces deux droits révèle les changements idéologiques du système vietnamien sur la voie de transition.

En revanche, d'autres branches du droit, notamment le droit de propriété intellectuelle ou le droit des sociétés ne sont pas abordés dans cette étude. La problématique des contentieux, qui est directement liée au système judiciaire du Vietnam, n'est pas abordée dans le travail de la thèse qui se concentre sur l'objectif des

---

<sup>104</sup> APPELBAUM (R.), « Les PPP et le développement du droit public à l'étranger », *AJDA*, 2004, pp. 1759 et s.

<sup>105</sup> Ibidem.

<sup>106</sup> APPELBAUM (R.), « Les PPP et le développement du droit public à l'étranger », *AJDA*, 2004, pp. 1759.

<sup>107</sup> Pour les formes d'intervention publique, voir IDOUX (P.), « Le droit public économique vu à travers la crise », *Droit administratif*, mars 2010, n°3, étude 5 ; ZILLER (J.), « Mondialisation et interventions publiques dans le marché : Du contrôle juridictionnel de l'intervention publique à l'encadrement juridique par l'intégration économique régionale ou globale : aides publiques et fiscalité – quelques pistes pour un programme de recherche », in *RIDE*, 2002, pp. 313 et s. ; BAUMEL (J.), « Moins d'Etat, mieux d'Etat » : *colloque du 14 octobre 1985 à l'assemblée nationale*, Fondation du futur, 1986.

<sup>108</sup> ROSANVALLON (P.), « L'Etat au tournant », in LENOIR (R.) et LESOURNE (J.), *Où va l'Etat*, Le Monde Editions, Paris, 1992, pp. 62 et s.

<sup>109</sup> Voir NUSSBAUMER (M.), « Le chaos des chemins de fer britanniques », *Le Monde diplomatique*, avril 2002, disponible sur le site <http://www.monde-diplomatique.fr/2002/04/NUSSBAUMER/16381>, consulté le 10/11/2014.

<sup>110</sup> BANQUE MONDIALE, *World development Report : Infrastructure for Development*, 1994.

réformes du cadre juridique. Par ailleurs, au Vietnam, les projets PPP sont encore rares et les litiges ne font pas l'objet de contentieux recensés dans les documents officiels. Pour les mêmes raisons, les PPP institutionnels ne sont pas étudiés dans le cadre de l'étude.

La méthode utilisée dans la thèse consiste à analyser des problèmes concrets dans la réalité au Vietnam et à comparer des solutions ou des cas analogues dans les deux pays choisis comme modèles pour suggérer ainsi des références utiles pour les réformes au Vietnam. En effet, la France et le Royaume-Uni ont adoptés des libéralismes et des systèmes juridiques différents. La connaissance de la mise en œuvre des PPP étrangers dans leur contexte culturel et politique peut servir de références pour la réflexion des législateurs et des pouvoirs publics vietnamiens dans le travail de l'élaboration d'un modèle national qui leur soit propre. Au Vietnam, le système juridique est en évolution constante en raison de la politique de l'ouverture progressive à l'économie de marché et de la méthode « essai et erreur ». En conséquence, la réforme du système juridique n'est toujours pas achevée malgré les efforts des autorités publiques.

La richesse des expériences politiques et économiques du droit français peut apporter des références à des chantiers primordiaux en attente de réforme : le système juridique harmonisé à l'ouverture à l'économie mondiale et la construction de l'Etat de droit. Par ailleurs, la mise en œuvre des PPP au Vietnam implique de traiter à la fois le chantier des réformes juridiques et celui de la gestion publique. Par rapport à des références juridiques procurées par des institutions financières, celles du modèle français est un complément qui enrichit le travail des réformateurs vietnamiens. En conclusion, les particularismes juridiques, culturels et politiques français peuvent être sources de réflexions pour les réformes vietnamiennes dans les domaines :

Première partie) L'élaboration d'un cadre juridique adapté au développement des partenariats public-privé : l'intérêt de la dualité du droit français  
Deuxième partie) L'intervention de l'Etat dans les partenariats public-privé : les apports du modèle étatique français

**PREMIERE PARTIE : LA  
RECHERCHE D'UN CONTEXTE  
JURIDIQUE FAVORABLE POUR LES  
PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE :  
L'INTERET DE LA DUALITE DU  
DROIT FRANÇAIS**

*La notion de partenariat public-privé recèle en effet une idée nouvelle, ..., celle d'une association et d'une solidarité entre les associés.*<sup>118</sup> La nouveauté est confirmée dans la situation du Vietnam. En effet, les processus *BOT* sont introduits seulement dans ce pays depuis les années 90 sans trop de succès. Ces instruments reviennent au centre des réformes juridiques du gouvernement. La résolution des difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de ces processus nécessite une appréhension transversale qui permet de dépasser les simples changements des normes. Ainsi, au Vietnam, le droit est un instrument incontournable pour accompagner la transition vers l'économie de marché.

L'idée de l'association dans les PPP pose la question de la relation juridique entre le pouvoir public et les acteurs privés. En premier lieu, il s'agit de la reconnaissance de la propriété privée et du contrat, deux instruments nécessaires pour les activités économiques. Selon Kornai, la différence fondamentale entre les systèmes socialiste et capitaliste réside dans l'idéologie économique, incarnée par le pouvoir politique, qui est favorable ou non à la notion de propriété privée.<sup>119</sup>

Les réformes juridiques au Vietnam sont centrées sur le domaine économique. En effet, la légitimité du développement économique a permis de dépasser les contraintes idéologiques. Selon le concept 'pragmatisme juridique', le droit est un moyen d'action au service de l'économie. Pourtant, *le droit est le fruit de la conscience populaire et de la jurisprudence, spécifique à chaque peuple*<sup>120</sup> et dans ce sens, il ne peut être réduit au rôle de la *servante de l'économie*.<sup>121</sup>

Les législateurs vietnamiens ont adopté une vision instrumentaliste du droit et ont recours à la méthode des projets de loi « *aussitôt prêts, aussitôt adoptés* »<sup>122</sup> et à la technique de « *préférer le sommaire au détaillé* ». <sup>123</sup> La vision instrumentaliste du droit *a profondément modelé la conception du droit, en particulier l'acceptation de l'idée d'Etat de droit.*<sup>124</sup> Pour développer la conscience juridique des individus, le droit doit être porteur de valeurs essentielles de la société dans laquelle il est intégré. L'approche instrumentaliste du droit, à l'instar de celle appliquée au Vietnam, ne permet pas de traiter cet aspect.

L'Etat de droit (*Rule of law*) au sens occidental du terme a une signification historique, celle de la rupture avec la monarchie et de la reconnaissance des droits et des libertés fondamentales des individus.<sup>125</sup> L'Etat de droit implique que les lois s'appliquent à tout individu dans la société et que les dirigeants doivent respecter la loi. La société vietnamienne est régulée par d'autres règles que le droit, l'idée de soumettre le pouvoir public au droit est encore nouvelle dans ce pays. Ainsi, le concept de l'Etat de droit se rapproche de la notion de l'Etat par le droit (*Rule by law*).

---

<sup>118</sup> MARCOU (G.), « Le partenariat public-privé : retrait ou renouveau de l'intervention publique ? », in Colloque de la Caisse des Dépôts et Consignations, *Partenariat public-privé et collectivités territoriales*, éditions La Documentation Française, Paris, 2002, p. 14.

<sup>119</sup> Voir KORNAI (J), *The Road to a Free Economy: Shifting from a Socialist System —The Example of Hungary*, W. W. Norton New York, 1990.

<sup>120</sup> JOUANJAN (O.), *L'esprit de l'Ecole historique du droit, Textes inédits en français de F.C. von Savigny et G.F. Puchta*, éd. Etude broché, 2004.

<sup>121</sup> JACQUEMIN (A.), « Le droit serviteur de l'économie ? », *RTD com.*, 1972, p. 292 ; Voir aussi DANET (D.), « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », *RIDE*, 1993, n° 1, pp.5 et s.,p.5.

<sup>122</sup> LI-KOTOVTCHIKHINE XIAO-YING (M.), «Le pragmatisme juridique dans la Chine post-Mao », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 61, n°4, 2009. pp. 715 et s., p. 543.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 543.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 717.

<sup>125</sup> NGUYEN (D.T.J.), « Etat de droit au Vietnam et économie de marché », in ALBAGLI (C.), *La transition chaotique*, Panthéon Assas Paris 2, LGDJ, Paris, 1994, pp. 67 et s., p. 73.

L'étude du système juridique français est une source d'informations doctrinales mais aussi d'expériences pour améliorer la cohérence et la clarté des normes dans le système juridique en construction du Vietnam. En effet, doté d'une tradition juridique forte et de capacité d'évolution, le droit français a fait ses preuves en tant que modèle<sup>126</sup> pour de nombreux Etats dans le monde.<sup>127</sup> Ainsi, les qualités du droit français peuvent être reproduites dans les systèmes de droit appartenant au système de droit civil, comme le cas du Vietnam.

Une des particularités du droit français est l'importance de la distinction du droit public et du droit privé.<sup>128</sup> Cette séparation repose sur le raisonnement logique selon lequel l'État est une entité souveraine. En conséquence, les règles relatives aux relations entre les particuliers ne peuvent être les mêmes que celles qui doivent s'appliquer dans les situations où l'État est concerné.

La France a été pionnière *d'un droit de l'administration dont les standards comme les techniques dépassent les clivages d'ordre politique et sont adaptés tant aux Etats fédéraux qu'aux Etats unitaires.*<sup>129</sup> Ainsi, les normes du droit public ne sont pas que des concepts juridiques, elles sont porteuses des *valeurs et de principes fondateurs de l'organisation politique et sociale de la France.*<sup>130</sup> Les cadres logiques et la hiérarchie stricte du droit français ont été mis en place *pour combattre l'arbitraire et réprimer les abus.* En effet, dans un système de l'Etat de droit, *il ne suffit pas d'imposer aux particuliers l'ordre légal nouveau, il faut que l'administration soit la première à respecter la loi et à donner l'exemple de la vertu. Un véritable droit doit gouverner son activité : le droit public doit se développer parallèlement au droit privé.*<sup>131</sup>

La distinction des droits est nécessaire pour déterminer les régimes juridiques. En effet, *c'est en raison du fait que la caractérisation d'un acte, d'une situation comme relevant du droit public entraîne l'application à cet acte, à cette situation, d'un régime différent de celui qui s'applique à elle si elle se trouve caractérisée comme relevant du droit privé.*<sup>132</sup>

La réforme de l'environnement juridique des PPP peut impulser des réformes plus approfondies, notamment pour améliorer la cohérence et la sécurité juridique du droit vietnamien. Ainsi, le système juridique français fournit des pistes réflexions utiles pour les réformes vietnamiennes, dans les processus suivants :

Titre 1) Les références françaises pour faciliter la transition économique du Vietnam

Titre 2) Les références françaises et leur cohérence avec le nouvel Etat de droit au Vietnam

---

<sup>126</sup> Voir *Livre du Centenaire de la Société de législation comparée*, Paris, LGDJ, 1969 ; « La circulation du modèle juridique français », *Journées franco-italiennes de l'association H.Capitant*, tome XLIV, 1993.

<sup>127</sup> CONSEIL D'ETAT, *L'influence internationale du droit français*, Coll. Etudes et documents du Conseil d'Etat, La Documentation, 2011, p. 51.

<sup>128</sup> Voir DAWN (O.), « Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ? », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, n°2, Avril-juin 2001, pp. 327 et s.

<sup>129</sup> CONSEIL D'ETAT, *L'influence internationale du droit français*, op.cit., p. 57.

<sup>130</sup> SAUVE (J.M.), *L'avenir du modèle français de droit public en Europe*, Colloque organisé par la chaire Mutations de l'action et du droit public de Sciences Po, sous le patronage du Conseil d'Etat avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice, 2011.

<sup>131</sup> REVUE DE DROIT HENRI CAPTANT, *La distinction droit public-droit privé en France*, R.David », n° 5, décembre 2012, disponible sur le site : <http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?id=362>, consulté le 5/1/2016.

<sup>132</sup> AUBY (J.B.), « Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français », in AUBY (J.B.), FREEDLAND (M.), (dir.), *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, L.G.D.J., Paris, Ed. Panthéon Assas, 2004, pp. 19 et s., p. 25.

**TITRE I) LES REFERENCES**  
**FRANÇAISES POUR FACILITER LA**  
**TRANSITION ECONOMIQUE AU**  
**VIETNAM**

Les économistes qui étudient la relation entre les institutions et le développement économique dans les PED ont mis l'accent sur le fait que les institutions de propriété jouent un rôle déterminant dans la croissance à long terme, l'investissement et le développement financier des pays.<sup>133</sup> Selon De Soto, les instruments juridiques sont déterminants pour le développement des pays du tiers-monde et des pays communistes. Ces instruments d'exploitation de ressources, de création de richesse, sont en conséquence des éléments indispensables pour le développement de l'économie.<sup>134</sup>

Le partenariat inclut l'idée d'une co-action avec le pouvoir public,<sup>135</sup> notamment l'idée du partage de risque, de la définition des obligations et des droits des parties. *Partenariat et contractualisation entretiennent des liens plus étroits lorsque la relation partenariale implique personnes publiques et entreprises privées.*<sup>136</sup> Ainsi, l'instrument contractuel est au centre de la mise en œuvre des PPP. Dans ces projets, les actifs et les enjeux financiers sont importants, en conséquence, l'existence d'un cadre juridique qui permet de garantir le droit sur ces biens est un élément déterminant.

Dans le système juridique communiste, la propriété privée n'a pas de valeur juridique et le contrat privé est quasiment inexistant. En effet, la notion de contrat économique ne concerne que les organisations publiques. Dans le système vietnamien, le droit de propriété et le droit des contrats occupent une place importante dans le code civil de 1995 et celui de 2005. Cependant, en l'absence d'études exhaustives, les insuffisances tant au niveau de la technique législative que du contenu des dispositions,<sup>137</sup> sont des obstacles majeurs pour les travaux des législateurs dans l'élaboration d'un troisième code civil en vue. Les références du système juridique français peuvent apporter des pistes de réflexion pour l'amélioration des droits en cours de construction :

Chapitre 1) La reconnaissance du droit de bien privé

Chapitre 2) L'émergence du droit des contrats privés

---

<sup>133</sup> ACEMOGLU D., JOHNSON S., ROBINSON J. A., « The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation », *American Economic Review*, 2001.

<sup>134</sup> DE SOTO (H.), *International Herald Tribune*, 5 January 2001.

<sup>135</sup> MARCOU (G), « Le partenariat public-privé : retrait ou renouveau de l'intervention publique ? », in Colloque de la Caisse des Dépôts et Consignations, *Partenariat public-privé et collectivités territoriales*, La Documentation Française, Paris, 2002, p. 14.

<sup>136</sup> CHASSAGNARD –PINET (S.), HIEZ (D.), *Le système juridique à l'ère de la contractualisation*, Synthèse, 2008, Mission de Recherche droit et justice.

<sup>137</sup> *Présentation du droit civil vietnamien*, disponible sur le site : [ww.institut-idwef.org/Presentation-sur-le-droit-civil.html](http://ww.institut-idwef.org/Presentation-sur-le-droit-civil.html), consulté le 9/3/2014.

## **CHAPITRE I) LA RECONNAISSANCE DU DROIT DES BIENS PRIVÉS**

Construit selon le modèle soviétique, le droit vietnamien est un droit à prédominance publique. Dans ce système, le droit de propriété privé fait partie d'un ensemble composé de différents types de propriétés. La reconnaissance du droit de propriété privée implique la réforme de la propriété socialiste, du monopole étatique dans ce domaine. Ce droit est construit à partir de la pratique sociale dans un système qui accorde une place prédominante à la propriété étatique.

Le libéralisme économique implique la reconnaissance du droit de propriété privée, de la liberté d'entreprendre nécessaire au développement de richesse. Dans le contexte du Vietnam, le développement économique nécessite une réforme de la propriété puisque, sans une réhabilitation de la propriété privée qui permet aux individus de disposer de ses biens et de ses droits économiques, la transition de l'économie libérale est sans perspective.<sup>142</sup> Le gouvernement vietnamien a adopté une politique médiane qui consiste à faire fonctionner dans un même système des principes contradictoires tels que le libéralisme et l'interventionnisme. Ce processus pose des obstacles aux travaux de réformes législatives qui sont dépourvus de base cohérente.

Pour remédier à des lacunes du droit de bien privé (Section 1), l'étude des modèles étrangers est une démarche nécessaire. En effet, à travers l'étude des références du droit comparé : l'intérêt du modèle de droit français des biens (Section 2) est une piste de réflexion éventuelle pour la clarification et la cohérence des normes dans ce domaine.

### **SECTION 1 : LES LACUNES DU DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE AU VIETNAM**

Le changement effectué par le gouvernement vietnamien ne consiste pas à remettre en cause le système de propriété socialiste mais à faire fonctionner un ensemble de différentes catégories de propriété. Si ce processus permet de satisfaire des besoins à court terme, il laisse sans réponse de nombreux problèmes. En effet, avec un droit de propriété privée en émergence (Sous-section 1) et un droit de sûreté inefficace (Sous-section 2) qui est critiqué par les créanciers, la politique de l'ouverture à l'économie du gouvernement vietnamien s'avère difficile.

#### **SOUS-SECTION 1 : UN DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE EN ÉMERGENCE**

Les réformes juridiques concernant le droit de propriété privée ne présentent pas des innovations réelles et gardent les traces des particularités de l'histoire vietnamienne (Paragraphe 1). À défaut d'une politique de réforme cohérente, les blocages juridiques

---

<sup>142</sup> TOUMANOV (V. A.), « Évolution du droit de propriété dans les anciens pays socialistes », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 49, n°3, Juillet-septembre 1997, pp. 531 et s., p.531.

qui sont issus d'un droit de propriété privée inadapté à l'économie de marché (Paragraphe 2) restent irrésolus.

## Paragraphe 1) Les particularités de l'histoire vietnamienne

A l'instar de la Chine, le Vietnam a choisi la voie intermédiaire sans rupture avec le communisme. Ce processus implique une préservation des legs du concept de propriété socialiste (I), et en conséquence, abouti au rejet de la voie de privatisation systématique de la Russie postsoviétique. (II) Ainsi, les réformes progressives du droit de propriété dans le processus de transition au Vietnam nécessitent de nombreuses adaptations constitutionnelles. (III)

### I) LA PRESERVATION DES LEGS DU CONCEPT DE PROPRIETE SOCIALISTE

A travers le mouvement de l'internationalisme, le modèle juridique soviétique a été imposé dans les pays satellites de l'URSS et les pays du bloc communiste.<sup>143</sup> En raison de la dépendance militaire et économique pendant la guerre contre les Américains, le droit vietnamien a été longtemps influencé par le droit soviétique, le marxiste et son corolaire qui est la propriété socialiste. En effet, l'histoire de la lutte pour l'indépendance vietnamienne a été marquée par l'adhésion au bloc communiste, et par la dépendance aux aides des deux puissances asiatiques : l'URSS et la Chine.

La chute du communisme en URSS et dans les pays de l'Europe de l'Est a révélé un phénomène nouveau dans l'histoire de l'évolution de l'économie mondiale : *comment transformer réellement la propriété d'Etat, dont l'objet était une majorité écrasante des richesses naturelles et productives du pays, en d'autres formes ?*<sup>144</sup> Quelle institution aura la compétence et la légitimité pour assumer la tâche gigantesque de cette transformation de propriété ?

Le modèle juridique de la propriété reflète le *lien intime entre la propriété et le système social et juridique dans lequel on l'examine.*<sup>160</sup> La notion de propriété privée qui est au cœur du capitalisme n'a pas d'existence juridique dans le système socialiste. Le concept de propriété est une notion fondamentale dans les deux systèmes socialiste et capitaliste, cependant, leurs conceptions y sont radicalement opposées. Dans le code civil soviétique, la partie consacrée au droit de propriété précède la partie consacrée aux obligations. *Cette inversion par rapport à l'ordre du système pandectiste classique est significative au point de vue idéologique.*<sup>161</sup>

La notion de propriété est considérée comme un concept de droit public pour les juristes soviétiques, tandis que pour leurs homologues occidentaux, il s'agit d'une notion de droit civil. Le droit de propriété, à l'instar *d'un grand nombre de dispositions*

---

<sup>143</sup> CARRERE-D'ENCAUSSE (H.), « Uniformité et diversité : les voies de développement d'une communauté socialiste », *Pouvoirs*, n° 21, 1982, p. 89.

<sup>144</sup> TOUMANOV (V. A.), « Évolution du droit de propriété dans les anciens pays socialistes » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 49 N°3, Juillet-septembre 1997, pp. 531 et s., p. 531.

<sup>160</sup> GORE (M.), « L'évolution et la diversification du droit de propriété », p. 2, disponible sur le site : [http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/table\\_ronde\\_2.pdf](http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/table_ronde_2.pdf), consulté le 1/8/2014.

<sup>161</sup> SKODA (D), *La propriété dans le code civil de la fédération Russie : un système entre deux transitions*, Nouvelle bibliothèque de thèse, 2007, Paris, p. 236.

*des constitutions socialistes ne relève pas de la technique juridique, mais de l’empreinte du marxisme-léninisme.*<sup>162</sup> L’intégration à l’économie libérale exige une harmonisation juridique qui permet aux partenaires commerciaux et aux investisseurs étrangers de s’engager avec confiance dans les relations économiques. Ce travail d’harmonisation est difficile puisque le système vietnamien reste fidèle à la conception de propriété socialiste.

## II) LE REJET DE LA VOIE PRIVATISATION SYSTEMATIQUE DE LA RUSSIE

La politique de privatisation prise par le gouvernement russe sans se doter préalablement d’une infrastructure juridique adéquate a abouti à des situations confuses. *On ne peut pas dissocier les avantages du régime de la propriété privée, de l’infrastructure juridique qui l’accompagne.*<sup>164</sup> La privatisation de masse s’est avérée chaotique : de nombreux cas de privatisations ‘sauvages’ ont vu le jour ainsi que le phénomène de fortes disparités régionales.<sup>165</sup> Pour faire face à cette situation, les dirigeants ont recours à l’instrument juridique anglo-saxon : le trust, pour *assurer la gestion des entreprises nationales en cours de privatisation.*<sup>166</sup>

La terre peut faire l’objet de droit de propriété privée, municipale ou étatique, seul le sous-sol et ses ressources restent la propriété exclusive des autorités fédérales et locales de la Fédération de Russie.<sup>167</sup> L’unité de la propriété étatique Soviétique s’est envolée en éclat et laisse la place à une société divisée en deux : *un groupe étroit de gros propriétaires, souvent issus de l’ancienne nomenklatura, et un groupe important de salariés et anciens salariés qui ont le sentiment d’avoir été évincés du processus de ‘partage de la propriété du peuple’.*<sup>168</sup>

Le désordre économique de la Russie postsoviétique est dû à *l’absence d’infrastructure juridique et institutionnelle relative à la propriété privée.*<sup>169</sup> En effet, l’intégration d’un ancien système socialiste dans le monde des affaires libérales nécessite des adaptations institutionnelles et juridiques. L’illustration la plus évidente est celle des investissements étrangers. *L’achat ou la prise de participation d’un investisseur étranger dans une société russe nécessite donc impérativement un audit juridique complet des actifs (en particuliers des terrains, des immeubles et des équipements) afin de déterminer la nature réelle des droits exercés par cette entreprise sur les actifs cédés.*<sup>170</sup> Il en résulte une insécurité juridique qui entraîne des démarches onéreuses et rarement efficaces. En conséquence, les investisseurs étrangers se voient obligés de *vérifier que tous les enregistrements et autorisations nécessaires au transfert*

---

<sup>162</sup> SKODA (D.), La propriété dans le code civil de la fédération Russie : un système entre deux transitions. op.cit., p. 215.

<sup>164</sup> LEPAGE (H.), *Pourquoi la propriété ?* Hachette, Paris, 1985, p. 21.

<sup>164</sup> Ibidem, p. 111.

<sup>165</sup> SALHORGNE (I.), SALBAING (C.), Un nouveau concept de droit de propriété en Russie ?, op.cit. p. 544.

<sup>166</sup> SKODA (D.), *La propriété dans le code civil de la fédération de Russie, un système entre deux transitions*, op.cit p. 384.

<sup>167</sup> Voir SALHORGNE (I.), SALBAING (C.), Un nouveau concept de droit de propriété en Russie ?, op.cit. p. 548 .

<sup>168</sup> Ibidem, p. 545.

<sup>169</sup> SKODA (D.) *La propriété dans le code civil de la fédération de Russie, un système entre deux transitions*, op.cit p. 56

<sup>170</sup> SALHORGNE (I.), SALBAING (C.), Un nouveau concept de droit de propriété en Russie ? Op.cit. p. 550.

*des actifs cédés ont bien été exécutés ou obtenus.*<sup>171</sup> Il est évident que le défaut d'un cadre juridique et institutionnel de la propriété privée *constitue l'une des carences les plus importantes du système juridique postsoviétique.*<sup>172</sup>

Ces expériences ont incité les dirigeants vietnamiens à refuser la voie<sup>173</sup> postsocialiste de la Russie<sup>174</sup> et à maintenir le régime de propriété multiple.<sup>175</sup> En effet, le gouvernement préfère une libéralisation économique qui ne remet pas en cause la structure de propriété étatique et le pouvoir public.

Dans le système socialiste, le droit de propriété a une place prépondérante dans les constitutions qui n'ont cependant, pas les mêmes fonctions que celle du monde libéral. En effet, *le texte constitutionnel socialiste présente des caractéristiques inconnues dans les démocraties libérales : s'adaptant à chaque nouvelle étape que franchit le régime socialiste, il est de caractère évolutif, et accorde une place prépondérante à l'idéologie de l'Etat communiste et à l'organisation socio-économique du pays.*<sup>177</sup>

### III) LES NOMBREUSES ADAPTATIONS CONSTITUTIONNELLES

La constitution vietnamienne a subi plusieurs modifications, cependant cette fréquence n'est pas le signe d'une instabilité structurelle. Il s'agit d'un trait spécifique du modèle constitutionnel soviétique selon lequel *chaque étape nouvelle que traverse la société socialiste doit s'accompagner d'une nouvelle constitution, dans la mesure où le droit ne fait que refléter les évolutions de la société.*<sup>178</sup> En effet, *si la constitution socialiste doit nécessairement évoluer rapidement, elle ne saurait créer de rupture radicale avec les textes antérieurs, sous peine de déroger au mécanisme de la dialectique matérialiste.*<sup>179</sup> Ainsi, l'évolution de l'idéologie politique et juridique nécessite une réadaptation constitutionnelle, notamment pour permettre l'évolution du concept de propriété.

Le droit de propriété est une notion fondamentale dans un pays agricole comme le Vietnam. Les dispositions concernant la propriété ont toujours figuré en tête des Constitutions. En effet, le droit de propriété, notamment le droit de la propriété immobilière, *est toujours reconnu dans les constitutions vietnamiennes.*<sup>180</sup> La reconnaissance et la définition du contour de la propriété privée est au cœur de la stabilité de la politique économique de marché à orientation socialiste. Les normes concernant la propriété sont des dispositions constitutionnelles. En effet, avant

---

<sup>171</sup> SALHORGNE (I.), SALBAING (C.), Un nouveau concept de droit de propriété en Russie ? Op.cit., p.550.

<sup>172</sup> SKODA (D.), *La propriété dans le code civil de la fédération de Russie, un système entre deux transitions*, op.cit, p. 56.

<sup>173</sup> JOHNSON (J.), « Should Russia adopte the Chinese Model of Economic reform? » *Comm. Post Comm. Stud.* vol. 22, n°1, 1994, p. 59-60

<sup>174</sup> Ibidem, p. 59-60.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 59-60.

<sup>177</sup> Ibidem, p. 215.

<sup>178</sup> L'instauration du communisme s'accomplit au cours d'étapes successives. Chaque constitution réalise une avancée par rapport à la précédente en ce qu'elle tend au rapprochement de la phase finale du communisme plein et entier. SKODA (D), *La propriété dans le code civil de la fédération Russie : un système entre deux transitions*. Op.cit. , p. 216.

<sup>179</sup>. SKODA (D), *La propriété dans le code civil de la fédération Russie : un système entre deux transitions*, op.cit., p. 216 .

<sup>180</sup> Article 12, constitution de 1946, *Les cahiers de droit*, vol.46, n°1-2, 2005, pp. 253 et s., p.253

l'existence du code civil, le droit de propriété est mentionné dans la constitution et dans les différents textes de lois vietnamiens.<sup>181</sup>

L'évolution des constitutions vietnamiennes reflète les étapes de l'histoire du pays. Dans les années 40, le PCV est sorti victorieux de la guerre nationaliste, sa légitimité est basée sur la lutte des classes qui concernent les paysans, dénués de droit sur les terres qu'ils travaillaient et les propriétaires fonciers. La constitution de 1946 qui déclarait l'existence d'un pays indépendant, confirme la fin de la propriété féodale et la reconnaissance des droits économiques, civils de la population. Ainsi, de manière plus concrète, la garantie du droit de propriété privée est consacrée.<sup>182</sup> La propriété privée est mise en avant dans une perspective du rétablissement du droit du peuple par rapport à l'exploitation colonialiste.

En 1954, la bataille de Diên Biên Phủ, puis les Accords de Genève entraînent la séparation du pays, le Nord Vietnam reste sous la direction du Parti communiste et le Sud Vietnam est soutenu par le gouvernement américain. Dans le contexte d'une guerre de résistance et de la lutte pour la réunification du pays, la constitution de 1959 ouvre l'ère de l'économie planifiée socialiste et déclare la prédominance de la propriété étatique, collective sur celle des particuliers et des « bourgeois nationalistes. »<sup>183</sup> L'unité nationale justifie la reconnaissance du monopole étatique concernant les ressources et la centralisation économique du pouvoir pour la mise en œuvre d'une économie dirigée.

En 1975, la victoire du communiste a permis de rétablir la paix et la réunification du pays. Il est alors impératif pour le gouvernement de prendre des mesures radicales pour imposer le concept communiste dans la nouvelle région conquise, habituée au droit libéral de l'ancien régime. Le durcissement de la politique socialiste est considéré comme nécessaire pour établir l'unité nationale. Le droit de propriété privée ainsi que les activités économiques libérales basées sur ce droit sont considérées comme contraire à l'économie socialiste<sup>184</sup> et ne sont plus reconnus dans la constitution de 1980.<sup>185</sup>

Les crises économiques ainsi que le détachement du bloc soviétique ont entraîné la politique Dõi Mõi. Le changement de cap nécessaire à l'intégration à l'économie mondiale signifie un changement du système communiste. Ainsi, la constitution 1992 inaugure la voie de développement de l'économie du marché à orientation socialiste. Cette politique se traduit par la consécration du pluralisme des formes de propriétés, hiérarchisées selon la fonction de ses titulaires. La propriété privée est reconnue mais reste en retrait par rapport à la propriété collective et par rapport à la propriété étatique.<sup>186</sup> L'Etat reste le seul propriétaire de la terre, élément symbolique de la souveraineté et de la richesse nationale. Les propriétaires disposent d'une base légale pour la protection de leur droit. Cependant, le droit de propriété privé ne peut porter atteinte ou entrer en conflit avec l'intérêt de l'Etat, l'intérêt collectif et l'intérêt d'autrui.<sup>187</sup> Ainsi, par rapport au droit de propriété privée reconnue par la constitution

---

<sup>181</sup> La loi du sol, loi du contrat économique, loi des propriétés intellectuelles...

<sup>182</sup> Article 12, constitution 1946.

<sup>183</sup> Article 12 de la constitution 1959.

<sup>184</sup> Article 27 de la constitution 1980.

<sup>185</sup> NGUYEN (M.D.), « Le régime de la propriété au Vietnam », in *Etudes législatives* n° 2&3, 2011 pp. 73 et s., p. 74.

<sup>186</sup> Article 15 de la constitution 1992.

<sup>187</sup> Article 255 du Code Civil de 2005.

1946, celui de la période de Dôi Mới n'est pas doté des mêmes attributs,<sup>188</sup> il s'agit d'un droit aménagé, inférieur dans l'hierarchie des propriétés.

La constitution de 2013- en vigueur le 1er janvier 2014- est une continuité sans rupture avec la constitution de 1992. Les multiples formes de propriétés sont définies selon les attributs spécifiques accordés par l'Etat. En l'absence des concepts qui permettent de créer des instruments juridiques nécessaires à la politique de transition, le législateur est contraint de multiplier les formes de propriétés en fonction des besoins. Ce pragmatisme juridique a une conséquence néfaste sur la cohérence du droit : les régimes de propriété se chevauchent et le droit de propriété reste un concept opaque. En effet, le législateur travaille sans *projet global, ni logique d'ensemble*.<sup>189</sup>

## Paragraphe 2) Un droit de propriété privée inadapté à l'économie de marché

La propriété privée au Vietnam ne bénéficie pas d'une protection juridique efficace face à la prédominance de la propriété publique. (I) Par ailleurs, le flou juridique du droit de propriété privée (II) rend inopérant sa mise en œuvre.

### I) LA PREDOMINANCE DE LA PROPRIETE PUBLIQUE

La propriété publique est prédominante dans le système socialiste qui fait la distinction nette entre les moyens de production et les biens de consommation. Les premiers sont nécessaires au développement économique et constituent des sources de richesses collectives, ils sont donc exclus de la propriété privée et sont *placés sous l'entier contrôle de l'Etat pour devenir « propriété socialiste »*.<sup>190</sup>

Dans ce système, l'individu est subordonné au collectif auquel il appartient. Cette supériorité se traduit dans la propriété qui devient *la forme dominante d'appropriation*.<sup>191</sup> Il en résulte que l'Etat garde le monopole du pouvoir d'appropriation collectif.<sup>192</sup> Ainsi, le droit collectif prime sur le droit individuel puisque ce dernier n'est qu'un attribut que l'Etat accorde à l'individu en fonction de l'orientation de la politique économique. En conséquence, les droits individuels ne sont pas *ancrés dans la personnalité humaine*<sup>194</sup> à l'instar des droits de la personne dans les pays occidentaux. Ce sont des droits qui évoluent ou régressent en fonction de l'intérêt étatique.<sup>195</sup> Cet aspect est un hiatus dans la politique de transition vers l'intégration à l'économie libérale selon laquelle, le régime juridique de la propriété est caractérisé par le fondement individualiste du droit.<sup>196</sup>

Le but recherché par le communisme est de libérer l'individu de l'exploitation capitaliste. Selon l'idéologie marxiste, *le droit de propriété ne peut servir ni à exploiter le travail d'autrui, ni à des fins spéciaux*.<sup>197</sup> Dans ce contexte, le droit de propriété

<sup>188</sup> NGUYEN (M.D.), « Le régime de la propriété au Vietnam », op.cit. p. 76.

<sup>189</sup> YING (X), KOTOVTCHIKHINE (L.), La réforme du droit chinois par la codification, op.cit , p. 542.

<sup>190</sup> SALHORGNE (I.), SALBAING (C.), Un nouveau concept de droit de propriété en Russie ?, op.cit.,p. 543.

<sup>191</sup> LEPAGE (H.), *Pourquoi la propriété*, op.cit. p. 23.

<sup>192</sup> DAVID (R.), JAUFFREZ-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporain*, 10<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 1992, Précis, n°248.

<sup>194</sup> LEPAGE (H.), *Pourquoi la propriété ?*, op.cit., p. 21

<sup>195</sup> Ibidem, p. 21

<sup>196</sup> Ibidem, p. 20

<sup>197</sup> Ibidem, p. 177

n'est pas une simple institution juridique mais un programme politique. En effet, *la question du droit de propriété constitue la pierre angulaire de la pensée marxiste.*<sup>198</sup> Les biens dans le régime communiste sont des instruments pour la réalisation de l'idéologie sociopolitique.<sup>199</sup> La propriété privée reste matériellement limitée à des biens de consommation destinés à *des besoins propres de son titulaire.*<sup>201</sup> Ce droit est encadré et cependant mal protégé, en effet, *les moyens issus du droit privé qui sont sans commune mesure avec les règles exorbitantes qui garantissent la propriété publique.*<sup>202</sup> Cet aspect *peut surprendre le juriste occidental qui perçoit le droit de propriété sous un angle essentiellement civiliste.*<sup>203</sup>

Le droit de propriété au Vietnam est au service des intérêts collectifs et constitue un système hiérarchisé. Selon cette logique, *les droits des citoyens cessent d'être pris en considération dès lors qu'ils sont utilisés contrairement à leur but social, c'est-à-dire à leur destination dans une société socialiste.*<sup>204</sup> La définition du droit de propriété dans le code civil vietnamien précise que le droit de propriété privée est limité par les limites fixées par la loi. Dans le contexte du droit socialiste ces limites sont « les intérêts de l'Etat et de la société socialiste ». <sup>205</sup> Dans ces conditions, le droit de propriété peut être décrit comme *une série de droits susceptibles d'être complétée ou restreinte selon les orientations de la réforme du système économique.*<sup>206</sup> Cet objectif est diamétralement opposé au concept de propriété dans le système libéral.

Les dirigeants communistes cherchent à élaborer un cadre juridique en adéquation avec le système libéral de leurs partenaires économiques sans remettre en cause l'idéologie politique communiste. La divergence de la perception du concept de propriété entre deux systèmes rend difficile cette démarche. Dans ce contexte, l'intégration de la propriété privée implique en premier un changement de l'idéologie socialiste et ensuite une adaptation du système juridique dans lequel ce concept serait intégré. On constate cependant que l'uniformité idéologique est maintenue dans les deux codes civils de 1995 et de 2005 au Vietnam. L'ensemble des dispositions du code consacre la primauté de l'Etat.

Le régime du droit de propriété reflète l'idéologie politique qui sous-tend l'activité normative. Dans les pays occidentaux, ce régime est caractérisé par les éléments suivants : *la règle d'exclusivité et le principe de libre transfert impliquant une pleine aliénabilité, cessibilité et transmissibilité du bien.*<sup>210</sup> Si la propriété est un concept économique, le droit de propriété est un concept juridique. Ainsi, *la différence*

---

<sup>198</sup> CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2002, p. 174.

<sup>199</sup> CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, op.cit., p. 180.

<sup>201</sup> Ibidem, p. 177.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 185.

<sup>203</sup> SKODA (D), *La propriété dans le code civil de la fédération Russie : un système entre deux transitions*, op.cit., p. 215.

<sup>204</sup> CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, op.cit. p. 185

<sup>205</sup> V. SKODA (D), *La propriété dans le code civil de la fédération Russie : un système entre deux transitions*, op.cit., p. 246, note 185.

<sup>206</sup> HANS-GUNTHER (H.), YAN df(L.), Un nouveau concept de propriété en République populaire de Chine, *RIDC*, vol.49, 1997, n°3, pp. 593 et s. p. 602.

<sup>210</sup> LEPAGE (H.), *Pourquoi la propriété ?* op.cit., p. 20.

*entre le droit socialiste et le droit libéral de la propriété tient donc moins à sa définition civiliste qu'à son objet et au cadre légal plus général dans lequel il s'inscrit.* <sup>211</sup>

## II) LE FLOU JURIDIQUE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE

La volonté des dirigeants vietnamiens est de chercher des instruments juridiques qui permettent de maintenir la propriété étatique sur les sols et les moyens de production, tout en accordant aux acteurs économiques la possibilité de transférer leurs biens. Il s'agit de légaliser le droit de propriété privé et de mettre en place des normes nécessaires aux transactions économiques. Cependant, en l'absence d'une protection efficace du droit de propriété privée, il est difficile de développer l'économie de marché. En effet, *tous les autres droits relatifs à la possession et aux échanges des biens sont octroyés dans le respect du droit de propriété et donc sur la base de l'existence préalable de ce droit.*<sup>212</sup> Conscient du fait que *le seul concept de propriété étatique ne permet pas à lui seul d'établir les droits dont peuvent bénéficier les différents acteurs de la vie économique sur les biens mis à leur disposition,*<sup>213</sup> le législateur vietnamien a créé plusieurs catégories de propriétés qui ont ensuite évolué selon les orientations politiques.

Il est difficile, cependant, d'harmoniser un droit civil qui défend les intérêts individuels, notamment la propriété privée, et une politique socialiste qui est basée sur la prédominance de l'intérêt collectif. Les conflits inévitables entre ces deux pôles d'intérêt contradictoires sont constants et ralentissent considérablement le développement du Vietnam. Pour débloquer la situation, le législateur réaménage sans cesse le droit de propriété privée, par touches successives.

Le premier code civil en 1995 a été élaboré pour répondre aux besoins urgents des activités économiques. En conséquence, les législateurs ne disposaient pas de temps pour élaborer une théorie de droit cohérente, notamment pour la création d'un droit de propriété privée. La définition de ce droit, est une énumération des attributs : le droit d'utiliser, de disposer de ses biens dans les limites de la loi.<sup>214</sup> Cette technique est semblable à celle du droit français.<sup>215</sup> Un autre concept similaire du droit vietnamien et du droit français est la distinction entre bien meuble et immeuble.<sup>216</sup> Ce critère est utilisé en premier lieu pour déterminer les normes applicables dans le cas de possession de bonne foi,<sup>217</sup> de la prescription acquisitive<sup>218</sup>, de l'enregistrement du droit de propriété,<sup>219</sup> dans les cas qui contiennent un élément étranger. Ensuite, pour déterminer la compétence du tribunal en cas de conflit.<sup>220</sup>

---

<sup>211</sup> Voir CHAIGNEAU (A.), « Le droit de propriété en Russie : l'évolution d'une catégorie juridique au gré des bouleversements politiques et économiques » *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 38, 2007, n°2. Les mutations du droit et de la justice en Russie. pp. 77-106, p. 84.

<sup>212</sup> PAIRAULT (T.) « Économie chinoise : un compte de faits », *Outre-Terre 2/ 2006* (no 15) , p.209 et s.

<sup>213</sup> SALBAING (C.), SALHORGUE (I.), « Un nouveau concept de droit de propriété en Russie ? », *op.cit.* ,p. 544.

<sup>214</sup> Art. 163 et s. du Code civil vietnamien 2005.

<sup>215</sup> Art. 544 Code civil français.

<sup>216</sup> Article 174 Code civil vietnamien 2005.

<sup>217</sup> Article 256, 257, 258 Code civil vietnamien 2005.

<sup>218</sup> Article 247 Code civil vietnamien 2005.

<sup>219</sup> Article 167 Code civil vietnamien 2005 ; l'enregistrement est une condition de validité de la propriété immobilière. Les transactions immobilières sont valides à partir de la date de l'enregistrement de l'acte.

<sup>220</sup> Article 769 Code civil vietnamien 2005.

A part ces quelques aspects qui se rapprochent, la propriété socialiste est basée sur des principes juridiques très différents de ceux qui existent dans les pays occidentaux. En effet, au Vietnam, il existe une confusion entre les différentes formes de propriétés créées par le législateur,<sup>221</sup> telles que la propriété collective, la propriété étatique et la propriété privée. Les propriétés sont définies par rapport aux prérogatives et aux obligations du propriétaire et non par rapport à la qualité intrinsèque de ce dernier.<sup>222</sup> En effet, en raison de l'absence des *critères spécifiques de frontières entre propriété privée et propriété publique ainsi que de l'existence de différentes formes de propriétés publiques*, le chevauchement des propriétés est inévitable.<sup>223</sup> Notamment en ce qui concerne la gestion des entreprises publiques.

Par ailleurs, le principe politique selon lequel « le gouvernement appartient au peuple, qu'il est issu du peuple et qu'il agit au nom du peuple » est difficilement transcrit en norme juridique. En effet, en l'absence des critères pour identifier les biens appartenant « au peuple entier », ces biens risquent d'être assimilés aux biens sans propriétaire et en conséquence, susceptibles d'être appropriés par tout le monde. Par ailleurs, le défaut de mesures de protection, de préservation est nuisible aux intérêts généraux. Ainsi, *cette notion essentiellement politique et idéologique constitue un véritable handicap dans le cadre de la transition.*<sup>224</sup>

On peut constater que les défaillances de la propriété privée sont multiples. En effet, le cadre juridique est opaque et les définitions de la propriété sont éparpillées dans les différents textes<sup>225</sup>. Pour le législateur, le droit de propriété permet de *déterminer et de classer tous les actes juridiques ayant trait aux biens : la vente, le legs, la location...*<sup>227</sup> Cependant, malgré les nombreuses normes existantes, il existe un vide juridique qui est source de corruption et d'abus de bien public.<sup>228</sup>

L'économie de marché ne peut se développer sans un cadre juridique qui permet aux propriétaires d'effectuer les transferts de biens. Il est en conséquence, impératif de mettre en place un régime juridique *afin de garantir la fiabilité des droits attachés au bien qui circule et d'assurer la sécurité juridique.*<sup>229</sup> Cette tâche ne peut se faire sans un concept de propriété bien défini de manière précise, des critères pour définir le contenu ainsi qu'une opposabilité de son droit envers des tiers et envers les autorités publiques. La propriété a une autre fonction, à savoir la garantie d'autres obligations économiques. Dans le contexte actuel du Vietnam, en l'absence d'un cadre juridique fonctionnel du droit des biens, il est difficile d'élaborer des normes concernant les sûretés.

---

<sup>221</sup> PIQUET (H.), *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 167.

<sup>222</sup> Il existe 6 types de propriétés définis à l'article Code civil vietnamien.

<sup>223</sup> CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, op.cit. p. 366.

<sup>224</sup> SKODA (D.), .), *La propriété dans le code civile de la Fédération Russie, un système entre deux transitions*, op.cit. , p. 53.

<sup>225</sup> Loi de société, loi commerce privée, loi relative à la gestion du sol, loi de la propriété intellectuelle ...

<sup>227</sup> Voir CHAIGNEAU (A.), *Le droit de propriété en Russie : l'évolution d'une catégorie juridique au gré des bouleversements politiques et économiques*, op.cit. p. 84.

<sup>228</sup> BAO ANH , « Tu hũu dát đai, nãn hay khõng », (*Le pour et le contre de la propriété privée dans le domaine foncier*) disponible sur le site : <http://www.khoahocphaply.vn/tu-huu-dat-dai-nen-hay-khong/#more-707>, consulté le 13 juin 2013.

<sup>229</sup> CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, op.cit. p. 395.

## **Sous-section 2 : Un droit de sûreté inefficace au Vietnam**

Les mesures de garantie sont légalement reconnues dans le code civil vietnamien de 1995. Néanmoins, le législateur ne consacre que peu d'attention à la définition du statut ainsi qu'au régime juridique applicable à ces nouveaux instruments. Les sûretés sont pourtant des mesures indispensables pour les activités commerciales - notamment pour les emprunts de capitaux. Les évolutions accélérées de la transition économique ont mis en évidence les lacunes normatives concernant des mesures de garantie de paiement (paragraphe 1) et les difficultés pour le financement des projets *BOT*. (paragraphe 2)

### **Paragraphe 1) Les lacunes normatives concernant les mesures de garantie de paiement**

L'absence de théorie de droit et de doctrine juridique est un handicap pour l'élaboration du droit des sûretés au Vietnam. En effet, l'imprécision de la qualification des mesures de garantie de paiement (I) est un obstacle à la mise en œuvre de la sûreté. Dans la pratique, les dysfonctionnements des hypothèques (II) sont des révélateurs les plus évidents de la faiblesse du droit vietnamien des sûretés.

#### **I) L'IMPRÉCISION DE LA QUALIFICATION DES MESURES DE GARANTIE DE PAIEMENT**

Avant le code civil de 1995, le droit vietnamien ne reconnaît pas la catégorie des sûretés réelles. Même si les garanties de paiement existent dans la pratique, il n'existait pas de cadre juridique officiel. Les dispositions du code civil de 1995 concernant les garanties étaient relativement rudimentaires, il s'agit d'une liste de mesures groupées dans la partie intitulée « les garanties pour l'exécution des obligations civiles ». En effet, en l'absence des conceptions fondamentales en droit des biens, notamment du concept de droit réel, il est difficile d'élaborer un régime de normes cohérent pour les mesures de garantie de paiement, indispensables pour les activités économiques.

Les mesures de sûretés du code civil visent surtout la relation civile et n'aborde pas les garanties des activités commerciales qui sont définies dans la loi commerciale. Parmi les nombreuses mesures mentionnées,<sup>230</sup> deux instruments de garanties sont seulement utilisés dans la vie courante : le gage avec dépossession<sup>231</sup> et le gage sans dépossession, l'hypothèque<sup>232</sup>. La cession de créance est reconnue au Vietnam,<sup>233</sup> cependant en l'absence d'un régime juridique précis, cette mesure est rarement utilisée dans la vie pratique. D'autant plus que les banques ne sont pas favorables à ce type de garantie.

---

<sup>230</sup> Il s'agit du gage, de l'hypothèque, des arrhes, du dépôt de garantie, de la consignation dans un établissement bancaire, du cautionnement par des organisations politico-sociales.

<sup>231</sup> Article 326 du code civil vietnamien de 2005.

<sup>232</sup> Article 342 du code civil vietnamien de 2005.

<sup>233</sup> Dans le code civil 2005 la cession de créance fait partie des droits patrimoniaux. Le décret 163/2006/ND-CP, du 29/12/2006 traite la cession de créance.

Les mesures de garantie sont classées dans la partie concernant les obligations contractuelles.<sup>234</sup> Cette technique de codification révèle une influence française dans l'histoire du Vietnam.<sup>235</sup> En droit français, *Les sûretés réelles y sont traitées plutôt à travers le droit des obligations en raison de leur caractère accessoire au droit de créance.*<sup>236</sup> En effet, le législateur vietnamien a choisi de ne pas suivre l'exemple du code civil chinois qui est inspiré du *BGB* allemand. Dans ce système, le droit de propriété est inclus dans la partie « des droits réels », composée des principes généraux, des droits réels démembrés de la propriété, des sûretés réelles et de la possession.<sup>237</sup>

Dans le système vietnamien, les concepts juridiques de base font souvent défaut, notamment en ce qui concerne les régimes des immeubles, des meubles, de la dépossession... En défaut du concept de droit réel en droit des biens, la loi ne fait pas de distinction entre sûreté personnelle et sûreté réelle. En effet, les mesures affectées à la garantie contractuelle d'une créance sont qualifiées de sûretés personnelles. Cette confusion est source de difficultés dans la mise en œuvre des sûretés. En raison des lacunes de la notion de propriété privée, la distinction entre l'hypothèque et le cautionnement n'est pas claire, ainsi, l'hypothèque peut être une garantie pour les dettes d'une troisième personne, et le cautionnement peut être basé sur un bien précis.

Dans la pratique, toutes les garanties immobilières sont qualifiées par les notaires comme des contrats d'hypothèque et le cautionnement n'est pas reconnu dans les certifications du notaire. La divergence d'interprétation entre les juges, les services notariaux et l'administration est source d'insécurité juridique et risque d'entraver le développement économique. En effet, dans le cas de la garantie des emprunts bancaires, ce flou juridique porte atteinte aux intérêts des banques et en conséquence risque de perturber les activités de crédit.<sup>238</sup>

Le droit d'usage du sol ou le droit de propriété de l'habitation sont des biens demandés par les banques pour les garanties des crédits. Cependant, cette sûreté *dispose d'un effet psychologique important en raison notamment de la menace d'expulsion qui pèse sur le débiteur.*<sup>240</sup> Il est probable que cet aspect explique en partie la position des juges dans les procès concernant la demande de la vente de la maison et/ou le droit d'usage du sol, lors de la défaillance du constituant de sûreté. En effet, lorsque la constitution de sûreté concerne la résidence principale de la famille, l'accord de tous les membres de la famille est obligatoire. Le flou juridique concernant les conditions de capacité de ces derniers<sup>241</sup> peut remettre en cause ces sûretés en cas de réalisation de l'hypothèque. Ainsi, en cas de procès, les juges privilégient la protection familiale aux dépens de l'intérêt du créancier, en interprétant de manière stricte les conditions de

---

<sup>234</sup> Article 318 du code civil vietnamien de 2005.

<sup>235</sup> JIAYOU (S.), *La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 473, Paris, 2006, p. 267.

<sup>236</sup> LARROUMET (C.), *Droit Civil, Tome II, Les biens, Droits réels principaux*, 4<sup>ème</sup> édition, Economica, 2004, p. 6.

<sup>237</sup> JIAYOU (S.), *La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française*, op.cit., p. 267.

<sup>238</sup> Voir *Revue marché, financière, monétaire (Tap chí thị trường, tài chính, tiền tệ)*, n° 7, 2013.

<sup>240</sup> ALBIGES (A.), DUMONT-LEFRAND (M.P.), *Droit des sûretés*, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2011, p.339.

<sup>241</sup> Selon le décret 181/2004/ND-CP : les membres ayant acquis les capacités civiles ; l'article 109-2 du Code civil 2005 mentionne l'âge au-delà de 15 ans. Voir NGUYEN (T.T.Hang), « La réalité de l'application des droits de sûretés, de l'enregistrement du droit d'usage du sol et les biens connexes et les améliorations nécessaires », op. cit. p. 42.

validation des sûretés pour annuler les hypothèques. Ces objectifs sociaux portent atteinte aux intérêts des créanciers qui sont, dans la majorité des cas, des banques.

Les juges peuvent requalifier les hypothèques en cautionnement pour éviter la vente des habitations principales des particuliers. En conséquence, les créanciers bancaires risquent de se trouver avec des créances sans garantie. Cette décision est critiquée par les juristes vietnamiens qui invoquent le critère de la nature du bien pour la qualification du contrat de l'hypothèque. Ainsi, selon ces derniers, les sûretés immobilières sont considérées comme des hypothèques légales.<sup>242</sup> Cependant, il est difficile de se référer à un régime juridique lacunaire dans ce domaine.

## II) LES DYSFONCTIONNEMENTS DES HYPOTHEQUES

En droit vietnamien, les normes applicables aux hypothèques sont dispersées dans plusieurs textes : le code civil, la loi du sol de 2003, la loi d'habitation de 2005, sans compter les différents décrets. Cependant, il n'existe pas de règles pour organiser la relation entre les différents textes normatifs. Ainsi, l'incohérence des normes et le flou juridique sont à l'origine de nombreux contentieux dans la pratique. Par ailleurs, il est difficile pour les praticiens du droit, en particulier pour les magistrats, de se retrouver parmi les différentes normes, notamment en cas de conflits de normes. En conséquence, les décisions judiciaires sont imprévisibles, les juges peuvent appliquer de manière arbitraire<sup>243</sup> la loi en profitant des lacunes du système, d'autant plus que la fonction de contrôle de légalité des décisions judiciaires n'est pas courante dans le système vietnamien.

Les obstacles à la mise en œuvre de l'hypothèque au Vietnam sont de plusieurs ordres. En premier lieu, il s'agit du statut particulier de la terre. En effet, le code civil de 1995 distingue les hypothèques foncières qui concernent le sol, soumis à des restrictions particulières et les hypothèques concernant des autres biens. La possibilité d'hypothéquer un bien futur est reconnue dans le code civil,<sup>244</sup> cependant en matière foncière, cette mesure est inapplicable. En effet, lorsque le contenu du droit foncier est modifié par rapport au titre du propriétaire, ce dernier doit régulariser la situation en demandant un nouveau titre de propriété qui englobe la totalité des droits. L'hypothèque foncière est limitée à des transactions civiles et n'est pas autorisée pour les crédits à caractère commercial ou économique<sup>246</sup>. Par ailleurs, l'hypothèque est exclue lorsqu'il s'agit des terrains situés dans une région relevant du planning étatique ou lorsqu'il s'agit des terrains qui ne sont pas libérés des obligations fiscales.<sup>247</sup>

Ensuite, le cas de la garantie de plusieurs créances n'est pas précisé par la loi. En effet, le droit vietnamien autorise l'utilisation d'un bien pour la garantie de plusieurs créances si la valeur du bien est supérieure à la somme des créances. Cependant, ce cas ne concerne que les dettes d'un même créancier. Cette restriction est un obstacle pour la technique de cession de créance. En effet, si l'une des créances est cédée à une autre

---

<sup>242</sup> Article 72.4 du décret 163/2006/ND-CP du 29/12/2006 concernant les garanties, Article 31.1 31.1 du décret 84/2007/ND-CP du 25/5/2007 concernant les dispositions pour la mise en œuvre du droit de garantie, d'hypothèque du droit d'usage du sol, La loi d'habitation 2005.

<sup>243</sup> Loi du Sol 2003, décret 83/2010/ND-CP.

<sup>244</sup> Article 302.2 du code civil vietnamien de 2005.

<sup>246</sup> L'article 113 -7 du droit du sol 2003.

<sup>247</sup> NGUYEN (T.T.Hang), « La réalité de l'application des droits de sûretés, de l'enregistrement du droit d'usage du sol et les biens connexes et les améliorations nécessaires », op. cit. p. 41.

personne, les sûretés, appartenant à de différents créanciers, ne sont plus valables. Dans ce cas, l'un des créanciers est obligé de renoncer à ses droits.<sup>248</sup>

Enfin, il s'agit de l'efficacité de l'hypothèque qui dépend de la procédure de l'inscription. En effet, la loi vietnamienne établit une prépondérance entre les modes de garantie sans définir l'ordre de prioritaire entre les différents créanciers du même débiteur. En droit français, le défaut d'inscription n'invalide pas l'hypothèque. Cependant l'inscription est une condition nécessaire pour l'opposabilité au tiers, pour l'exercice du droit de préférence et du droit de suite.<sup>249</sup> Le droit vietnamien est moins précis au sujet de l'inscription. Les éléments essentiels de la validité d'inscription, notamment le délai obligatoire pour l'enregistrement,<sup>250</sup> la date de validité<sup>251</sup> de l'hypothèque, la partie qui doit assumer la charge de l'inscription,<sup>252</sup> les informations exigées sont définies dans des normes éparses. Des incohérences et contradictions entre les différentes normes sont sources d'insécurité juridique. Notamment, la compétence territoriale des services de notariat ainsi que l'inscription des hypothèques du DUS,<sup>253</sup> ne sont pas définies de manière unifiée.

L'efficacité de l'hypothèque se vérifie lorsque le débiteur ne peut pas exécuter son obligation et par conséquent, le créancier met en œuvre son droit. Ainsi, l'absence des mesures exécutoires qui permettent aux créanciers bénéficiaires de réaliser leurs droits, est une faiblesse des hypothèques. Dans la grande majorité des cas, le créancier bénéficiaire de sûreté doit tenter un procès pour obtenir le paiement puisque le débiteur conserve sa propriété sur le bien grevé.<sup>254</sup> Dans le système vietnamien, la loi réserve le droit de vente exclusivement au propriétaire, les ventes forcées ne sont pas autorisées. Sans le consentement du débiteur propriétaire, la réalisation de l'hypothèque est bloquée. Le régime concernant le transfert de propriété n'est pas défini en droit vietnamien et la vente forcée du DUS est interdite.<sup>255</sup> Le créancier ne dispose pas de droit direct sur le bien comme en cas de sûreté réelle dans le système français. Le droit de suite et le droit de préférence nécessaire au titulaire d'une sûreté réelle, n'existent pas en droit vietnamien.<sup>256</sup> Le droit de procédure civile ne permet pas la mise en œuvre du droit des sûretés réelles. Cette lacune juridique est un handicap pour le financement des projets BOT.

---

<sup>248</sup> NGUYEN (N.D.) « Lợi ích của việc xây dựng chế định vật quyền đối với việc hoàn thiện hệ thống pháp luật tài sản » (L'utilité de la notion de droit réel dans l'amélioration du système de droit des biens), *Nghiên cứu lập pháp, Etudes législatives*, n° 2, 3 (187-188), 2011 pp. 92 et s. p. 96.

<sup>249</sup> SIMLER (P.), DELEBECQUE (P.), *Droit Civil, les sûretés, la publicité foncière*, op.cit. p. 459.

<sup>250</sup> NGUYEN (T.T.Hang), « La réalité de l'application des droits de sûretés, de l'enregistrement du droit d'usage du sol et les biens connexes et les améliorations nécessaires », op. cit. p. 42.

<sup>251</sup> Selon l'article 146-4 du décret 181/2004/ND-CP le contrat de sûreté est validé au moment de l'inscription. L'article 168-1 et, l'article 439-2 du Code civil dispose que la date de validité est la date du contrat, sauf accord contraire ou si la loi dispose autrement.

<sup>252</sup> L'article 350.2 du Code civil met la charge de l'enregistrement sur le bénéficiaire de la sûreté, tandis que l'article 130.b.1 dispose que cette procédure relève du propriétaire de l'objet grevé par la sûreté

<sup>253</sup> La loi d'habitation 2005 (article 93-3) utilise le critère urbain ou rural pour définir la compétence, tandis que la loi du sol 2003 (article 103-1) fixe le critère par rapport à la catégorie du propriétaire : organisations, foyers, particulier... Voir NGUYEN (T.T.Hang), « La réalité de l'application des droits de sûretés, de l'enregistrement du droit d'usage du sol et les biens connexes et les améliorations nécessaires », op. cit. p. 44.

<sup>254</sup> Article 315.5 du code civil vietnamien de 2005.

<sup>255</sup> Voir Chapitre 2 ci-dessous.

<sup>256</sup> Voir *Revue démocratie et droit*, numéro spécial : le droit et l'enregistrement des activités de garantie, Hanoi, 2011, p. 70.

## Paragraphe 2) Les difficultés pour le financement des projets BOT

Le financement des projets BOT est constitué en majorité des emprunts bancaires pour lesquels les garanties spéciales exigées par les créanciers (I) sont nécessaires. Pour répondre à ces besoins, les réformes du cadre juridique inadapté à la garantie de paiement dans les projets *BOT* (II) sont indispensables.

### I) LES GARANTIES SPECIALES EXIGÉES PAR LES CREANCIERS

La spécificité du mode de financement dans les projets *BOT* est l'importance du ratio « dette/fonds propres ». Les emprunts, qualifiés de « dettes seniors », nécessitent des garanties efficaces.<sup>257</sup> Ainsi, les partenaires financiers ne se contentent pas d'un rôle passif et s'impliquent très en amont dans la discussion des projets *BOT*. Il est évident que les *garanties du financement sur le projet sont les éléments clés de la négociation*<sup>258</sup> entre les parties.

Le mode de financement de projet est sans recours ou souvent de recours limité, ce qui signifie que la garantie de la dette est limitée aux seuls actifs du projet.<sup>259</sup> Dans ce processus, une société est créée spécifiquement pour la réalisation d'un ouvrage spécifique. Le rôle de ce dernier est d'assumer la réalisation et l'exploitation de l'ouvrage concerné afin de rembourser les crédits mis à sa disposition grâce à la rentabilité dégagée par ces activités. L'écran social formé par cette société sert à protéger les actifs contre un éventuel recours des créanciers non concernés par le projet.<sup>260</sup> Ainsi, les actifs forment un ensemble global donc la valeur ne peut être appréhendée de manière individuelle,<sup>261</sup> distincte de la continuité du projet. Les créanciers ont *peu d'intérêt à réaliser les sûretés qui portent sur les actifs du projet lui-même*.<sup>262</sup> Par ailleurs, dans certains pays à l'instar de la France, les actifs d'un projet de type concession sont soumis à un régime spécial.<sup>263</sup>

Le financement de projet nécessite des instruments de garantie particuliers.<sup>264</sup> Il ne s'agit pas d'assurer en premier lieu, le remboursement du créancier mais de dissuader d'autres créanciers *d'exercer des voies d'exécution susceptibles d'interrompre la réalisation des projets*.<sup>265</sup> La valeur essentielle est la potentialité du projet de dégager les bénéfices, une fois la première phase de construction terminée. En conséquence, la garantie qui paraît plus protectrice des intérêts des bailleurs de fonds est celle qui permet la diminution des risques qui menacent la poursuite du projet.

---

<sup>257</sup> TOLEDO (A.M), LIGNIERES (P.), « *Le financement de projet* », Paris , Joly, 2002, p. 9.

<sup>258</sup> ZEKFALI (Z.), « Droit des financements structurés, Ed *Revue Banque*, 2004 , p. 80 et s.

<sup>259</sup> SIMLER (P.), DELEBECQUE (P.) , *Droit Civil, les sûretés, la publicité foncière*, op.cit. p. 539.

<sup>260</sup> Ibidem, p. 539.

<sup>261</sup> TOLEDO (A.M), LIGNIERES (P.), « *Le financement de projet* »,op.cit, p. 11.

<sup>262</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>263</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>264</sup> DENIAUD (P.), ROUAST BERTHIER (P.), Les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006, », in *Revue de droit bancaire et financier*, juillet-août 2008, pp. 11 et s op.cit. p. 13.

<sup>265</sup> ELLAND-GOLDSMITH (M .) « Sûretés de droit anglais et financements de projets », *Revue de droit bancaire et financier* “ n°2 mars, avril 2004, p. 157 et s. , p. 157.

Les créanciers cherchent des garanties particulières, en premier lieu, un *droit de priorité absolu sur les recettes*<sup>266</sup> dégagées par le projet et qui assurent le remboursement des crédits. Les projets *BOT* sont de longues durées et les créanciers cherchent surtout des mesures de protection *contre l'apparition des concurrents et l'universalité de l'assiette*.<sup>267</sup> Dans ces projets, les financiers acceptent d'engager des investissements sur un projet sans rendement dans les premiers temps en contrepartie d'un droit de priorité sur la totalité des actifs dès le début, et cela au fur et à mesure que les valeurs de ces derniers s'ajoutent avec le temps. Plusieurs techniques contractuelles seront mobilisées en plus des sûretés réelles.<sup>268</sup> Ces mesures permettent aux financiers de substituer aux concessionnaires pour éviter la résiliation du contrat.<sup>269</sup> Le nantissement des titres de la société de projet peut être une mesure conservatoire pour les créanciers, dans l'attente de la mise en œuvre d'autres sûretés.<sup>270</sup>

Les sûretés réelles sont souvent préférées par rapport aux sûretés personnelles qui sont souvent l'objet d'âpres négociations.<sup>271</sup> Par ailleurs, un des avantages du modèle de financement de projet, est le crédit sans recours contre les promoteurs du projet, il n'est donc pas pertinent de recourir aux sûretés personnelles.

## II) UN CADRE JURIDIQUE INADAPTE A LA GARANTIE DES PAIEMENTS DANS LES PROJETS *BOT*

A l'époque de la mise en place du *BOT*, mode d'investissement créé pour le financement privé des infrastructures publiques,<sup>272</sup> il n'existe pas de mesures de garanties et de sûretés au Vietnam. Les premières normes concernant les sûretés sont apparues seulement en 1994 avec la circulaire 333 UB/LXT. Selon la loi, les partenaires privés disposent d'un droit de propriété sur les actifs du projet pendant la durée du projet et en conséquence le droit d'hypothéquer ces biens pour la garantie des prêts.

Le droit vietnamien de sûreté<sup>273</sup> ne répond pas aux attentes des bailleurs de fonds étrangers qui exigent des instruments de garantie plus adaptés. En effet, les biens qui peuvent être hypothéqués sont des équipements, des immeubles qui sont concernés à des *réalisations relatives à l'objet du contrat BOT*.<sup>274</sup> Ces hypothèques sont uniquement limitées aux emprunts destinés à financer le projet. Par ailleurs le vide juridique concernant la réalisation des sûretés rend inopérants les instruments de garantie dans les projets *BOT*.

Dans la pratique, seules les entreprises étatiques bénéficient des mesures de garanties auprès des banques vietnamiennes.<sup>275</sup> Les prêts accordés aux entreprises privées doivent être valisés par le gouvernement. En effet, l'intervention étatique reste

<sup>266</sup> DENIAUD (P.), ROUAST BERTHIER (P.), Les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006, op.cit. p. 23.

<sup>267</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>268</sup> Voir chapitre 2 Titre 2.

<sup>269</sup> C'est notamment le cas lorsque le contrat de concession ne prévoit pas l'obligation pour le concédant d'indemniser le concessionnaire de la valeur des actifs de la concession, suite à une résiliation pour défaut du concessionnaire. Voir DENIAUD (P.), ROUAST-BERTIER (P.), « les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006 », op.cit. p. 19.

<sup>270</sup> ELLAND-GOLDSMITH (M.), « Sûretés de droit anglais et financement de projet », op.cit. , p 159.

<sup>271</sup> DENIAUD (P.), ROUAST-BERTIER (P.), « les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006 », op.cit. p. 13.

<sup>272</sup> Voir chapitre 2, titre 1, partie 2 ci-dessous.

<sup>273</sup> Voir partie I ci-dessus.

<sup>274</sup> SKODA (D.), *La propriété dans le code civil de la fédération de Russie, un système entre deux transitions*, op.cit p. 384.

<sup>275</sup> Voir chapitre 1, titre 1, partie 2 ci-dessous.

le principe de l'économie vietnamienne et le protectionnisme persiste malgré les réformes. Par ailleurs, les prêts en devises sont strictement contrôlés par les autorités publiques. Au niveau régional, la constitution des hypothèques sur les actifs concernant les projets d'investissement est soumise à la procédure de certification auprès des autorités publiques locales.

La mise en œuvre des sûretés dans le cas des projets *BOT* est rare dans la pratique. Les projets *BOT* internes sont souvent conclus dans des conditions irréalistes sans évaluation sérieuse de la viabilité du projet. En effet, les banques accordent des crédits sur la base de garantie publique, sans vérification en ce qui concerne la solvabilité des emprunteurs. En effet, les banques au Vietnam n'ont pas de rôle important des institutions financières dans les pays développés. Implicitement, l'Etat assume le rôle de garantie de dernier recours. Lorsque la société est menacée de faillite, le partenaire public se substitue au concessionnaire privé pour continuer le projet. Les projets *BOT* étrangers qui nécessitent des prêts auprès des banques extérieures sont donc, garantis par le gouvernement central.

Un projet de réforme du code civil est en cours à la suite de la nouvelle constitution de 2013 qui faisait un pas de plus vers le libéralisme. Les expériences juridiques des pays occidentaux sont des références nécessaires pour les législateurs et les juristes vietnamiens qui cherchent une meilleure cohérence dans un cadre juridique mieux structuré.

## **SECTION 2) LES REFERENCES DU DROIT COMPARE : L'INTERET DU MODELE FRANÇAIS DE DROIT DES BIENS**

Les législateurs vietnamiens cherchent à rendre le système juridique interne compatible avec les principes de l'économie de marché. Les références du droit libéral sont source d'inspiration potentielle pour les travaux de réformes juridiques du pays. Cependant, le système vietnamien n'effectue pas une intégration directe des normes étrangères, les éléments de ces systèmes sont réadaptés avant d'être intégrés dans la culture et dans le contexte du droit interne. Au-delà des divergences idéologiques entre le système communiste et le système libéral, l'appartenance au système du droit codifié est une particularité qui pose des difficultés pour l'intégration des références du droit de *Common Law*. En effet, les éléments du droit anglais des biens incompatibles avec le droit vietnamien (sous-section 1) rendent difficiles les travaux de réformes juridiques, tandis que le droit français, reconnu dans le monde pour son code civil, est riche de références pour l'amélioration du droit vietnamien (sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Les éléments du droit anglais des biens incompatibles avec le droit vietnamien**

Les particularités de la classification juridique du droit anglais des biens (Paragraphe 1) rendent difficile le travail de la comparaison et de l'adoption de ce droit dans le système juridique vietnamien. En matière de garantie de paiement, la souplesse

du droit anglais des sûretés (Paragraphe 2) ne convient pas à la structure d'un droit récemment connu au Vietnam.

## Paragraphe 1) Les particularités de la classification juridique du droit anglais des biens

L'une des fonctions de la catégorie juridique est de *faciliter le repérage du savoir juridique*.<sup>276</sup> En effet, *pour résoudre un problème juridique, il faut en premier lieu, qualifier une situation factuelle pour pouvoir accéder au régime juridique pertinent et à toute l'information qui s'y rapporte*.<sup>277</sup> La classification du droit a un impact sur l'évolution d'un système juridique. *Ainsi le droit évolue par la découverte ou la création d'une nouvelle catégorie juridique, la redéfinition des catégories existantes ou la modification de leur classification*.<sup>278</sup>

La classification du droit dans le système de tradition civiliste est qualifiée de «typologique» et elle est basée sur l'observation des *caractéristiques des objets à classer ainsi que des rapprochements et des différences qu'il est possible d'observer entre eux*.<sup>279</sup> La tradition de *Common Law* applique le modèle qualifié de «généalogique» qui consiste à *classifier les mêmes objets en rendant compte de leur origine, de manière à mettre en lumière la provenance commune de plusieurs objets et leur diversification progressive dans le temps*.<sup>280</sup> Cette structure offre la possibilité de connaître l'origine et l'historique des normes, cependant elle nuit à la mise en cohérence et à la présentation synthétique des régimes juridiques.<sup>281</sup> Ainsi, dans le droit de tradition anglaise, les règles et les recours sont différenciés suivant qu'ils proviennent de la *Common Law* ou de l'*Equity*, même s'ils se rapportent à une matière identique, par exemple l'inexécution d'un contrat.<sup>282</sup> La souplesse du droit de l'*Equity* apporte des solutions pour compléter les lacunes de la rigidité du droit de *Common Law*.

Dans le système anglais, les catégories juridiques sont des moyens de description du droit.<sup>285</sup> Il existe des passerelles entre les *catégories des biens, des contrats et de la responsabilité civile*.<sup>286</sup> Le droit de possession de propriété est né *non seulement de la possession et de la propriété, mais également de contrats. Les modes d'acquisition et de transfert sont plus complexes et posent les problèmes habituels, mais amplifiés, de publicité*.<sup>287</sup> Le droit du système de *Common Law* est fondé essentiellement sur la confrontation du droit et les faits de la pratique, ainsi les *réflexions doctrinales et théoriques*<sup>288</sup> ont des rôles plus modestes dans ce système. Le

---

<sup>276</sup> CUMYN (M.), « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématique du droit », *Les cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 351 et s., p. 373 .

<sup>277</sup> CUMYN (M.), « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématique du droit », op.cit., p. 371 .

<sup>278</sup> Ibidem , p. 372 .

<sup>279</sup> Ibidem, p. 373.

<sup>280</sup> Ibidem , p. 373.

<sup>281</sup> Ibidem, p. 373 .

<sup>282</sup> Ibidem, p. 373 .

<sup>285</sup> Voir SAMUEL (G.), « Entre les mots et les choses : les raisonnements et les méthodes en tant que source du droit », *R.I.D.C.* 1995,p 510 et s.

<sup>286</sup> WEIR (T.), *A Casebook on Tort*, 8ème éd., Londres, Sweet&Maxwell, 1996, p. 493.

<sup>287</sup> PAPANDREOU-DETERVILLE (M.F.), *Le droit anglais des biens*, LGDJ, Paris, 2004,p. 6.

<sup>288</sup> EL KAROUNI (M. E.), « Les systèmes juridiques français et américain en perspective : essai de contribution à une nouvelle grille d'analyse », in GINOCCHI (D.), GUINARD (D.), MAFFESOLI

souci de systématisation et de rationalisation qui est central dans la tradition du droit continental n'est pas une préoccupation première dans la tradition anglo-saxonne.

Le droit de propriété anglais est linéaire et se différencie du système de propriété de la famille du droit romano-germanique. *L'idée de base étant celle d'une propriété pleine, entière, absolue et exclusive, une chose ne peut pas appartenir en même temps et de manière différente à deux personnes, mais bien à une seule ou encore à un groupe de personnes.*<sup>289</sup> La logique de propriété est celle de la coexistence ou de la succession des fragments de la propriété qui peuvent redevenir à la forme complète initiale.<sup>290</sup>

En général, le législateur vietnamien évite le plus possible d'intégrer les notions abstraites dans les normes pour faciliter la compréhension du droit. En conséquence, les concepts abstraits fondés sur une culture juridique radicalement différente de la tradition vietnamienne, sont difficilement intégrés dans le processus de construction du droit des biens en évolution. Les caractéristiques culturelles spécifiques au droit anglais sont très différentes de celles du système de droit codifié au Vietnam. Par ailleurs, la classification du droit anglais ne retient ni la distinction de droit réel et de droit personnel, ni celle de droit des biens et de droit des obligations.<sup>294</sup>

## Paragraphe 2) La souplesse du droit anglais des sûretés

Le droit anglais est favorable aux transactions commerciales. La liberté accordée aux acteurs économiques ainsi que la dualité des droits de *Common Law* et de l'*Equity* ont contribué à créer un dynamisme juridique des sûretés en droit anglais. (I) Dans ce système, il existe une mesure de sûreté générale pour le financement des projets. (II) Cependant, les éléments inadaptés des sûretés anglaises au projet *BOT* vietnamien (III), posent des obstacles à l'intégration de ces modèles dans le système juridique du pays.

### I) LE DYNAMISME JURIDIQUE DU DROIT ANGLAIS DES SURETES

La dualité juridique du système anglais favorise le développement des mesures de sûretés. En effet, le droit du créancier *en vertu d'une hypothèque de Common Law est différent suivant qu'il est envisagé du point de vue du Common Law ou de celui que confère une sûreté de l'Equity*<sup>295</sup>. Le droit de *Common Law* est plus avantageux pour le créancier qui se voit conférer une prétention sur le bien grevé par la sûreté, tandis que l'*Equity* n'accorde à ce dernier que le droit de réclamer sa prétention,<sup>296</sup> le créancier n'acquiert *la propriété bénéficiaire complète qu'à la suite de la procédure de forclusion ou par écoulement du temps.*<sup>297</sup>

Si le bien hypothéqué est « *un Estate de Common Law* », <sup>298</sup> la sûreté sera différente du bien-fonds. Cette catégorie est un caractère spécifique du droit anglais : les

---

(S.M.), ROBBE (S.), *Les modèles juridiques français et américain : influences croisées*, L'Harmattan, Paris, 2009, pp. 8 et s., p. 23.

<sup>289</sup> PAPANDREOU-DETERVILLE (M.F.), *Le droit anglais des biens*, op.cit., p. 50.

<sup>290</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>294</sup> Voir SAMUEL (G.), « Entre les mots et les choses : les raisonnements et les méthodes ent ant que source du droit », op. *R.I.D.C.* 1995,p 510 et s.

<sup>295</sup> PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*,op.cit. p. 363.

<sup>296</sup> Ibidem, p. 363.

<sup>297</sup> Ibidem, p. 363.

<sup>298</sup> WALDOCK (Sir H.C.M.), *The Law of Mortgages*, 2<sup>nd</sup> éd., Londres, Sweet&Maxwell, 1950, p. 407-408.

hypothèques concernant un bien-fonds, non enregistré, portant sur un droit de propriété de *Common Law*, dépendent de la possession des titres de propriétés déposés. Les hypothèques du bien-fonds sont prioritaires et ne sont pas soumises à l'obligation d'inscription. Les autres hypothèques qui *ne sont pas garanties de la sorte voient leur priorité dépendre de leur inscription en tant que charge foncière.*<sup>299</sup>

Le rang de priorité des créanciers sur le même bien est en fonction de l'ordre de l'inscription. L'hypothèque d'un bien dont le propriétaire a effectué un dépôt de titre de propriété, a la priorité sur les autres en raison de la date de création du droit. Cependant, le créancier peut perdre sa préséance en cas de faute (fraude, *l'Estoppel*) ou en cas de négligences graves concernant le titre de propriété ou encore en cas de *défense d'acquisition sans connaissances.*<sup>300</sup>

Le droit anglais des sûretés est protecteur des intérêts des créanciers et dispose d'un large panel d'instrument de garantie. Le créancier bénéficiaire de sûreté peut exiger le paiement dès que la date de remboursement est expirée dans le contrat. Les multiples moyens (*remedies*) disponibles peuvent être mis en œuvre de manière successive ou simultanée. Par ailleurs, le créancier peut opter pour la forclusion qui lui permet d'acquérir le bien lui-même.<sup>301</sup> Dans les conflits d'intérêt entre les créanciers, *la distinction entre hypothèques de Common Law et d'Equity peut donc encore être pertinente.*<sup>302</sup> Cette dualité complémentaire en droit anglais est source de dynamisme mais peut aussi générer des complexités.

Le droit anglais des sûretés réelles est étroitement lié au droit des contrats. La souplesse des techniques contractuelles permet aux contractants de créer des accords de garantie et ainsi de moduler les caractéristiques des sûretés traditionnelles.<sup>303</sup> Ainsi, les acteurs économiques sont libres d'inventer des moyens de garanties adaptés à leurs transactions. Le contrat devient donc, un instrument qui permet de dépasser le cadre rigide des garanties légales. Ainsi, un contrat de prêt peut devenir le camouflage d'une autre convention avec des clauses qui permettent d'élaborer un type de montage financier plus laborieux. Une *cession bail constituée par une vente avec clause de location en retour (safe and lease back) peut être la véritable opération voulue par les parties.*<sup>304</sup>

## II) UNE SURETE GENERALE POUR LE FINANCEMENT DES PROJETS

Le droit anglais utilise les valeurs abstraites, créées de manière artificielle pour représenter les choses physiques. En effet, la transaction des droits sous forme de valeurs est beaucoup plus facile à manipuler que ceux qui concernent les choses physiques. Ainsi, les droits réels sont devenus la base des transactions économiques, détachés des objets physiques sur lesquelles ils sont créés.<sup>305</sup>

Il existe deux types de sûreté en droit anglais, le modèle de *mortgage*<sup>306</sup> avec transfert de propriété et le modèle de *charge* sans transfert de propriété, ni de possession,<sup>307</sup> composé de deux types différents. Le *fixed charge* donne au créancier

---

<sup>299</sup> Voir PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op.cit.,p. 375.

<sup>300</sup> PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op.cit.,p. 375.

<sup>301</sup> Ibidem, p. 363.

<sup>302</sup> Ibidem,p. 375.

<sup>303</sup> Ibidem, p.340.

<sup>304</sup> Ibidem, p.340.

<sup>305</sup> Ibidem, p.16.

<sup>306</sup> Voir PAPANDREOU-DETERVILLE (M.F.), *Le droit anglais des biens*, op.cit., p. 355 et s.

<sup>307</sup> Ibidem, p. 393 et s.

bénéficiaire un droit immédiat mais limité aux actifs existant au moment de la constitution de la sûreté. Le *floating charge* est un mécanisme souple qui accorde aux créanciers un droit sur les actifs futurs du débiteur et qui ne sera concrétisé sur ces actifs qu'au moment de la cristallisation.<sup>308</sup> Cet instrument couvre une masse d'actifs et ne s'attache à aucun bien précis. Par ce mécanisme, l'affectation de choses déterminée au paiement de la dette peut être différée.<sup>309</sup>

Dans le cadre des PPP, le *floating charge* est souvent perçu par les acteurs des financements de projet comme la sûreté la mieux adaptée aux impératifs de prêteurs.<sup>310</sup> En effet, cet instrument présente un avantage pour les deux parties. Le créancier dispose d'une garantie large, tandis que le débiteur bénéficie entièrement de sa liberté d'action sur les actifs concernés par la sûreté. En effet, ce type de sûreté permet aux créanciers d'étendre l'assiette de sûreté aux *créances de revenus du projet lorsqu'elles naissent, lors d'un acte unique et contemporain à l'ouverture des crédits, sans avoir besoin de renouveler par la suite les formalités.*<sup>311</sup> Tant qu'aucun incident ne survient, le débiteur peut disposer librement des biens grevés, sans avoir besoin de l'accord du créancier. Concrètement, la société de projet peut utiliser les recettes dégagées par les actifs concernés par la sûreté pour payer les coûts du projet.<sup>313</sup>

Le *floating charge* est une sûreté moins plus souple mais moins solide que le *fixed charge*. En premier lieu, avant la période de la cristallisation, les créanciers titulaires du *floating charge* ne dispose que d'un droit virtuel.<sup>314</sup> Le débiteur, étant libre de disposer des biens en sa possession, a la possibilité de contracter avec des tiers, envers lesquels le *floating charge* n'est pas opposable.<sup>315</sup> Ensuite, pour couvrir la globalité des actifs, le *floating charge* ne porte pas sur les actifs corporels identifiés mais sur un ensemble de biens. *Le recours à la notion d'universalité permettant de sauvegarder la règle selon laquelle en droit anglais un droit réel ne peut porter que sur une chose individualisée.*<sup>316</sup> Ce mécanisme de garantie anglais est une technique marquée essentiellement par les règles de l'*Equity*. Sa définition et sa nature ont été décrites par la jurisprudence bien que les juges anglais aient évité d'en donner une définition exhaustive.<sup>317</sup> Les textes qui concernent cette sûreté sont peu nombreux. Lorsque l'actif concerné est une créance, la mise en œuvre de cette sûreté est beaucoup moins évidente. En effet, il existe une *confusion dans les règles dégagées par la jurisprudence britannique quant à la distinction du domaine respectif du floating charge et du fixed charge lorsque celles-ci s'appliquent à des créances.*<sup>318</sup>

---

<sup>308</sup> La cristallisation se définit par rapport à des événements attestant un arrêt de l'activité du constituant ou déclencheurs d'une intervention du bénéficiaire : GOODE (R.), *Legal problems of credit and security, Sweet and Maxwell* », 2003, p.139 et s.

<sup>309</sup> PAPANDREOU-DETERVILLE (M.F.), *Le droit anglais des biens*, op.cit. p. 396.

<sup>310</sup> DENIAU (P.), ROUAST-BERTIER (P.), « Les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006 », op.cit., p. 13.

<sup>311</sup> Ibidem, . p. 14.

<sup>313</sup> ELLAND-GOLDSMITH (M .) « Sûretés de droit anglais et financements de projets” op.cit. , p. 150

<sup>314</sup> Ibidem, p. 150.

<sup>315</sup> Ibidem, p 158.

<sup>316</sup> GOODE (R.), *Commercial Law*, p.678, PAPANDREOU-DETERVILLE (M.F.), *Le droit anglais des biens*, LGDJ, 2004, préf. G. Samuel, n° 580, p.395 s., DAHAN (F.), « La *floating charge* : reconnaissance en France d'une sûreté anglaise », *J.D.I.* , 2, 1996, p.381.

<sup>317</sup> TOLEDO (A.M ), LIGNIERES (P.), *Le financement de projet*, op.cit., p. 149.

<sup>318</sup> Voir MC KNIGHT (A.), BRUMARK, “The difference between fixed and floating charge” , in *Journal of International Banking Law*, 2001, p. 157; LEPORTE (L.), “Security Interest over receivables: divergent trends in the U.S. and the U.K” , in *Journal of International Banking Law* 2002, p. 220.

### III) LES ELEMENTS INADAPTES DES SURETES ANGLAISES AU PROJET *BOT* VIETNAMIEN

Le droit des sûretés britannique est adapté à la culture libérale selon laquelle le marché est capable d'optimiser les activités commerciales. Le cadre juridique souple laisse aux acteurs économiques non seulement le libre choix entre les différentes mesures de garanties mais aussi la possibilité de créer des garanties conventionnelles. Cependant, la souplesse juridique qui favorise les transactions commerciales n'est pas une valeur prioritaire, aux yeux des autorités publiques au Vietnam. Sur le plan idéologique, les contraintes de l'économie planifiée ne sont pas complètement abolies en dépit de la volonté de l'ouverture à l'économie de marché. Sur le plan juridique, le droit des sûretés, est une matière nouvelle, élaborée à partir des situations pratiques de la société vietnamienne. Les concepts du droit anglais, basés sur des valeurs abstraites sont en conséquence difficilement intégrés dans ce système. Par ailleurs, le vocabulaire juridique, notamment en droit économique, est une matière nouvelle qui s'étoffe au fur et à mesure de l'évolution du système juridique vietnamien. Il est difficile de trouver des termes concis et clairs pour traduire les notions tels que le '*fixed charge*' et le '*floating charge*'.

Malgré les avantages attractifs que le *floating charge* présente aux yeux financiers, cette sûreté n'est pas adaptée au système juridiquement actuel du Vietnam. En effet, l'idée de concevoir « *un droit qui flotte comme un nuage sur tous les biens qui de temps à autres entrent à l'intérieur d'une catégorie déterminée, mais sans empêcher le débiteur hypothécaire de disposer de ses biens dans le cours normal de ses affaires jusqu'à ce que produise un événement entraînant la cristallisation ou fixation de la charge*<sup>319</sup>... » est difficilement compréhensible par les juristes vietnamiens. Il n'existe pas de mesure de garantie de paiement qui porte sur un ensemble de meubles ou sur l'ensemble des immeubles.

La culture libérale et la structure spécifique du droit anglais présentent des contrastes difficilement conciliables avec le système socialiste en transition du Vietnam. Au-delà des difficultés de langage juridique, la mise en œuvre du *floating charge* qui consiste à faire vendre les actifs du débiteur par un *receiver* en cas de défaut de son obligation, ne peut être appliquée au droit vietnamien, notamment en droit de *BOT*. En droit anglais, les créanciers désignent un *receiver* qui va prendre en main la gestion de la société de projet dans l'objectif de recouvrer les dettes. En conséquence la priorité du gestionnaire est de chercher éventuellement un acheteur potentiel des actifs, aux dépens de la suite du projet. Ce mécanisme n'est pas autorisé dans le cas des projets *BOT* au Vietnam dans lesquels les opérateurs sont des grandes entreprises étatiques. Il est impensable pour les autorités publiques de laisser la gestion des actifs qui relèvent de la propriété étatique aux mains d'une personne ou d'une organisation privée. Le rôle d'un administrateur privé des sûretés n'est pas admissible dans le système interventionniste vietnamien. En général, la mise en œuvre de la sûreté anglaise requiert un environnement juridique et politique libéral qui n'existe pas au Vietnam.

Le droit anglais des sûretés est étroitement lié à la structure spécifique du droit des biens et du droit des contrats. Ces deux branches de droit présentent des divergences importantes par rapport au droit vietnamien. Il est évident que les sûretés anglaises ne peuvent être intégrées en droit vietnamien sans tenir compte la compatibilité des dispositions dans ces matières.

---

<sup>319</sup> TOLEDO (A.M.), *Les sûretés réelles dans le droit du commerce international*, Thèse Paris 1, 1997, p. 296.

## Sous-section 2 : Les références françaises pour l'amélioration du droit vietnamien des biens

Le droit français peut à plusieurs niveaux inspirer les travaux de réformes juridiques du droit vietnamien des biens. L'appartenance des deux systèmes au même modèle de droit continental est un élément important aux yeux des législateurs vietnamiens. En effet, l'inspiration de la codification française (Paragraphe 1) pour les méthodes législatives, l'intérêt du concept de droit réel (paragraphe 2) pour le droit des biens, les références du régime des sûretés réelles (paragraphe 3) sont des apports intéressants pour le projet de réforme du code civil vietnamien.

### Paragraphe 1) L'inspiration de la codification française

Les dirigeants vietnamiens ont suivi la voie de l'ouverture économique à orientation socialiste, initiée par la Chine. La motivation principale de cette orientation a été la recherche d'une stabilité politique indispensable pour un pays longtemps dévasté par la guerre. Fidèle à la tradition pragmatique qui a permis au pays de préserver, dans le passé, une indépendance relative malgré les ambitions dominatrices des Chinois, le Vietnam cherche constamment ses propres références, notamment en matière juridique. En effet, ce pays n'a jamais accepté la dominance chinoise et a toujours lutté pour préserver son indépendance et sa particularité culturelle.

Ainsi, pour l'élaboration du code civil, le législateur vietnamien n'a pas procédé à une importation du droit chinois. En matière juridique, le législateur vietnamien réadapte systématiquement les éléments du droit étranger avant de les intégrer en droit interne. Une des techniques employée par ce dernier est celle de la confrontation des références des droits étrangers. Parmi les références juridiques étrangères consultées, le droit français a une place spéciale. Ainsi, le législateur vietnamien a le réflexe de tempérer la référence chinoise par les références occidentales, notamment celles du droit français.<sup>320</sup> En effet, la présence française dans le passé laisse encore des traces au Vietnam ;<sup>321</sup> les intellectuels formés par l'enseignement français, bien que minoritaires, sont encore en activité dans la société vietnamienne. Par ailleurs, les démarches de coopération franco-vietnamienne dès le début de la politique Đổi Mới ont rapproché des deux pays qui sont de même tradition de droit écrit. *Il existe un balancement entre l'appartenance à la famille de droit romano-germanique et la création de concepts juridiques spécifiquement socialistes.*<sup>322</sup>

---

<sup>320</sup> THAI (V.T.), « Văn hóa pháp luật Pháp và những ảnh hưởng tới pháp luật ở Việt Nam » (La culture juridique française et son influence sur le droit vietnamien), *Revue Etudes législatives*, Cabinet de l'Assemblée nationale, N° 3 (212) 2/2012 (212), disponible sur le site internet : [http://www.nclp.org.vn/nha\\_nuoc\\_va\\_phap\\_luat/van-hoa-phap-luat-phap-va-nhung-anh-huong-toi-phap-luat-o-viet-nam/?searchterm=t%E1%BB%91%20t%E1%BB%A5ng](http://www.nclp.org.vn/nha_nuoc_va_phap_luat/van-hoa-phap-luat-phap-va-nhung-anh-huong-toi-phap-luat-o-viet-nam/?searchterm=t%E1%BB%91%20t%E1%BB%A5ng), consulté le 20/1/2015

<sup>321</sup> Dans le code civil vietnamien, le droit de propriété fait partie de la deuxième partie, à l'instar du droit français. La classification des biens entre meuble et immeuble est aussi une inspiration du droit des biens français. Voir NGUYEN (N.D.), « Le code civil vietnamien comme exemple de l'adaptation du Code Napoléon dans le système de la propriété publique des sols », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, 2005, p. 253 et s., p. 255 Disponible sur le site : <http://id.erudit.org/iderudit/043838>, consulté le 12 mai 2013.

<sup>322</sup> SKODA (D), *La propriété dans le code civil de la fédération Russie : un système entre deux transitions*, op.cit., p. 241.

L'élaboration du code civil en 1995<sup>323</sup> a été un des plus importants travaux de réformes juridiques au Vietnam. Dans le système socialiste, le code civil a une fonction spécifique : il s'agit d'un instrument de concrétisation des objectifs constitutionnels.<sup>324</sup> Le code civil vietnamien confirme les principes fondamentaux de la liberté contractuelle, le respect de la propriété privée récemment reconnue par la Constitution. Un projet de droit civil est en préparation pour intégrer les modifications de la mise en conformité du droit à la nouvelle constitution de 2013. Ce projet pourrait être l'occasion d'innover le système juridique vietnamien par le processus de systématisation. En effet, *la codification, a pour fonction de remédier à la dispersion et à l'émiettement des sources du droit à travers le regroupement rationnel de règles éparses.*<sup>325</sup> Ces améliorations sont bénéfiques pour la clarification du droit vietnamien. Cependant, le travail de codification requiert une maturité en science juridique, une élaboration des concepts fondamentaux et une classification cohérente des branches de droit.<sup>326</sup> Ces éléments font défaut dans les travaux de réformes législatives au Vietnam. Par ailleurs, le travail de recherche et de réflexion qui permet l'élaboration d'une base théorique fondée sur les principes stables n'est pas une pratique connue au Vietnam.

Le droit français, dans ce sens, est intéressant pour le législateur vietnamien. En effet, l'esprit du Code civil français a montré ses qualités à travers son rayonnement dans le monde.<sup>327</sup> *Il est tout à fait remarquable, qu'en France, un seul code civil ait pu satisfaire aux exigences de plus de dix Constitutions adoptées en deux siècles. Le code civil français est donc considéré comme le fleuron de la codification napoléonienne ayant « échappé à la loi commune du vieillissement et de la mort. »*<sup>328</sup>

Le système juridique français est connu pour les travaux de codification et pour les apports doctrinaux abondants qui ont contribué à la qualité de son droit.<sup>329</sup> Il s'agit de *l'ensemble des travaux destinés à exposer le droit par opposition à la « législation » et à la jurisprudence.*<sup>330</sup> En effet, l'influence de la doctrine a contribué à systématiser et à clarifier le droit issu de la jurisprudence pour former le droit codifié.<sup>331</sup> À la différence du droit anglo-saxon qui est *passé directement de la jurisprudence à la législation, ce qui ne lui donne pas la même limpidité et la même concision.*<sup>332</sup> Il n'est pas étonnant de constater qu'en France la doctrine a contribué aux travaux de codification qui y ont été réalisés.<sup>333</sup> Selon le professeur Carbonnier, l'amélioration du droit de propriété passe par l'œuvre de la codification du droit civil. *« La codification*

<sup>323</sup> Voir HOANG (T.L.), "Sửa đổi, bổ sung BLDS Việt Nam, một yêu cầu bức xúc trước thềm của thế kỷ XXI", (La réforme du Code civil vietnamien, une exigence pressante à la veille du XXIème siècle), *Revue Information sur les sciences juridiques- Institut des Sciences juridiques*, Ministère de la Justice, N° 11-12/2001.

<sup>324</sup> SACO (R.), « La codification, forme dépassée de législation » in *Rapports Nationaux Italiens au XIème congrès International de droit comparé*, Caracas, 1982, Milan, p. 75.

<sup>325</sup> JIAYOU (S.), *La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française*, op.cit., p. 95

<sup>326</sup> VANDERLINDEN (J.), *Le concept de Code en Europe occidentale du XIIè au XIXè siècle, Essai de définition*, Edition de l'Institut de Sociologie, Université libre de Bruxelles, 1967, p. 76.

<sup>327</sup> JEAN (J.P.), ROYER (J.P.), « Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale, essai d'évaluation sur deux siècles », *Pouvoirs*, n° 107, Seuil, 2003, pp. 127 et s., p. 41.

<sup>328</sup> Propos du doyen CARBONNIER, cité par TERRE (F.), et OUTIN –ADAM (A.), « l'année d'un bicentenaire » in *D.*, 2004, n°1, p.13.

<sup>329</sup> JIAYOU (S.), *La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française*, op.cit., p.378.

<sup>330</sup> BEAUD (O.), « Doctrine » in ALLAND (D.), RIALS (S.), (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 385.

<sup>331</sup> PIERPONT (G.de ), « La codification en droit économique », *Revue de droit international et de droit comparé*, 84<sup>ème</sup> année, 3<sup>ème</sup> trimestre, 2007, pp. 352 et s., p. 355.

<sup>332</sup> Remarque de ANNOUSSAMY (D.) sur le rapport 'Doing Business in 2004', de la Banque Mondiale, Institut de Droit Expression et d'inspiration Française.

<sup>333</sup> CABILLAC (R.), *Les codifications*, op.cit., pp. 306-307.

est plus qu'un multiple de la loi. Il y a en la codification un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau (politique), en même temps qu'un espoir d'arrêter le cours de l'histoire.<sup>334</sup> Par ailleurs, les travaux préparatoires du code civil français, qualifiés par le doyen Cornu de « *leçon de méthode législative* »,<sup>335</sup> notamment les maximes de législation civile dans ces textes, peuvent apporter des matières intéressantes aux juristes vietnamiens.<sup>336</sup>

*Le syllogisme de la tradition française est clair, seul l'Etat produit le droit, donc le droit ne peut être lui-même qu'indivisible et uniforme. Le code apparaît comme un des symboles majeurs de l'unité française.*<sup>337</sup> L'idée de l'unité juridique indivisible est un choix privilégié par des autorités publiques vietnamiennes. L'expérience française reste donc, une référence incontournable pour l'œuvre du légiste vietnamien qui a toujours cherché un modèle juridique adapté au contexte culturel et politique du Vietnam.

Dans le code civil vietnamien, le droit de propriété fait partie de la deuxième partie, à l'instar du droit français. La classification des biens entre meuble et immeuble est aussi une inspiration du droit des biens français.<sup>338</sup> En revanche, la distinction du bien corporel et incorporel n'existe pas en droit vietnamien des biens,<sup>339</sup> ainsi que la distinction entre le droit personnel et le droit réel.

## **Paragraphe 2) L'intérêt du concept de droit réel pour le droit vietnamien des biens**

Dans le projet de réforme du code civil vietnamien, le débat concernant la reconnaissance du concept de droit réel est l'une des préoccupations centrales des législateurs et des praticiens de droit. En droit socialiste, la propriété privée est limitée à des meubles, des choses courantes, de consommation. La notion de propriété est donc assimilée à celle de possession. Cette approche reste présente dans le droit des biens du code civil 1995.

Le droit vietnamien n'attribue qu'un seul droit de propriété sur un bien, cependant ce droit peut être exercé par plusieurs personnes. Cette approche juridique se heurte à des limites dans la pratique et pose des obstacles à certaines transactions de propriété. En effet, le flou juridique concernant le transfert de propriété dans les relations commerciales et sociales est source d'insécurité juridique dans le contexte de l'ouverture à l'économie de marché. Concrètement, les coûts générés par les contentieux commerciaux sont des obstacles à la politique d'attractivité des investisseurs étrangers, l'une des priorités du Gouvernement.

La distinction entre droit de propriété et droit réel est utile et nécessaire pour les besoins de se servir des choses que l'homme a dans sa vie sociale et économique. *Le*

---

<sup>334</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, n° 65.

<sup>335</sup> CORNU (G.), *Droit civil, introduction, Les personnes, les biens*, 11<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2003, p. 106.

<sup>336</sup> CORNU (G.), *Droit civil, introduction, Les personnes, les biens*, op.cit., p. 106.

<sup>337</sup> PIERPONT (G.de) « La codification en droit économique », op.cit. p. 363.

<sup>338</sup> NGUYEN (N.D.), « Le code civil vietnamien comme exemple de l'adaptation du Code Napoléon dans le système de la propriété publique des sols », op.cit., p. 255.

<sup>339</sup> HOANG(A.T.), *Pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ trả nợ trong hoạt động cho vay của ngân hàng thương mại ở Việt Nam - Những vấn đề lý luận và thực tiễn (Les problèmes en théorie et dans la mise en œuvre du système juridique de la garantie des créances bancaires au Vietnam)*, Mémoire droit de la faculté de droit, Université nationale Hanoi, 2006.

*droit réel serait plutôt un droit direct sur un bien appartenant à autrui, alors que la propriété serait la maîtrise exclusive d'une chose ou d'un droit.*<sup>340</sup> L'élément qui distingue le droit réel et le droit de propriété est la valeur.<sup>341</sup> Cet élément représente la substance économique du bien, ainsi la transaction de ces valeurs abstraites nécessite la mise en place d'un régime juridique adapté.

Le concept de droit réel permet ainsi, *d'attribuer à autrui des utilités sur un bien qui est la propriété d'une autre personne et ainsi transformant ces utilités en biens qui ont des valeurs transférables.*<sup>342</sup> Les droits réels sont, en fait des droits sur la chose d'autrui. *Tous les droits réels autres que le droit de propriété sont des droits qui ont pour objet une chose appartenant à autrui et qui confèrent à leur titulaire des pouvoirs plus ou moins étendus sur cette chose.*<sup>343</sup> Dans le système français, le droit patrimonial fait la distinction entre droit réel<sup>344</sup> et droit personnel. Cette distinction qui trouve son origine dans le droit romain a un intérêt certain, même si elle suscite des oppositions.<sup>345</sup> Le droit français du bien procède de l'idée de la *propriété unitaire et absolue qui n'accepte les divisions qu'en nombre limité, à titre exceptionnel et momentané.*<sup>346</sup>

Le concept de la propriété démembrée permet au législateur de créer *des outils de valorisation propres aux droits réels, tels que la possibilité de consentir des sûretés réelles comme support de financement, de céder le droit démembré, ou encore de recourir aux actions possessoires et pétitoires du droit commun.*<sup>349</sup> Ces outils juridiques sont utiles pour les activités commerciales en pleine expansion au Vietnam.

Par ailleurs, le concept du droit réel peut améliorer le mécanisme de servitude en droit vietnamien. Dans le code civil vietnamien, les servitudes et la relation des biens connexes sont considérées comme des dispositions diverses relatives au droit de propriété. Ces droits sont classés dans la catégorie des droits réels principaux en droit français. En droit vietnamien, la servitude est un droit à l'usage limité sur un fonds contigu. *Le propriétaire d'un immeuble, le titulaire du droit d'usage d'un fonds de terre est fondé à utiliser les fonds contigus appartenant à autrui pour assurer de manière raisonnable son passage, son alimentation en eau et en gaz ou l'évacuation de ses eaux, l'installation de lignes électriques et de lignes de télécommunication ou pour toute autre nécessité; il est tenu de verser une indemnité, sauf les cas où il en a été convenu autrement.*<sup>353</sup> Cette définition laisse supposer que le droit de servitude est un droit subjectif de la personne plutôt qu'un droit lié au bien. Lors d'une vente, le droit de servitude est cédé avec la propriété au nouveau propriétaire, ce dernier est devenu le

---

<sup>340</sup> POLLAUD-DULIAN (F.), « Le patrimoine et les biens qui le composent » in PERINET-MARQUET (H.), (sous dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, pp. 15 et s., p. 27.

<sup>341</sup> KRIEF-SEMIKO (C.), *La valeur en droit civil français*, Logiques juridiques, L'Harmattan, Paris, 2009, p. 131.

<sup>342</sup> ANDORNO (A.), « Les techniques de gestion des biens, en droit privé et public comparé », Thèse de l'université de Toulouse, 2012, p.211.

<sup>343</sup> LARROUMET (Ch.), *Droit civil, tome 2, les biens*, Economisa, Paris 2006, p.439.

<sup>344</sup> Le droit de propriété fait partie des droits réels principaux, voir LARROUMET (C.), *Droit Civil, Tome II, Les biens, Droits réels principaux*, 4<sup>ème</sup> édition, Economisa, 2004, p. 6.

<sup>345</sup> PLANIOL et la thèse personnaliste, V. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 1<sup>er</sup> éd., t.1, 1907, n° 2158 et s., ZENATI, V. *La nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, thèse*, Lyon, 1981.

<sup>346</sup> PAPANDEU-DETERVILLE (M.F.) *Le droit anglais des biens*, op.cit. p. 2

<sup>349</sup> ANDORNO (A.), *Les techniques de gestion des biens, en droit public et privé comparé*, Thèse Université Toulouse Capitole, p. 225.

<sup>353</sup> Article 173 du Code civil vietnamien de 2005.

bénéficiaire de la servitude en raison du titre de propriété.<sup>354</sup> Ces dispositions se heurtent à des difficultés dans la pratique puisque ce droit ainsi décrit est un droit personnel du propriétaire et n'est pas attaché au fonds. Les personnes qui en ont uniquement l'usage sans la propriété de l'immeuble telles que les locataires, peuvent se faire contester son droit de servitude.

Le cadre juridique vietnamien ne définit pas le régime juridique concernant la contrepartie de la servitude pour le propriétaire du fonds servant. En effet, le droit d'avoir un passage ou le droit de l'installation de lignes électriques a des conséquences plus ou moins importantes pour ce dernier et il est nécessaire que le droit en tienne compte. Le développement économique du Vietnam ne peut faire l'économie de la question de l'acquisition et l'effectivité de ces droits.<sup>355</sup> Par ailleurs, l'absence du concept de droit réel limite la possibilité de créer des instruments de garantie nécessaires aux activités de crédits.

### **Paragraphe 3) L'intérêt du concept français de droit réel pour le droit des sûretés vietnamien**

Le concept de droit réel du droit français peut être un apport pour les réformes du droit de sûreté au Vietnam. Ainsi ce concept permet de sélectionner un ordre de classification et de procéder à une structuration rationnelle du droit des sûretés. (I) Dans le contexte de la mondialisation, le droit français évolue pour s'adapter aux besoins de l'économie, dans ce sens, les réformes récentes du droit français des sûretés sont des pistes de réflexions pour une mise en œuvre efficace des hypothèques en droit vietnamien. (II)

#### **I) UNE STRUCTURATION RATIONNELLE DU DROIT DES SURETES**

Pour remédier au problème de confusion entre les différentes mesures de garantie de paiement en droit vietnamien, il est nécessaire de procéder à une qualification juridique rationnelle qui permet de déterminer le régime juridique appliqué à des différents instruments de garantie. En effet, le droit vietnamien n'accorde pas d'importance à la qualification juridique. Cependant, l'une *des fonctions importantes des catégories juridiques est de faciliter le repérage du savoir juridique. Pour résoudre un problème juridique donné, il faut d'abord le qualifier. À travers l'opération de qualification, le juriste accède au régime juridique pertinent et à toute l'information qui s'y rapporte. En se déplaçant au sein de la classification vers d'autres catégories liées à la première, le juriste dispose de nouvelles informations lui permettant de compléter son analyse. À bien y penser, ce ne sont pas que les normes qui sont structurées par les catégories juridiques. C'est tout le savoir juridique qui s'y trouve représenté.*<sup>356</sup> Ainsi, le fait de structurer le savoir juridique est une base nécessaire pour renforcer la science juridique au Vietnam.

---

<sup>354</sup> L'article 274.2 du code civil vietnamien précise : le droit d'usage d'un immeuble connexe du propriétaire d'une maison ou du droit d'usage du terrain sera transmis au cessionnaire de ces droits. Voir <sup>354</sup> NGUYEN (N.D.) « Lợi ích của việc xây dựng chế định vật quyền đối với việc hoàn thiện hệ thống pháp luật tài sản » (L'utilité de la notion de droit réel dans l'amélioration du système de droit des biens), *Nghiên cứu lập pháp, Etudes législatives*, n° 2, 3 (187-188), 2011 pp. 92 et s. p. 94.

<sup>355</sup> HUGON (P.), « Droit, droit et économie du développement, illustration à propos de l'alimentation », *Mondes en développement*, vol. n° 129, 2005/1, pp. 13 et s.

<sup>356</sup> CUMYN (M.), « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématisme du droit », *op.cit.*, p. 371.

L'absence des concepts juridiques pose des obstacles pour le travail de qualification du droit. La distinction entre droit réel et droit personnel ainsi que la distinction entre meubles corporels et incorporels ne sont pas reconnues en droit vietnamien, ce qui limite les réformes indispensables du droit des garanties de paiement. La clarification des notions de base du droit réel est nécessaire pour réformer le droit des sûretés au Vietnam.

Dans le code civil vietnamien, le législateur énonce la liste des mesures de garantie de paiement ainsi que les mesures d'accompagnements concernés. Ce processus résulte de la transcription des situations factuelles dans la société sans un travail de catégorisation préalable. Cependant, l'énumération des instruments de garanties de paiement ne permet pas d'avoir une idée précise sur ces derniers. Les deux modèles de garantie de paiement principaux sont le gage et l'hypothèque. La différence majeure de ces deux instruments est le transfert du bien au créancier bénéficiaire.

Le concept de droit réel est utile pour compléter le droit de sûreté au Vietnam. En effet, les *sûretés réelles consistent toujours en vue d'une affectation en valeur, jamais en nature. C'est cette valeur qu'il faut impérativement protéger.*<sup>357</sup> Les sûretés réelles peuvent porter sur les meubles du débiteur tels que le droit de rétention, le gage et sur les immeubles tels que l'hypothèque, un droit réel de second degré.<sup>358</sup> Cependant, les sûretés réelles et leur régime juridique doivent être définis par la loi. Ainsi, les parties peuvent choisir le type de sûreté adaptable à leurs besoins ainsi que le régime de publicité et les conditions d'opposabilité à l'égard des tiers.<sup>359</sup>

En droit français, l'ordonnance 2006<sup>360</sup> maintient la distinction entre sûreté personnelle et sûreté réelle. Cet aspect est utile pour le problème de la distinction entre les types de garanties au Vietnam. En effet, cette distinction est nécessaire pour clarifier les définitions des activités de garanties et leur fonctionnalité. Ainsi, les réformes en droit français des sûretés constituent des expériences pour la construction du droit de sûreté en émergence au Vietnam. Le projet pour le troisième code civil vietnamien peut être l'occasion d'améliorer la qualité du savoir juridique grâce à une redéfinition des catégories existantes.

## II) UNE MISE EN ŒUVRE EFFICACE DES HYPOTHEQUES EN DROIT VIETNAMIEN

L'hypothèque est l'instrument de garantie de paiement le plus courant dans le contexte actuel du Vietnam. Cependant, ni les droits, ni les obligations des créanciers et des débiteurs ne sont définis par la loi. L'absence du concept de droit réel limite la création des dispositions juridiques nécessaires à la mise en œuvre de l'hypothèque. Les dispositions qui concernent la constitution de l'hypothèque en droit français peuvent compléter le régime juridique de cet instrument en droit vietnamien.

Dans le système français, l'hypothèque est une sûreté qui confère au créancier toutes les prérogatives attachées à un droit réel, sans obérer tout le crédit du débiteur.<sup>361</sup> C'est un instrument qui ne porte pas directement sur les biens mais sur les droits. Ce droit, susceptible d'être hypothéqué, a lui-même pour objet des choses ou des droits.

<sup>357</sup> KRIEF-SEMIKO (C.), *La valeur en droit civil français*, op.cit., p. 138.

<sup>358</sup> SIMLER (P.), DELEBECQUE (P.), *Droit Civil, les sûretés, la publicité foncière*, op.cit. p. 374.

<sup>359</sup> PAPANDREOU, op.cit., p. 34.

<sup>360</sup> L'ordonnance 2006 a créé un livre IV dans le code civil, spécifique aux sûretés, codifiés aux articles 2284 et suivants. Pour plus d'informations voir PICOD (Y.), *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*. Ed. juridiques et techniques, coll. Droit et procédures, Paris, 2006.

<sup>361</sup> SIMLER (P.), DELEBECQUE (P.), *Droit Civil, les sûretés, la publicité foncière*, op.cit., p. 370.

*L'hypothèque est un droit réel car son objet est constitué par la valeur d'un bien, et non par la prestation du débiteur.*<sup>362</sup> Le créancier titulaire de la sûreté dispose d'un droit direct sur les biens du débiteur mais ne bénéficie pas des utilités économiques de ces biens.<sup>363</sup>

Dans le cas de l'hypothèque immobilière, le créancier a besoin des instruments qui lui permettent de veiller sur son intérêt, notamment la possibilité de s'opposer à certains baux qui peuvent diminuer la valeur de l'immeuble hypothéqué.<sup>364</sup> En outre, le créancier peut prendre des mesures conservatoires pour sauvegarder la valeur de l'immeuble, notamment de demander une interdiction d'extraire les produits ou la mise sous séquestre des produits issus de l'immeuble hypothéqué.<sup>365</sup> Pendant la période antérieure à la réalisation de l'hypothèque, le débiteur peut librement recevoir les loyers issus des baux consentis sur l'immeuble, cependant la cession de ces loyers à un tiers n'est pas opposable au créancier au-delà d'une certaine limite et soumise à des conditions de publication.<sup>366</sup> Le débiteur peut vendre l'immeuble, cependant l'hypothèque donne au créancier un droit de s'opposer à l'acte. Le droit de suite<sup>367</sup> lui permet d'intenter une action sur le bien acquis par un tiers.<sup>368</sup> Le tiers détenteur *est tenu ou de payer les intérêts et capitaux exigibles, ou de délaisser l'immeuble ou devra supporter la saisie.*<sup>369</sup> En effet, un autre avantage de la sûreté réelle est le renforcement du droit du créancier par les prérogatives juridiques du droit de préférence<sup>370</sup> et/ ou du droit de suite. La mise en œuvre de ces droits dépend du choix politique du législateur et de l'efficacité des procédures d'enregistrement, des mesures de publicité pour l'opposabilité et la définition des rangs des différents créanciers.

A partir du moment où le créancier réclame le paiement de la créance et la publie à la conservation de l'hypothèque, le débiteur cesse d'avoir des droits d'usus et fructus sur l'immeuble. Cependant, pour que le droit du créancier soit desservi, il est nécessaire de transformer l'immeuble en une valeur. Le droit français (l'article 2458 du code civil) autorise *le créancier hypothécaire impayé à demander à ce que l'immeuble lui reste en paiement.*<sup>371</sup> Le créancier, dans la majorité des cas, doit intenter une saisie immobilière pour transformer l'immeuble en un montant qui permet de desservir la créance. Ainsi, si l'immeuble est détruit ou exproprié, le droit du créancier doit être reporté sur l'indemnité d'assurance ou l'indemnité d'expropriation.

Les difficultés se posent au moment de la réalisation de l'hypothèque, avec un ou plusieurs créanciers. Le concept de droit réel a pour effet juridique de conférer un droit de préférence du titulaire sur la valeur du bien hypothéqué, ce qui le place en situation privilégiée par rapport aux créanciers chirographaires ou aux créanciers dont le droit est postérieur à ce premier. Cependant, en ce qui concerne les autres créanciers hypothécaires qui bénéficient aussi d'un droit de préférence sur l'hypothèque, la priorité

---

<sup>362</sup> SEUBE (J.B.), *Droit des sûretés*, Dalloz, Paris, 4<sup>ème</sup> éd. 2008, p. 180.

<sup>363</sup> SEUBE (J.B.), *Droit des sûretés*, op.cit., p. 114.

<sup>364</sup> Voir note 369, SEUBE (J.B.), *Droit des sûretés*, op.cit. p. 194.

<sup>365</sup> Voir note 371, SEUBE (J.B.), *Droit des sûretés*, op.cit. p. 195.

<sup>366</sup> Ibidem, p. 194.

<sup>367</sup> L'article 2427 du code civil impose la condition que l'hypothèque soit opposable aux tiers détenteur, c'est-à-dire qu'elle ait été inscrite avant que l'acte d'aliénation n'ait lui-même été publié. Le créancier doit disposer d'un titre exécutoire.

<sup>368</sup> Voir note 371 SEUBE (J.B.), *Droit des sûretés*, op.cit. p. 194.

<sup>369</sup> Voir note 386 SEUBE (J.B.), *Droit des sûretés*, op.cit. p. 200.

<sup>370</sup> ZENG (R.), « Etude comparée des sûretés réelles en droit français et en droit chinois », in *R.I.D.C.* avril-juin 2011, n°2, pp. 433 et s. , p. 435.

<sup>371</sup> Voir note 373 SEUBE (J.B.), *Droit des sûretés*, op.cit. p.196.

sera déterminée par la date de l'inscription du droit. Les créanciers peuvent se concerter pour un partage conventionnel des parts. Il est nécessaire que le législateur prévoie le cas des inscriptions du même jour, et le cas des créanciers qui ont l'option entre plusieurs biens hypothéqués.<sup>372</sup> *En pratique, le juge fixe le rang de créanciers par voie d'autorité et délivre un titre exécutoire qui permet d'obtenir le paiement.*<sup>373</sup>

Ces mesures peuvent être utiles pour la détermination du rang de priorité des créanciers hypothécaires et le cas d'un créancier qui a l'option entre plusieurs hypothèques au Vietnam. Par ailleurs, le législateur peut prévoir les privilèges généraux pour intervenir en faveur des intérêts des salariés ou certaines catégories professionnels dont le droit est justifié : les vendeurs d'immeubles, les architectes, les entrepreneurs.<sup>374</sup>

Le droit français dispose de mécanismes pour la transmission de l'hypothèque : à titre accessoire par la cession et subrogation<sup>375</sup> ou la transmission de l'hypothèque à titre principal par la cession de rang sans que la créance soit transmise.<sup>376</sup> Le mécanisme de purge des hypothèques permet à l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué de libérer l'hypothèque en versant aux créanciers le prix convenu.<sup>377</sup>

L'ordonnance 2006 a consacré une nouvelle forme d'hypothèque : l'hypothèque rechargeable<sup>381</sup> qui permet de simplifier et de réduire les coûts.<sup>382</sup> Les conditions d'applications de cette hypothèque peuvent être des références pour le régime juridique des hypothèques dans le système vietnamien, notamment pour le cas des hypothèques qui garantissent plusieurs créances.

Pour le Vietnam, le concept de droit réel permet d'établir un régime juridique qui définit les droits et les obligations du créancier hypothécaire et du débiteur pendant la période qui précède et celle qui suit la réalisation de l'hypothèque. Ces règles permettent de réconcilier de manière efficace les intérêts du débiteur en lui laissant la capacité d'exploiter de manière optimale son bien et les intérêts du créancier dans le maintien de la valeur du bien hypothéqué.

Le droit des sûretés français a fait l'objet d'importantes réformes pour remédier au problème de la dispersion des textes qui rend difficile la compréhension et l'accès au droit.<sup>383</sup> En effet, en l'espace de quelques années, plusieurs normes ont été créées.<sup>384</sup> La conséquence inévitable de cette mutation est le *manque de cohérence globale qui tient tout à la fois à la trop grande offre de sûretés et à l'insuffisance de règles*

---

<sup>372</sup> Voir note 378 SEUBE (J.B.), *Droit des sûretés*, op.cit. p.198.

<sup>373</sup> Voir note 379 SEUBE (J.B.), *Droit des sûretés*, op.cit. p. 198.

<sup>374</sup> Voir note 381, 382 SEUBE (J.B.), *Droit des sûretés*, op.cit. p.199.

<sup>375</sup> Voir note 397 SEUBE (J.B.), *Droit des sûretés*, op.cit. p.204.

<sup>376</sup> Voir note 398 SEUBE (J.B.), *Droit des sûretés*, op.cit. p.205.

<sup>377</sup> Voir note 392 SEUBE (J.B.), *Droit des sûretés*, op.cit. p.202.

<sup>381</sup> GRIMALDI (M.), « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *Revue Lamy Droit civil*, 2006, n° 29, pp. 28 et s.

<sup>382</sup> GRIMALDI (M.), « Présentation générale des sûretés en droit français », disponible sur le site : [http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/table\\_ronde\\_4.pdf](http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/table_ronde_4.pdf) , consulté le 21/8/2014.

<sup>383</sup> ALBIGES (A.), DUMONT-LEFRAND (M.P.), *Droit des sûretés*, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2011, p.1.

<sup>384</sup> La loi n°2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique, la loi 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, à l'ordonnance du 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, à la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, la loi 2008-776 du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie, à l'ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, l'ordonnance 2009-112 du 30 janvier 2009 relative à la fiducie.

*fédératrices venant régir l'ensemble.*<sup>385</sup> Les réformes de 2006 ont pour objectif l'amélioration du droit des sûretés réelles et privilégient la classification basée sur l'objet : mobilier ou immobilier. Ainsi il est possible d'enrichir les instruments de garanties avec le gage sans dépossession et le nantissement de meubles incorporels.<sup>386</sup> La possibilité de constituer une garantie sans dépossession du bien est un avantage important pour les activités économiques.

Les réformes juridiques nécessaires pour adapter le droit socialiste à l'économie de marché sont longues et complexes. Le développement économique nécessite la reconnaissance et protection légale de l'intérêt privé, notamment par le biais du droit des biens privés et du droit des contrats privés. Ces droits sont essentiels dans la mise en œuvre des projets *BOT* au Vietnam.

---

<sup>385</sup> GOUT (O.), « Quel droit commun pour les sûretés réelles », in *TDCiv.*, 2013, p. 255 et s.

<sup>386</sup> SEUBE (J.B.), *Droit des sûretés*, op.cit. p. 132.

## **CHAPITRE II) L'EMERGENCE DU DROIT DES CONTRATS PRIVES**

Les premiers pas de la politique de Đổi Mới consistent à reconnaître la liberté du secteur privé sans pour autant, abolir les contrôles étatiques. L'économie de marché ne peut fonctionner sans l'existence de la propriété privée et de la liberté d'en disposer. L'existence du droit civil fait partie de l'obligation d'harmonisation du droit dictée par le besoin de l'intégration à l'économie libérale et non par une conviction profonde des législateurs vietnamiens. L'adhésion à l'OMC a été le moteur de réforme des deux branches du droit les plus concernées par l'obligation de l'harmonisation des lois : le droit commercial et le droit des contrats. Les lacunes du droit des contrats au Vietnam (Section 1) sont dues à l'absence d'une approche globale dans les réformes successives. Dans ce sens, l'étude du droit français et du droit anglais des contrats, est une démarche enrichissante pour le législateur vietnamien. A travers les références de droit comparé, l'intérêt du droit français des contrats privés (Section 2) peut ouvrir des pistes pour les réformes de base pour le droit vietnamien des contrats.

### **SECTION 1) LES LACUNES DU DROIT VIETNAMIEN DES CONTRATS**

Le droit des contrats « multicouche » au Vietnam (Sous-section 1) n'est pas adapté à la politique de l'ouverture économique. Cependant, le travail de l'harmonisation du droit est complexe. En effet, les dysfonctionnements du droit vietnamien des contrats (Sous-section 2) révèlent les limites de la politique du « pragmatisme juridique » et la nécessité d'une réforme en profondeur.

#### **Sous-section 1) Un droit des contrats « multicouche »**

Les influences de la tradition (Paragraphe 1) ont formé la base sur laquelle le droit vietnamien des contrats se construit. Les influences des droits étrangers (Paragraphe 2) ont fait évoluer ce droit et dans le contexte actuel, les influences de la politique de transition (Paragraphe 3) ont été des facteurs de changement importants.

##### **Paragraphe 1) Les influences de la tradition**

Le droit vietnamien des contrats a gardé la trace des influences culturelles, religieuses et coutumières. En effet, en premier lieu, la prédominance des relations sociales sur le droit (I) est une particularité de l'influence confucéenne. Ensuite, l'influence du bouddhisme a été à l'origine de la vision souple dans les relations contractuelles (II) de la société civile. Enfin, l'influence coutumière a suscité la préférence pour la médiation des conflits, (III) ce qui aboutit à minorer le rôle des juges dans le système vietnamien.

## I) LA PREDOMINANCE DES RELATIONS SOCIALES SUR LE DROIT

Importée de Chine, la philosophie confucéenne s'est intégrée dans la culture vietnamienne. La prédominance de cette philosophie a pour conséquence de minimiser le rôle du droit dans la vie sociale. En effet, la vision confucéenne de la société a été celle d'une hiérarchie relativement rigide, au sein de laquelle le rôle de chaque personne est défini en référence au rôle d'autrui.<sup>387</sup> Le droit vietnamien a été influencé par cet aspect culturel, notamment le droit des contrats qui met en œuvre la relation entre les individus.

En conséquence, dans la tradition vietnamienne, les relations personnelles, le réseau de connaissance sont des éléments essentiels des transactions, le contrat n'ayant qu'une existence secondaire. Ainsi, on peut observer une prédominance des coutumes et des usages sur les normes légales. En effet, la loi a un rôle secondaire par rapport aux règles morales ou par rapport à l'éthique. La confiance, la crédibilité dans la relation sociale sont des principes que les parties au contrat doivent respecter.

Dans ce sens, le droit vietnamien des contrats est un droit coutumier.<sup>389</sup> La force obligatoire du contrat ne réside pas dans la force de la loi mais dans le fait que le contrat a été connu par la communauté. La pression sociale est la force coercitive qui oblige les parties à exécuter leurs engagements. Le contrat dans le contexte vietnamien n'est pas seulement une convention entre les parties, il devient une préoccupation de toute la communauté.<sup>390</sup> Par ailleurs, les sanctions de l'inexécution du contrat dans les codes vietnamiens anciens relèvent du droit pénal.

Le contrat en lui-même *n'est qu'une preuve de coopération et n'a qu'une valeur symbolique*.<sup>391</sup> Pour cette raison, les Vietnamiens peuvent avoir tendance à prêter peu d'attention aux termes du contrat et à se contenter de rédactions sommaires. La relation des termes du contrat aux conséquences juridiques ultérieures, n'est pas le souci principal des parties qui s'engagent. Cela démontre la place modeste du droit dans la pratique contractuelle, surtout au stade de la formation du contrat.

La prédominance de la communauté sur l'individu est un trait commun entre la société chinoise et vietnamienne. En matière de contrat comme dans la manière de pensée générale, les Vietnamiens *pensent fréquemment en termes globaux, tandis que les Occidentaux, surtout de tradition anglo-saxonne, apprécient d'y voir figurer force détails*.<sup>392</sup> Les occidentaux sont surpris de la manière dont leurs partenaires vietnamiens cherchent à obtenir une vision holistique sur le contrat avant de procéder à la discussion des articles du contrat. En effet, la vision à la fois *communautariste, hiérarchique et holiste de l'organisation de la société*<sup>393</sup>, façonnée sous l'influence confucéenne, détermine la manière dont les Vietnamiens engagent une relation contractuelle. A l'instar des Chinois, les Vietnamiens privilégient l'aspect humain qui est inhérent dans les contrats.

---

<sup>387</sup> ROUGIER BRIERRE (G.), « Spécificité de la négociation et de la pratique contractuelle en Chine », *RDAL*, n° 2, 2007, pp. 151 et s., p. 151.

<sup>389</sup> NGUYEN (M.H.), « L'histoire et la philosophie du droit vietnamien des contrats », *Revue droit administratif international*, n°4, 2010, pp. 346 et s., p. 349.

<sup>390</sup> ROUGIER BRIERRE (G.), « Spécificité de la négociation et de la pratique contractuelle en Chine », *op.cit.*, p. 349.

<sup>391</sup> *Ibidem*, p. 349.

<sup>392</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>393</sup> *Ibidem*, p. 153.

## II) LA VISION SOUPLE DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES

L'influence religieuse permet d'expliquer la complication qui sous tend les relations contractuelles entre les Vietnamiens et leurs partenaires occidentaux. Ces derniers choisissent *spontanément de se concentrer sur l'exécution du contrat dans les termes prévus*,<sup>394</sup> tandis que les Vietnamiens ne semblent pas être sensibles au coût du temps. L'influence bouddhiste sur la société vietnamienne peut être à l'origine de ce comportement, notamment lors de la phase de négociation contractuelle. En effet, selon la croyance bouddhiste, *le temps est considéré comme cyclique et non linéaire, de manière analogue, le contrat est perçu par nature comme un accord évolutif*.<sup>395</sup> Les renégociations considérées comme un échec ou au moins une perte de temps par les occidentaux, sont perçues comme la manière naturelle de la phase de l'exécution du contrat par les Vietnamiens. Ainsi, ces derniers ont beaucoup de mal à accepter les clauses de sanction pour inexécution intégrées dans les contrats. Le Vietnam est un pays de tradition rurale et les coutumes jouent un rôle majeur dans la détermination des relations sociales. Ce phénomène a contribué à façonner le droit vietnamien des contrats.

## III) LA PREFERENCE DE LA MEDIATION POUR LE REGLEMENT DES CONFLITS

Le recours au tribunal en cas de conflit n'est pas courant dans la tradition vietnamienne, notamment dans le milieu rural. En effet, le règlement à l'amiable ou le recours à la hiérarchie sont des moyens courants en cas de litiges. Les relations entre individus sont gouvernées par les principes du respect de la hiérarchie et de la morale, ces valeurs sont considérées comme des piliers de la société. Ainsi, dans les régions et les districts, la population préfère confier le règlement des litiges au pouvoir politique ou policier local au procès judiciaire.

Le respect d'une obligation en raison de son propre engagement, n'est pas reconnu comme motif principal dans les relations contractuelles courantes au Vietnam. Avec l'ouverture à l'économie de marché, les tribunaux sont encombrés des litiges en matière contractuel. Pour les affaires de taille modeste, les décisions des juges ont été basées sur le compromis qui consiste à respecter le principe coutumier : « conforme au sentiment, conforme à la raison, conforme à la loi ». Il s'agit de donner à chacun quelque chose de façon qu'il n'y ait ni gagnant, ni perdant. Le compromis est donc, considéré comme la meilleure solution. Ce mode de fonctionnement a l'avantage de régler les litiges de manière rapide en respectant la tradition et ainsi préserver la paix sociale. Considérer l'harmonie comme un bien précieux reflète également cette approche, même si cela doit se faire au détriment des droits individuels de chacun.<sup>396</sup> Dans la société traditionnelle, le caractère "nhượng" (le compromis/les concessions réciproques) est une qualité noble et respectable.<sup>397</sup> Cette approche, cependant, n'est plus adaptée dans la société actuelle. Avec le développement économique, l'usage du droit de contrat a été progressivement introduit dans les rapports civils.

---

<sup>394</sup> ROUGIER BRIERRE (G.), « Spécificité de la négociation et de la pratique contractuelle en Chine », op.cit.,p. 153.

<sup>395</sup> Ibidem, p. 153.

<sup>396</sup> Ibidem, p. 203.

<sup>397</sup> PANDOLFI (L.), *Une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam 1986-2000*, Thèse Université de Paris 8, Institut français d'urbanisme, Paris, 2001, p. 203.

## Paragraphe 2) L'influence des droits étrangers

Le système juridique vietnamien a toujours connu l'influence des droits étrangers. L'influence du droit chinois (I) a marqué les premiers codes vietnamiens dans lesquels, le droit de contrat fait son apparition modeste. L'influence du droit français (II) a été la suite de la colonisation du Vietnam par la France, pendant cette période, le droit de contrat a peu d'usage dans la pratique. Ces deux influences ne laissent pas beaucoup de trace en raison du changement de régime après la prise de pouvoir du communiste. En effet, le droit vietnamien des contrats est devenu un droit public sous l'influence du droit soviétique. (III)

### I) L'INFLUENCE DU DROIT CHINOIS

Les siècles de domination chinoise (de l'an 1 avant J.C. jusqu'à l'an 939 après J.C.) ont eu des influences culturelles et juridiques importantes sur la société vietnamienne.<sup>400</sup> En matière juridique, le droit chinois a été la première influence étrangère dans les travaux de codification au Vietnam. L'influence de Confucius sur le droit s'est manifestée à deux niveaux : la conception de la loi et la manière de rédiger les codes.<sup>401</sup>

Les premières dispositions concernant le contrat sont apparues à partir du 15<sup>ème</sup> siècle, dans le code pénal, connu sous le nom « Code Hồng Đức ». <sup>402</sup> Ce code a été écrit en chinois et s'appuyait sur le code des Tang.<sup>403</sup> Les aspects contractuels, notamment la validité et la nullité du contrat, la forme du contrat, l'obligation d'exécuter les engagements, les pénalités, les dommages-intérêts ainsi que certains principes généraux du contrat tels que la liberté contractuelle, la forme par écrit... sont mentionnés sous formes de réglementations pénales.<sup>404</sup> En effet, le non-respect des engagements est puni par des sanctions pénales et par l'obligation de dédommager des victimes. Le consentement est nécessaire pour valider les contrats et les conditions de forme ne sont pas obligatoires. Dans la pratique, ceux qui sont lettrés rédigent eux même les contrats, les autres sont obligés d'utiliser les modèles types.<sup>405</sup>

Le code vietnamien s'est inspiré du code chinois pour créer un droit adapté à la spécificité culturelle vietnamienne. Dans le domaine du contrat, *plusieurs types de contrats ont été créés : les testaments des parents, des partages entre frères et sœurs, des ventes hypothécaires, des contrats de location, des conventions d'émancipation des esclaves.*<sup>406</sup> Cependant, ces instruments sont des mesures fiscales et ne sont que peu utilisées dans le cadre des échanges économiques.<sup>407</sup>

---

<sup>400</sup> NGUYEN (T.A.), « Etat et Rituel : la conception de la Monarchie divine dans le Vietnam traditionnel », *Bulletin de l'EFEO*, n° 84, p. 148. Paris, 1987.

<sup>401</sup> Voir. NGUYEN (C.T.), « Le Code des Le et le Code des Nguyen étaient-ils des codes nationaux ? », in *L'histoire de la codification juridique au Vietnam* », pp. 184 et s.

<sup>402</sup> Voir MINISTERE DE LA JUSTICE, *Một số vấn đề về pháp luật dân sự Việt Nam từ thế kỷ XV đến thời Pháp thuộc*(Le droit civil vietnamien du XV<sup>ème</sup> siècle jusqu'à l'époque coloniale française ), Ed. la Politique Nationale, Hanoi, 1998.

<sup>403</sup> NGUYEN (C.T.), « Le Code des Le et le Code des Nguyen étaient-ils des codes nationaux ? », op.cit., p. 186.

<sup>404</sup> NGUYEN (M.H.), « L'histoire et la philosophie du droit vietnamien des contrats », op.cit., p. 348

<sup>405</sup> Ibidem, p. 214.

<sup>406</sup> NGUYEN (C.T.), « Le Code des Le et le Code des Nguyen étaient-ils des codes nationaux ? », op.cit., p. 214.

<sup>407</sup> PANDOLFI (L.), *Une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam 1986-2000*, Thèse op.cit. , p. 187.

## II) L'INFLUENCE DU DROIT FRANÇAIS

L'influence française datait du 19<sup>ème</sup> siècle, avec la promulgation des codes civils au début de l'époque coloniale. *Le premier code était le code civil simplifié promulgué le 10 mars 1883 et applicable dans les provinces du Sud ainsi que dans les trois grandes villes du Nord et du Centre (Hanoi, Haiphong, Danang, des terres concédées).* Ce code, inadapté à la situation de l'époque, a laissé peu de traces dans le pays. Deux codes, rédigés avec plus de soin pour pouvoir s'adapter à la situation réelle du territoire,<sup>409</sup> succèdent à ce premier. Ces codes sont appliqués jusqu'à leur complète abolition en 1959.<sup>410</sup> Les dispositions du droit des obligations *ne met pas en conflit le Code civil français et la coutume annamite, sauf exceptions proches l'un de l'autre.*<sup>411</sup> Ainsi les coutumes et les rites traditionnels vietnamiens sont pris en compte dans les principes juridiques du code Napoléon.

La définition du contrat, pour la première fois, est apparue dans le droit vietnamien en ces termes : *une convention par laquelle, une ou plusieurs personnes s'engage envers une ou plusieurs autres personnes pour transférer une chose, pour faire ou pour ne pas faire quelque chose.*<sup>412</sup> Cependant, à cette époque, le droit des contrats est rarement utilisé et a peu d'impact sur l'habitude contractuelle des gens. En effet, la situation économique est très peu développée et la population vivait dans les villages à caractère rural.

## III) L'INFLUENCE DU DROIT SOVIETIQUE

Pendant la période de guerre civile, en tant que pays satellite de l'Union Soviétique et membre du COMECON,<sup>413</sup> le Vietnam doit appliquer les conditions générales des contrats de vente imposées par cette organisation. Il s'agit d'un corps de règles obligatoires qui définit les conditions de formation des contrats, les obligations des parties, les sanctions de l'inexécution ...

Dans les relations privées, l'application du code civil tonkinois en vigueur, à des relations civiles et contractuelles est possible, cependant le respect des principes énoncés dans le décret n° 97/SL du 22/5/1950 du Président Ho Chi Minh<sup>414</sup> est obligatoire. Ainsi, à cette époque, le droit des contrats était constitué de normes administratives.<sup>415</sup>

En 1975, après l'unification territoriale du Vietnam, la priorité du gouvernement est de substituer l'idéologie communiste au régime économique libérale du Sud

---

<sup>409</sup> Le code civil du Nord *Bộ dân luật Bắc Kỳ* (1931) et le Code civil du Centre *Bộ luật Trung Kỳ* (1936)

<sup>410</sup> L'ordonnance 90/SL du président Ho Chi Minh dispose l'application des normes de l'époque qui ne sont pas contradictoires aux principes de l'indépendance du pays ainsi qu'aux principes du régime de la république socialiste, jusqu'à l'élaboration d'un droit unifié dans le pays. Voir *Contribution scientifique, les problèmes fondamentaux du code civil (Bình luận khoa học, một số vấn đề cơ bản của bộ luật dân sự)*, Edition Politique nationale, Ministère juridique, l'Etude juridique scientifique (*Nhà xuất bản chính trị quốc gia, bộ tư pháp, viện nghiên cứu khoa học pháp lý*), Hà nội, 1997, p.15.

<sup>411</sup> ROYER (J.P.), « Le code civil du Tonkin », op.cit., p. 333.

<sup>412</sup> Article 664 du Code civil du Nord. La définition du contrat dans le code civil actuel a des points similaires avec cet ancien texte français.

<sup>413</sup> COMECON :Conseil d'assistance économique entre les pays du bloc communiste.

<sup>414</sup> DINH (T.M.P.),*Thống nhất luật hợp đồng ở Việt Nam, (L'unification du droit de contrat vietnamien)* Edition juridique, Ha noi, 2005, p. 32

<sup>415</sup> Le droit du contrat au Sud de Vietnam était le modèle du droit libéral, cependant, il est difficile de retrouver la littérature ou les traces écrites de ce droit en raison de l'abolition de ce dernier lors de l'unification du pays en 1976.

Vietnam. Ainsi, la décision n° 772-CT/ANDTC du gouvernement a aboli toutes les normes de l'ancien régime. L'environnement juridique est réduit au minimum, en effet, pendant les décennies qui précèdent l'avènement du Code civil de 1995, aucun texte légal n'a été créé pour gérer les activités civiles.<sup>416</sup> Les activités commerciales privées étaient interdites. En conséquence, le droit vietnamien ignore le contrat commercial, tandis que le contrat civil est très peu utilisé dans la pratique.

Ainsi, pendant longtemps, le droit de contrat a été un droit 'public', puisque son objectif est strictement de servir la mise en œuvre de la planification socialiste. En effet, le contrat est considéré comme un instrument de gestion publique et non pas un instrument juridique. Dans le système socialiste, les contrats sont des instruments pour l'exécution des plans économiques. Le contrat économique n'est pas une convention mais une norme qui impose aux unités économiques signataires de se conformer à la planification étatique. Les directions publiques y sont prédominantes et ne laissent pas de place pour les principes consensuels. En effet, la contrepartie et l'échange d'intérêt qui sont des éléments principaux des contrats privés sont exclus dans le contrat économique. Les notions centrales qui sont au centre du contrat dans l'économie de marché, notamment la liberté contractuelle ou l'autonomie de volonté ne sont pas présentes en droit vietnamien des contrats. En effet, dans ce système, le contrat économique est prédominant, le contrat civil est marginal et le contrat commercial n'est pas reconnu.

### **Paragraphe 3) L'influence de la politique de transition**

Le droit vietnamien des contrats doit s'adapter aux activités économiques qui sont devenues de plus en plus complexes. Le pragmatisme juridique est une technique qui permet de faire évoluer le système juridique sans défaire la structure du droit socialiste.<sup>417</sup> *Le contrat économique est un outil juridique de l'Etat dans la mise en œuvre et le développement d'une économie socialiste.*<sup>420</sup> Il s'agit d'un instrument public au service de l'idéologie socialiste et dont le rôle est de contribuer à *une bonne planification de l'économie nationale et d'assurer que les intérêts des unités économiques correspondent à ceux de l'économie nationale....*<sup>421</sup>

Le contrat économique peut être qualifié de « contrat public » puisqu'il s'agit d'un instrument réservé uniquement à l'usage des unités économiques de l'Etat. Par ailleurs, la fonction du contrat économique est l'adhésion des contractants à la planification étatique, en conséquence la signature du contrat est un acte de soumission du contractant. En théorie, il s'agit d'un instrument qui gère *les coopérations entre les parties contractuelles en déterminant leurs droits et obligations, les aide ainsi à une bonne préparation et un bon accomplissement des plans économiques dans une plus grande efficacité.*<sup>422</sup> Dans la pratique, il s'agit plus d'un contrat unilatéral ou contrat d'adhésion dans lequel les unités économiques s'engagent à respecter l'exécution du

---

<sup>416</sup> DINH (T.M.P.), *Thống nhất luật hợp đồng ở Việt Nam, (L'unification du droit de contrat vietnamien)*, op.cit. p. 32.

<sup>417</sup> NGUYEN (M.H.), « L'histoire et la philosophie du droit vietnamien des contrats », op.cit., p. 359

<sup>420</sup> Article 1 du Statut sur le régime du contrat économique de 1975.

<sup>421</sup> Ibidem.

<sup>422</sup> Ibidem.

plan étatique. En conséquence, les contrats économiques<sup>423</sup> sont devenus marginaux lorsque la loi reconnaît la liberté contractuelle des acteurs économiques.

Le droit vietnamien des contrats est une matière juridique relativement récente. En conséquence, l'usage des contrats dans la société est limité à des contrats types, élaborés par les autorités publiques. L'avènement du code civil de 1995<sup>424</sup> et la reconnaissance du droit privé ont été un progrès décisif pour le développement du droit des contrats. En effet, *la manière, notamment, dont les contrats sont réglementés n'est jamais dépourvue d'incidence économiques. Modifier cette réglementation constitue donc l'un des moyens possibles de telle ou telle politique économique.*<sup>425</sup>

Dans le code civil de 1995, les législateurs ont choisi le terme de contrat civil pour les actes de la vie courante, et reconnaissent l'existence des contrats économiques dans les relations publiques.<sup>428</sup> Ainsi, le droit de contrat régit les actes civils entre les personnes physiques, morales et les autres sujets de droit. Jusqu'à l'avènement du code civil de 2005, les juges continuent à appliquer les normes du contrat économique. Il s'agit de la loi sur le contrat économique du 25 septembre 1989,<sup>429</sup> du décret d'application du contrat économique du Conseil des ministres n° 17-HDBT le 16 janvier 1990, de l'ordonnance de l'arbitrage économique étatique n° 108/TT-PC le 19 mai 1990 concernant la conclusion et l'exécution des contrats économiques, de la décision interministérielle n° 02/TTLN du 8 juin 1996 de la Cour suprême et l'Organisation de contrôle judiciaire suprême concernant le règlement des différends. Ces normes restent en vigueur et peuvent être contradictoires avec celles du code civil.<sup>430</sup>

Les réformes du code civil de 2005 et de la loi commerciale de 2006 marquent un tournant du droit des contrats puisque, désormais, le contrat économique est aboli. Dans ce code, le législateur consacre un grand intérêt au contrat ; avec les 250 articles (de l'article 388 à l'article 593 et de l'article 693 à l'article 792), le droit du contrat occupe un tiers des dispositions du Code civil. La structure du droit de contrat est influencée par la technique de droit continental, notamment du BGC<sup>431</sup> et du code civil français, en effet le droit des contrats est intégré dans le droit des obligations civiles. Les normes concernant le contrat civil sont dans la partie 3 du code civil, intitulée « obligations civiles et contrats civils ».

Les principes fondamentaux des contrats ainsi que les règles de conclusion et de l'exécution<sup>432</sup> y sont reconnus, notamment la liberté contractuelle, le consensualisme, le principe de bonne foi.<sup>433</sup> Le chapitre concernant les dispositions générales du contrat civil contient une quarantaine d'articles, le chapitre suivant réservé aux contrats usuels est quatre fois plus important.

---

<sup>423</sup> Le concept du 'contrat économique' est apparu officiellement dans le décret n° 004-TTg du Premier ministre le 04/01/1960 concernant les mesures provisoires du régime du contrat économique.

<sup>424</sup> Le code civil 1995 (9/11/1995) est le premier code civil vietnamien, après 15 années de travail

<sup>425</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, les obligations, l'acte juridique*, 12<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 37.

<sup>428</sup> Article 394 code civil 1995.

<sup>429</sup> Sur le plan de la structure et de la terminologie, la loi sur les contrats économiques est similaire au droit soviétique.

<sup>430</sup> NGUYEN (M.H.), « L'histoire et la philosophie du droit vietnamien des contrats », op.cit., p. 354.

<sup>431</sup> Code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch).

<sup>432</sup> NGUYEN (M.H.), « L'histoire et la philosophie du droit vietnamien des contrats », op.cit., p. 355.

<sup>433</sup> Ibidem, p. 352.

Dans le domaine des contrats, le pragmatisme juridique a créé une situation dans laquelle les normes de l'économie planifiée et les normes de l'économie de marché sont confrontées. Ainsi, l'adaptation aux besoins de la pratique se fait aux dépens de la cohérence et de l'unité du système juridique vietnamien

## **Sous-section 2) Les dysfonctionnements du droit vietnamien des contrats**

L'efficacité du droit des contrats dépend de la manière dont le droit intervient pour créer des instruments juridiques nécessaires à la formation du contrat et à l'exécution des engagements. Le droit vietnamien des contrats est inefficace en raison des incohérences de la politique de transition menée par le gouvernement. En effet, le flou juridique du droit vietnamien des contrats (Paragraphe 1) ainsi que l'intervention étatique aux dépens de la liberté contractuelle (Paragraphe 2) sont des causes d'insécurité juridique, un handicap qui annule tous les intérêts des contrats. Par ailleurs, les impacts de la politique paradoxale sur les réformes du droit des contrats (Paragraphe 3) n'attirent pas l'attention des réformateurs.

### **Paragraphe 1) Le flou juridique du droit des contrats**

Le droit des contrats vietnamien souffre des faiblesses d'un système juridique, récemment élaboré dans l'objectif de transition économique. La diversité des sources normatives applicables (I) nuit à la cohérence de l'ensemble et aboutit à l'incomplétude du régime général des contrats. (II) Pour remédier à ce problème, le législateur a créé de nombreux contrats spéciaux (III). Il est difficile, par conséquent, pour les praticiens du droit, de s'y retrouver.

#### **I) LA DIVERSITE DES SOURCES NORMATIVES APPLICABLES**

La technique de réforme par touches successives, effectuée par le législateur, ne permet pas de faire des modifications globales. Le pragmatisme juridique qui est censé de faire évoluer le système juridique vietnamien, génère en réalité, des incohérences qui nuisent à la mise en œuvre du droit. En effet, dans le système vietnamien, *le droit reste un concept très vague et provient d'une variété de sources qui ne sont pas cohérentes ou bien définies. Cette réalité n'est pas contestée par les législateurs car elle permet à la fois la légitimation de l'usage de mesures d'exception et une interprétation politique des textes.*<sup>434</sup>

En général, les dispositions du droit des contrats sont disséminées dans plusieurs branches de droit. Il en résulte une redondance des normes parfois contradictoires. Par ailleurs, le droit vietnamien ne précise pas la hiérarchie des sources, il est difficile dans ces conditions de trancher dans les cas de conflits des normes. Le législateur ne facilite pas les choses en adoptant la technique de légiférer 'ouverte' que les critiques qualifient de 'phrase pendante'. Cette technique consiste à ajouter à la fin d'une règle normative la formule « sauf si la loi prévoit autrement ». En conséquence, les dispositions se

---

<sup>434</sup> BALME (S.), « Communisme et schizophrénie », L'individu face au droit dans la société chinoise Postrévolutionnaire », *Raisons politiques*, 2001/3 no 3, p. 67 et s. p.84.

contredisent, s'annulent,<sup>435</sup> car il existe plusieurs textes normatifs différents concernant le même sujet. L'absence de règles procédurales ainsi que de règles pour le conflit des lois est un obstacle à la mise en œuvre des lois.

Dans les relations civiles, les contrats sont parfois réduits à une rédaction manuscrite sommaire. Les parties ont souvent une arrière-pensée pour l'annulation éventuelle du contrat lorsque la situation devient moins favorable. En effet, dans les procès, les juges choisissent très souvent la solution radicale d'annuler le contrat pour vice de forme. Ce défaut est courant dans les contrats qui sont sommairement rédigés par les parties. Ce comportement au niveau du tribunal cautionne un usage contre productif des contrats dans la société. En effet, on a constaté que les parties qui ne s'engagent pas toujours de bonne foi, optent souvent pour une demande de l'annulation du contrat. L'instrument contractuel devient un mécanisme qui permet de revenir sur ses engagements plus que de les respecter.

La qualification des contrats est une démarche essentielle pour déterminer le régime applicable. Selon le code civil 1995, il existait trois catégories de contrats régies par des sources normatives différentes. Les contrats civils relèvent des dispositions du code civil, les contrats commerciaux sont régis par la loi commerciale du 10 mai 1997, les contrats économiques appliquent le régime du droit des contrats économiques.

Le droit des contrats dans le code civil de 2005 devient le droit commun pour toutes les catégories de contrat. Cependant, le terme « contrat civil » qui est assimilé à la notion contrat du droit commun risque de semer la confusion dans la pratique. En effet, dans le vide juridique du droit commercial, le droit des contrats civils s'applique dans les contrats commerciaux. Cependant, les conditions de validité des contrats civils ne sont pas toujours adaptées aux contrats commerciaux et la loi commerciale est muette en ce qui concerne ce sujet. Les conditions concernant la capacité des personnes contractantes ne mentionnent que le cas des personnes physiques. Lorsque la partie contractante est une personne morale, comment définir sa capacité pour contracter ? L'abolition de la loi du contrat économique laisse un vide juridique en ce qui concerne la capacité de contracter.

La distinction entre contrat civil et contrat commercial est un critère pour définir les compétences juridictionnelles. En effet, les contrats commerciaux relèvent de la compétence des tribunaux économiques et peuvent recourir aux arbitrages ; les contrats civils relèvent de la compétence des tribunaux populaires et l'arbitrage en est exclu. Cependant, la loi ne définit pas de manière précise le critère de distinction entre les deux types de contrats. Dans la pratique, il s'agit de l'objet du contrat, le contrat civil concerne les activités de la vie quotidienne et le contrat commercial concerne les activités commerciales. Au Vietnam, l'activité commerciale est très variée et les petits commerces sont tolérés par les autorités publiques. La distinction entre les deux catégories est en fonction de l'importance de l'activité, à partir d'un certain seuil du chiffre d'affaire, l'activité devient 'commerciale'. Ces critères ne sont pas définis par les normes mais relèvent plutôt de la pratique. Les acteurs du droit, notamment le juge, doivent se référer à différentes sources éventuelles. En l'absence du code de commerce, les contrats dans le domaine des affaires sont régis par la loi commerciale et les autres

---

<sup>435</sup> Les clauses pénales sont librement négociées par les parties selon l'article 422 du Code civil 2005, cependant l'article 301 du code de commerce impose une limite qui ne dépasse pas 8% de la valeur du contrat. Voir PHAM (T.H.), « Des expériences de la réalité d'application : les 'erreurs' juridiques du droit de contrat », in Revue juridique, (*Từ thực tiễn cuộc sống 'bất lỗi' pháp luật về hợp đồng*), *Tạp chí pháp lý*, tháng 9/2013, p. 46 et s., p. 46.

normes concernant les domaines spécifiques, notamment lois des sociétés, lois des investissements.

## II) LES LACUNES DU REGIME GENERAL DES CONTRATS

Dans le code civil vietnamien, le droit des contrats est intégré dans la partie des rapports civils. Le régime du droit des contrats est assimilé au régime des obligations. En conséquence on ne trouve pas de définition autonome, ni de notions fondamentales du droit des contrats, notamment les conditions de validité et les cas de nullité du contrat<sup>436</sup> dans le droit des contrats du code civil. Cependant, le contrat est un instrument technique spécifique dont le régime, notamment les conditions de validité doivent être définies de manière précise.

Selon l'article 388 du code civil de 2005, *le contrat civil est l'accord entre les parties pour établir, modifier, cesser un droit ou une obligation civile*. La définition renvoie ensuite au chapitre concernant l'obligation civile : *l'obligation civile est le fait d'une ou plusieurs personnes (débiteurs) qui doit transférer une chose, un droit, effectuer un paiement ou un document de valeur, faire ou ne pas faire une chose déterminée dans l'intérêt d'une ou plusieurs personnes (créanciers)*.<sup>437</sup> Ainsi, selon l'article 281, le contrat est source d'obligations.

En droit vietnamien, selon la théorie de la réception de l'offre,<sup>438</sup> le contrat prend effet par la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Cependant il s'agit d'une disposition supplétive et les parties peuvent en disposer autrement. L'article 390 du code civil de 2005 précise que l'offre a un effet juridique qui lie les deux parties. Dans le cas d'une offre limitée à terme, les parties sont liées jusqu'à ce terme. L'offre est annulée si l'autre partie ne s'est pas manifestée avant le délai prévu.<sup>442</sup> La partie qui se délie de ce lien pour s'engager avec un tiers avant ce terme devra verser des indemnités si les dommages existent.

En ce qui concerne le contenu du contrat, le législateur fixe les éléments obligatoires : la quantité, la qualité, le prix, la manière de paiement, le délai, le lieu d'exécution du contrat, les droits et obligations des parties, les responsabilités en cas d'inexécution du contrat, les clauses pénales.<sup>443</sup> La loi ne précise pas les conséquences juridiques en l'absence de ces éléments. L'obligation de solidarité, de bonne foi, la recherche de la minimisation des dommages dus à l'inexécution sont des éléments prévus dans le droit vietnamien des contrats, cependant ces principes sont rarement appliqués par les juges.

Les principes d'exécution du contrat sont définis dans l'article 402 du code civil, il s'agit du respect des termes et des objets du contrat. Il s'agit de la quantité, la qualité, le type, les délais, les procédures et les autres termes de l'accord. Les deux autres alinéas de l'article 402 énoncent des principes de loyauté, de coopération optimale pour les deux parties, de confiance mutuelle ; l'interdiction d'atteinte à l'intérêt du gouvernement, à l'intérêt général et à l'intérêt légalement reconnu aux tiers.

---

<sup>436</sup> Ces éléments sont définis dans la partie générale concernant les actes de la relation civile.

<sup>437</sup> Article 280 du code civil vietnamien de 2005.

<sup>438</sup> L'article 391.2 : l'offre est envoyée au domicile ou à l'adresse de la personne morale, l'offre est enregistrée dans le système d'information, ou la connaissance de l'offre par d'autres moyens

<sup>442</sup> Article 394 du code civil vietnamien de 2005.

<sup>443</sup> Article 402 du code civil vietnamien de 2005.

La sanction de l'inexécution du contrat est la résolution du contrat avec des dommages et intérêts.<sup>444</sup> Lorsque la cause de l'inexécution n'est pas imputable au débiteur, l'exécution forcée est refusée.<sup>445</sup> Les juges se contentent parfois de prononcer la nullité du contrat sans trancher la question du dommage subi par l'une des parties.<sup>446</sup>

Le contrat recherche la satisfaction des intérêts privés, mais en priorité, le contrat doit tenir compte des intérêts de la société.<sup>449</sup> Le droit vietnamien ne semble pas accorder d'importance à la force obligatoire du contrat, norme privée entre les parties par leur accord de volonté. Le législateur ne mentionne pas le fait que le contrat peut avoir un effet juridique. Le contrat dans l'approche occidentale n'est pas une pratique courante au Vietnam, les transactions et les litiges sont majoritairement réglés hors de l'intervention juridique.

Par l'effet juridique, l'accord de volonté des parties a acquis force de loi pour les cocontractants. La liberté contractuelle est donc importante et doit être protégée par la loi puisque cette liberté permet de renforcer les intérêts économiques et stratégiques des cocontractants. Sans une théorie du droit de contrat qui permet d'avoir une ligne de conduite unifiée en matière de droit des contrats, les réformes qui répondent uniquement à l'urgence par intervention partielle sont inopérantes. En effet, il est difficile de légiférer par touches successives, le législateur vietnamien doit constamment chercher des solutions aux problèmes relevant de lacunes ou d'incohérences juridiques. En effet, l'absence de théorie du droit de contrat laisse des vides juridiques, notamment en ce qui concerne la définition de la nature du contrat, les cas de résiliations et leurs conséquences juridiques.<sup>451</sup>

### III) LES NOMBREUX CONTRATS SPECIAUX

Le code civil vietnamien ne dispose pas d'un régime spécifique pour les contrats qui ont des particularités différentes et en conséquence, ne peuvent être qualifiés comme des contrats communs. Le législateur a multiplié les types de contrats spéciaux pour combler le vide juridique et pour faciliter l'usage du droit, notamment au niveau des tribunaux des districts qui ne sont pas habitués à trancher les problèmes juridiques en matière des contrats.

Les principales règles concernant ces contrats sont regroupées dans la partie intitulée : « les contrats usuels ». Le nombre des articles de cette partie est deux fois plus important que celui qui concerne les contrats communs. Il existe 13 types de contrats usuels : le contrat d'échange, la donation, le prêt de consommation, le louage des choses, le bail immobilier, le bail d'exploitation, le prêt à usage, le louage d'ouvrage, le contrat de transport, le contrat de façonnage, le contrat d'assurance, le mandat, la promesse de récompense et le concours avec récompense.

Le contrat de vente vient en première place, les dispositions étant assez complètes pour constituer un corps de règle autonome. Pour les contrats concernant le droit d'usage du sol, il faut se référer aux normes concernant ce domaine. Les contrats du droit d'usage du sol sont considérés comme des contrats spéciaux. Les contrats concernant le droit d'usage du sol sont regroupés dans une partie distincte des autres

---

<sup>444</sup> L'article 417 du code civil vietnamien de 2005.

<sup>445</sup> L'article 418 du code civil vietnamien de 2005.

<sup>446</sup> La décision des autorités judiciaires n° 01/2003/NQ HDTP le 16/04/2003

<sup>449</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>451</sup> PHAM (T.H.), « Des expériences de la réalité d'application : les erreurs juridiques du droit de contrat », op.cit. p. 48.

contrats : le transfert des droits d'usage du sol. Ce type de contrat exclut l'intervention des juges et relève de la compétence de l'administration.<sup>452</sup>

La technique des contrats nommés dans le système occidental a une valeur de modèle, les particuliers sont libres d'inventer les autres types de contrats.<sup>454</sup> Dans le contexte du Vietnam, la distinction des contrats spéciaux a pour objectif de faciliter la mise en œuvre du droit de contrat, domaine encore nouveau dans la pratique. Cependant, le fait d'énumérer la liste des contrats usuels dans le code fige le droit et a un effet limitatif. En effet, la technique de l'énumération est dépassée par les activités économiques en pleine expansion au Vietnam. En conséquence, il existe un vide juridique important, notamment en ce qui concerne les secteurs stratégiques-contrats de fourniture d'énergie, de télécommunication, ou dans les domaines financiers, commerciaux - contrats de franchise, contrats de leasing, contrats bancaires ... Par ailleurs, les techniques juridiques contractuelles devraient s'adapter à l'innovation des activités nouvelles telles que les contrats en ligne et le « e-commerce ».

Au Vietnam, la reconnaissance du droit civil est un assouplissement du régime socialiste. En conséquence, les libertés reconnues doivent être énoncées dans les normes, ce qui se traduit *a contrario*, tout ce qui n'est pas légalement autorisé, est interdit. Ainsi, les contrats utilisés par les particuliers doivent être obligatoirement définis de manière légale. La liberté contractuelle est un concept encore trop nouveau pour les vietnamiens, notamment en ce qui concerne l'invention d'un type de contrat non prévu par la loi.

## Paragraphe 2) L'intervention étatique au dépens de la liberté contractuelle

Le contrat civil vietnamien est considéré comme un code de conduite qui gère les relations sociales tandis qu'en droit occidental, le *contrat doit être destiné à produire des effets de droit, condition nécessaire pour donner aux volontés leur pleine signification.*<sup>457</sup> Il a pour effet, au plan hiérarchique qui est le sien, de créer des normes juridiques.<sup>458</sup> Au Vietnam, le recours aux normes juridiques pour régler les affaires quotidiennes, n'est pas encore entré dans les mœurs des gens, encore habitués au mode de transaction et à l'intervention de l'autorité publique locale.

La relation entre le pouvoir public et la société civile a une influence directe sur le caractère contraignant de l'obligation contractuelle. Ainsi, le régime dirigiste du système socialiste n'est pas compatible avec le concept de liberté contractuelle des contrats privés. En effet, malgré une apparence normative qui se rapproche des normes du droit de contrat de type occidental, l'idéologie interventionniste reste en vigueur et ne semble pas disparaître facilement dans les rapports entre le pouvoir public et la population.

Pour le cas des contrats soumis à la condition de certification, l'administration peut faire modifier des clauses du contrat qui ne sont pas conformes aux règlements

---

<sup>452</sup> Voir titre II, chapitre 1, section 1 suivants.

<sup>454</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.L.), *Les Obligations*, tome 1 : *L'acte juridique*, Armand Colin, 7e éd. 1996, n° 101.

<sup>457</sup> VIANDIER (V.A.), « La complaisance », *JCP* 1980, 1. 2987, n° 16 et s.

<sup>458</sup> GHESTIN (J.), Le contrat en tant qu'échange économique. *Revue d'économie industrielle*, Vol. 92. 2e et 3eme trimestres 2000, pp. 81 et s. p.85.

administratifs ou faire supprimer des clauses concernant des dispositions sur lesquelles le législateur a déjà légiféré. Ces pratiques ne sont pas contestées par la population.

Par ailleurs, il existe un lien naturel entre la politique contractuelle et la politique générale.<sup>459</sup> En effet, l'Etat fixe des limites à la liberté contractuelle dans le souci de parvenir à une plus grande justice sociale. Puisque ce qui est libre n'est pas toujours juste, le critère de justice distributive est une des finalités du droit des contrats.<sup>460</sup> Au Vietnam, la logique sociale prédomine dans les contrats civils et dans les contrats commerciaux. Face à un débiteur en défaillance, insolvable, le créancier est obligé d'accorder un délai à ce dernier. La situation économique, les difficultés matérielles affectant la vie de la personne sont des éléments qui doivent être pris en compte dans l'exécution du contrat. Ainsi, la partie qui doit exécuter en premier peut retarder l'exécution de son obligation si la situation patrimoniale de son cocontractant ne lui permet pas de réaliser ses obligations. L'objectif est de laisser au débiteur la possibilité de trouver les moyens ou une garantie pour exécuter son obligation.<sup>461</sup> Dans les contrats civils, les clauses pénales ne peuvent dépasser le seuil de 8% du montant total du contrat.<sup>462</sup>

Le contrat civil au Vietnam est un mode de relation spécifique des rapports civils dans lequel la recherche du gain n'est pas privilégiée. L'accord de volonté, générateur de force obligatoire, est subordonné à la conformité à la volonté étatique.<sup>463</sup> Le droit de contrat vietnamien a été élaboré à partir des réalités de la vie pratique. Dans cette société, une grande majorité de la population étant encore dépourvue de ressources stables, les défaillances économiques aboutissent souvent à des situations dramatiques pour des familles. En conséquence, le législateur intervient dans les relations contractuelles pour protéger les débiteurs en situation difficile.

Le droit de contrat est aussi une science morale. Il existe donc des règles morales dans les obligations civiles en droit vietnamien. Les principes généraux du code civil vietnamien révèlent des valeurs telles que le principe de la légalité, la liberté contractuelle et culturelle du pays, le principe de conciliation, de bonne foi et de loyauté.

L'intervention des juges dans les contrats civils est une pratique courante au Vietnam. Dans le souci de tenir compte des limites de la pratique contractuelle d'une partie de la population, les juges peuvent ordonner aux parties de régulariser les conditions de formes imposées par la loi, avant d'annuler le contrat pour vice de forme. Dans certains contrats de crédit, le magistrat peut tout simplement annuler ces accords, pour protéger le débiteur défaillant lorsque sa résidence principale est en jeu.

Pour ces raisons, la mise en œuvre du droit rencontre beaucoup de difficultés dans la société du Vietnam en évolution. Le code civil de 2005 est une étape dans l'évolution du droit civil et est appelé à changer avec la politique adoptée par le PCV.

---

<sup>459</sup> TERRE (F.), FITOUSSI (L.), « Prolégomènes », op.cit. p. 40.

<sup>460</sup> LAITHIER (Y.M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LCDJ, Paris, 2004, p.26.

<sup>461</sup> Article 415 du code civil vietnamien de 2005.

<sup>462</sup> Article 301 de la loi commerciale 2006.

<sup>463</sup> LE (K.G.), *Contrat civil et les conflits usuels (Hop dong dan suc va cac tranh chap thuong gap)*, nha xuat ban Tu phap, Ha noi, 2011, p. 10.

### **Paragraphe 3) Les impacts de la politique paradoxale sur le droit vietnamien des contrats**

Le gouvernement vietnamien est conscient des défaillances de l'environnement juridique du pays. Cependant, le système juridique du Vietnam s'est transformé sous l'influence de la politique de l'ouverture économique. (I) En général, les législateurs s'inspirent des références des modèles étrangers (II) pour adapter le système juridique vietnamien aux besoins des acteurs économiques.

#### **I) L'INFLUENCE DE LA POLITIQUE D'OUVERTURE ECONOMIQUE**

Les réformes du droit des contrats sont conditionnées par l'évolution de la politique d'ouverture du gouvernement vietnamien. La double exigence de stabilité politique et de stabilité sociale pose des défis importants dans le processus de l'intégration à l'économie mondiale. Ainsi, à travers l'observation de l'évolution du droit des contrats, il est possible de constater le niveau de changement de la politique économique au Vietnam. En effet, *on ne peut évidemment pas faire abstraction de données politiques lorsque l'on traite du contrat, car celui-ci, n'est peut-être pas une forme juridique neutre. Toute son histoire le montre, car le contractualisme est une forme parmi d'autres de l'organisation sociale.*<sup>466</sup>

Il est indéniable que le système juridique a un impact sur le développement économique. Ce dernier a été le moteur de réformes juridiques engagées par les autorités publiques vietnamiennes. Il existe une interdépendance entre le droit et l'économie, en effet, *un droit en retard sur les besoins économiques entrave un développement souhaitable*, notamment en ce qui concerne la protection du bien privé ou de la liberté contractuelle. En revanche, *il n'est pas exclu qu'un droit trop en avance sur l'économie donne naissance à des discordances propres à favoriser des dysfonctionnements et des blocages. En tant qu'il est un mécanisme naturellement propre à favoriser l'activité, le contrat est directement concerné par ces données.*<sup>467</sup>

Le droit des contrats actuel présente les lacunes inévitables d'un droit nouveau qui doit s'adapter à l'évolution constante de la société. Les codes civils vietnamiens sont créés pour répondre aux besoins de la politique de transition du gouvernement, la durée de vie de ces textes est en moyenne, de dix ans. L'objectif de parer au plus urgent ne donne ni le temps, ni les moyens aux législateurs pour venir à bout de tous les problèmes. Cependant, l'adaptation du système juridique se fait souvent par la création d'une nouvelle norme pour compléter un vide juridique ou par la modification d'un texte dépassé ou inadapté à la pratique.

#### **II) LES REFERENCES DES MODELES ETRANGERS**

La réforme du droit vietnamien des contrats soulève la question des références du droit étranger. En effet, l'histoire du droit vietnamien des contrats a été marquée par les influences des modèles étrangers et en même temps, la volonté de préserver des traditions culturelles du pays. Ainsi, le système juridique vietnamien *semble procéder non pas par transformation, mais par intégration de principes jugés conformes à ceux*

---

<sup>466</sup> TERRE (F.), FITOUSSI (L.), « Prolégomènes », in TERRE (F.), op.cit., p. 39.

<sup>467</sup> Ibidem, p. 42.

qui y sont déjà présents.<sup>468</sup> Ce qui signifie que toutes les dispositions issues des droits étrangers doivent être réadaptées au contexte national, à la structure du droit interne.

Le modèle étranger est considéré comme un guide, une inspiration qui permet au législateur de conserver sa « *marge d'appréciation* », lui permettant d'éprouver l'expérience étrangère à l'aune de ses propres critères.<sup>469</sup> L'inspiration n'a pas pour seule fonction de compléter, d'innover le droit interne mais aussi de révéler, aspect que l'on qualifie parfois de « fonction subversive du droit comparé ». <sup>470</sup> Cette technique est indispensable pour harmoniser le système juridique du Vietnam au droit du marché, au-delà du droit de contrat. Les divergences entre deux modèles étrangers peuvent être des points de repères pour le choix des références normatives. *La comparaison aurait en effet une vocation contestataire, en permettant d'élargir les perspectives ordinaires et de « lutter contre les habitudes de pensées sclérosantes ».*<sup>473</sup>

La comparaison des deux modèles du droit de contrat permet de relever la caractéristique plus ou moins adaptée à son propre système juridique. Ce qui est le cas de l'analyse comparée en droit des contrats anglais et français. Le critère de l'efficacité du droit des contrats anglo-saxon peut inciter à choisir les solutions de ce droit. Cependant, le système judiciaire vietnamien occupe une place modeste par rapport au pouvoir omniprésent de l'administration. En conséquence, le droit jurisprudentiel anglais est difficilement intégré dans le système vietnamien. Par ailleurs, *le droit du contrat Anglais ainsi que la Common Law en général, n'est pas animé, comme le droit français par un souci de cohérence, de présentation théorique claire et précise.*<sup>474</sup> Ces éléments sont nécessaires pour développer la conscience juridique dans la société vietnamienne. En effet, les avantages du droit français des contrats qui sont la clarté et l'accessibilité du droit sont des critères plus pertinents pour améliorer l'application du droit au Vietnam.

Au Vietnam, le contrat est considéré comme une technique de réalisation des actes de la relation civile. Les principes du droit des contrats, notamment la liberté contractuelle ou la force obligatoire sont considérés comme des théories de droit. Cependant, le droit vietnamien des contrats, ne fait pas référence à la doctrine. En effet, les législateurs ont travaillé à partir de la synthèse des pratiques courantes pour trouver des solutions à des besoins impératifs du développement économique. Dans ces conditions, il est difficile de réfléchir à l'existence d'une théorie de base qui permet de structurer, de consolider le droit. En conséquence, à l'instar du droit chinois, dont la *culture traditionnelle ne se fonde jamais sur la tradition du droit romain, ni même sur celle de la civilisation grecque antique, origine de la civilisation occidentale*, le droit vietnamien des contrats *souffre toujours d'une déficience congénitale en matière d'études théoriques et d'expériences législatives.*<sup>480</sup> Ce handicap est un obstacle pour

---

<sup>468</sup> NGUYEN (N.D.), « Pluralité des approches juridiques de la pluriculturalité au regard de la conception du patrimoine en droit vietnamien », in DECKER (P. de), FABERON (J.) (sous dir.), *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 71 et s., p.73.

<sup>469</sup> DELMAS MARTY (M.), Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun, *Daloz*, 2001, Chr., p. 1326, DELMAS MARTY (M.), IZORCHE (M.L.), Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit, *RIDC*, 2000, p. 753 et s.

<sup>470</sup> PFESRMAN (O.), Droit comparé- interprétation, in DELMAS-MARTY (M.), DIJON (X.), FAUVARQUE-COSSON (B.), (sous dir.) In *Variation autour d'un droit commun*, UMR de recherche de droit comparé de Paris, éd. Société de législations comparées de Paris, 2001, p. 121 et s. spéc. 133 et s.

<sup>473</sup> MUIR-WATT (H.), la fonction subversive du droit comparé, *RIDC*, 2000, p. 503 et s.

<sup>474</sup> TESTU (F.X.), *Contrats d'affaires 2010/2011*, Dalloz Référence, 1<sup>es</sup> éditions, Paris, 2010

<sup>480</sup> LIWEI (Q.), « L'interprétation du contrat : étude comparative du droit français et droit chinois, thèse de doctorat 2012, université Paris Panthéon Assas, p. 29.

l'appréhension de la situation globale du droit de contrat et la prévision d'une perspective dans le futur.

Les changements trop brusques ont souvent abouti à des blocages, étant donné que la société vietnamienne est caractérisée par l'aspiration à l'équilibre et à la stabilité sociale. Le Vietnam a besoin de maintenir une *certaine continuité à chaque étape de la vie des individus*, d'avoir à travers les normes, *un guide de conduite dans ses relations familiales, sociales et économiques*.<sup>483</sup> En conséquence, la création des normes doit être basée sur les théories élaborées par la doctrine. Cette dernière fait le travail de l'analyse, de synthèse de l'application du droit par la jurisprudence. Ce processus crée une continuité dans la mise en œuvre du droit et permet une évolution du système juridique. Au Vietnam, il est regrettable que les jurisprudences ne soient pas accessibles au public<sup>484</sup> et la doctrine soit peu développée.

## **SECTION 2) LES REFERENCES DU DROIT COMPARE : L'INTERET DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS PRIVES**

A l'instar des autres branches de droit, le droit des contrats dans les pays de *Common Law* est différent du droit des contrats dans les pays de tradition civiliste. En effet, *au moment où le Common Law voit le contrat comme un instrument du libéralisme et de l'autonomie privée, le droit civiliste voit le contrat comme un accord privé avec une fonction sociale qui possède des considérations contractuelles*.<sup>485</sup> Au-delà des différences d'origine sociopolitique et jurisprudentielle, les influences religieuses ont aussi un impact sur l'évolution du droit des contrats dans ces pays.<sup>486</sup> En effet, *l'expansion du lien contractuel a été assez largement de pair avec le développement du crédit*.<sup>487</sup> Ainsi, le droit anglais est marqué par l'influence du protestantisme et par la fonction émancipatrice de l'argent qui permet l'invention d'une multitude de catégories d'échanges. L'esprit libéral et individuel du droit anglais est étranger à l'éthique sociale et à l'esprit collectif, appliqués dans la société vietnamienne. Le droit français est influencé par la tradition judéo-chrétienne, ce qui explique les relations de tolérance et d'équité mises en avant dans le concept contractuel. Ces aspects sont plus proches de la vision sociale du gouvernement vietnamien.

La différence du concept de contrat entre le droit anglais et le droit vietnamien est assez marquée. Le contrat, dans l'esprit du droit vietnamien, est un outil pour régler les besoins de transactions dans la vie civile, ce qui sous-tend l'idée de la recherche d'une solution qui soit profitable pour les deux parties au contrat. L'idée de l'échange dans le but de recherche d'un gain est plutôt réservée au domaine des contrats commerciaux. A travers les travaux de comparaison, il en résulte d'un côté les aspects du droit anglais des contrats difficilement conciliables avec le système vietnamien (Sous-section 1) et de

---

<sup>483</sup> NGUYEN (N.D.), « Pluralité des approches juridiques de la pluriculturalité au regard de la conception du patrimoine en droit vietnamien », in DECKER (P. de), FABERON (J.) (sous dir.), *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 71 et s., p.73.

<sup>484</sup> Ces documents sont réservés aux programmes de formation des magistrats.

<sup>485</sup> SALAH ELDIN CAMAL (C.), *Le partenariat public privé et le mécanisme de l'équilibre contractuel en droit interne et international*, Thèse doctorat science juridique Aix en Provence, 2010, p. 268.

<sup>486</sup> TERRE (F.), FITOUSSI (L.), « Prolégomènes », in TERRE (F.), op.cit., p. 46.

<sup>487</sup> Ibidem, p. 41.

l'autre, les références françaises utiles à des réformes du droit vietnamien des contrats. (Sous-section 2)

## **Sous-section 1) Les aspects du droit anglais des contrats difficilement conciliables avec le système vietnamien**

Pour le législateur vietnamien, l'absence d'un corps de règles structurées du droit anglais des contrats (Paragraphe 1) rend difficile l'appréhension globale du système. Les caractéristiques qui sont des avantages du droit anglais des contrats, ne sont pas des valeurs prioritaires dans le projet de réforme du droit vietnamien des contrats. En effet, la primauté de la logique économique de l'instrument contractuel (Paragraphe 2) n'est pas un des critères recherchés par le législateur vietnamien. Par ailleurs, le rôle important des juges et des avocats dans l'organisation judiciaire (Paragraphe 3) ne se retrouve pas dans l'organisation judiciaire vietnamienne.

### **Paragraphe 1) L'absence d'un corps de règles structurées du droit anglais des contrats**

La grande différence entre le système anglais et le système vietnamien est le caractère jurisprudentiel du droit anglais des contrats (I). En ce qui concerne la structure du droit, le corps autonome du droit des contrats (II) dans le système anglais, est difficilement intégré dans les branches de droit vietnamien

#### **I) LE CARACTERE JURISPRUDENTIEL DU DROIT ANGLAIS DES CONTRATS**

La particularité du droit anglais est l'exigence de la procédure. En effet, c'est la procédure qui détermine le droit (*remedies precede rights*). En Angleterre, le droit des recours et des procédures est au centre du système juridique. Le droit de *Common Law s'occupe plus des recours et des procédures que des principes abstraits du droit matériel*.<sup>488</sup> Il en est ainsi du droit des contrats qui n'échappe pas au cadre strict des procédures.<sup>489</sup> A l'origine, les contrats sont sanctionnés par l'action *on the case*, ou *assumpsit*. L'abolition des *forms of action* ont ensuite élargi le champ du droit de contrat, mais c'est à partir du XVII<sup>ème</sup> siècle, avec la décision de *Slade's case*<sup>490</sup> en 1602, que le droit anglais des contrats commence seulement à se détacher de l'exigence de la procédure pour développer le fond du droit. Au XIX<sup>ème</sup> siècle, ce droit s'est évolué ors vers la recherche d'une rationalisation et systématisation du droit.<sup>491</sup>

Le raisonnement de base du droit anglais des contrats ne repose pas sur le principe de respect d'un engagement (*Pacta sunt servanda*) comme en droit civil, mais plutôt sur l'idée de la confiance légitime trompée (*injurious reliance*).<sup>492</sup> En conséquence, le droit

---

<sup>488</sup> DAWN (O.), « Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ? », In *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 53 N°2, Avril-juin 2001, pp. 327 et s. p. 329.

<sup>489</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op. cit., p. 21.

<sup>490</sup> Ibidem., p. 44.

<sup>491</sup> Ibidem., p. 48.

<sup>492</sup> Ibidem., p. 23.

est axé sur l'action en justice, l'essentiel repose sur la sanction procédurale de l'obligation ainsi que *les dommages-intérêts qui en sanctionnent l'inexécution*.<sup>493</sup>

*A différents égards, le droit des contrats, appliqué dans les Cours de Common Law, a été pendant longtemps un droit rigoureux, marqué par le formalisme, souvent à nos yeux inéquitable.*<sup>497</sup> Le formalisme rigoureux explique l'existence de *l'Equity*, l'autre facette du système du Common Law.<sup>498</sup> Au XIX<sup>ème</sup> siècle, la séparation entre les deux systèmes est atténuée en raison du fait que le tribunal peut appliquer indifféremment l'un et l'autre droit. En effet, *le système de l'équité, qui ignore la règle du précédent, a développé des champs particuliers de compétences venus combler certains vides de la Common Law et remédier à la rigueur formelle de ses règles de procédure.*<sup>499</sup> Le formalisme du Common Law et le *sentiment imprécis de l'équité*<sup>501</sup> peut donner l'impression qu'il n'y avait pas quant au fond, un véritable droit, assuré de la certitude qui à nos yeux modernes caractérise la règle de droit.<sup>502</sup>

Dans le système anglo-saxon, le droit suit une voie d'évolution complexe, *les centres de formation de la règle sont multiples et les solutions y sont rarement sûres.*<sup>503</sup> A la différence du droit français des contrats, composé par des normes législatives, en droit anglais, *le législateur n'est intervenu ... qu'avec une extrême réserve.*<sup>504</sup> *De rares lois seulement méritent, dans la théorie générale des contrats, d'être mentionnées.*<sup>505</sup>

En Angleterre, le droit créé par des juges (*judge-made law*),<sup>508</sup> est formé à partir de la jurisprudence et encadrée par la règle du précédent (*principle of stare decisis*). Cette dernière désigne moins un droit coutumier au sens technique que le principe consistant à appliquer la solution habituelle.<sup>509</sup> L'ensemble des précédents forment ainsi le cadre du droit des contrats. *La théorie du précédent impose au juge de suivre les précédents des juridictions qui lui sont supérieures. Les précédents ont une force obligatoire, contrairement à la pratique française, qui ne donne aux décisions antérieures qu'une force persuasive.*<sup>510</sup> La manière d'appliquer la loi est particulière en droit de *Common Law*. A la différence des juges dans le système de droit civil qui appliquent les normes légales au procès, ceux du système du *Common Law*, soit appliquent un droit déjà établi aux faits, soit décident le droit pour la première fois.<sup>511</sup>

---

<sup>493</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op. cit., p.53.

<sup>497</sup> Ibidem., p. 47.

<sup>498</sup> *Comme un tel système est peu susceptible d'évolution, le droit anglais, à l'occasion de certaines circonstances historiques, a développé un système parallèle à celui de la Common law proprement dite : le système de l'equity, dans lequel le pouvoir décisionnel remontait en dernier ressort au roi lui-même, par sa High court of Chancery. Il existait ainsi deux ordres juridictionnels plus ou moins parallèles.* V. TESTU (F.X.), *Contrats d'affaires 2010/2011*, Dalloz Référence, 1<sup>er</sup> éditions, Paris, 2010.

<sup>499</sup> TESTU (F.X.), *Contrats d'affaires 2010/2011*, op.cit.

<sup>501</sup> Voir DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit., p. 48.

<sup>502</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>503</sup> TESTU (F.X.), *Contrats d'affaires 2010/2011*, Dalloz Référence, op.cit.

<sup>504</sup> Voir DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit., p.50.

<sup>505</sup> Ibidem, p.50.

<sup>508</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>509</sup> *En Angleterre au Moyen-Age, les différends entre les personnes étaient résolus au cas par cas par le juge, en s'inspirant d'habitudes locales et de quelques débris du droit romain. Comme cette façon de faire risquait de produire d'incessantes contradictions, on a fini par considérer que la personne en situation de juger doit appliquer la solution déjà retenue par un précédent juge dans des circonstances similaires.* TESTU (F.X.), *Contrats d'affaires 2010/2011*, op.cit.

<sup>510</sup> Voir MORETEAU (O.), *Droit anglais des affaires*, op.cit.

<sup>511</sup> KURT (L.), « Un juriste anglais dans la Communauté européenne », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol n° 30, n°2, Avril-Juin 1978, pp. 493 et s. p.495.

En effet, le juge anglais n'est pas 'la bouche de la loi' à l'instar de son homologue français.

Le caractère jurisprudentiel du droit anglais est une particularité qui marque la différence avec le droit français, caractérisé par la rationalisation et la systématisation. En conséquence, le droit anglais ignore les classifications juridiques du droit continental. La structure du droit anglais des contrats est aussi très différente du droit vietnamien des contrats qui est composé de l'ensemble des normes applicables à tous les contrats.

## II) UN CORPS AUTONOME DU DROIT ANGLAIS DES CONTRATS

La souplesse du droit anglais des contrats ne permet pas d'établir un cadre stable. En effet, à la différence d'autres pays de Common Law,<sup>513</sup> l'Angleterre n'a pas codifié dans son ensemble son droit des contrats.<sup>514</sup> Ainsi, dans ce pays, il n'existe pas de droit codifié à l'instar du système de droit continental.

Le droit anglais n'adopte pas la structure qui consiste à classer les droits par branches distinctes telles que droit civil, droit commercial, droit administratif.<sup>515</sup> La catégorisation des droits n'est pas la même que dans le système du droit français. En effet, le droit anglais des contrats est constitué d'un corps de règles autonomes dont les catégories ne sont pas les mêmes que celles qui sont utilisées dans le système du droit « romano-germanique ». Il n'existe ni droit des obligations en raison de l'influence historique du droit anglais,<sup>516</sup> ni droit des personnes. Bien que le concept des contrats commerciaux n'est pas d'usage, il existe en droit anglais, des règles spécifiques pour ces contrats, *appliquées différemment en considération du fait que l'une des parties au contrat invoqué en l'espèce est un commerçant ou en considération du fait qu'il s'agit d'une opération de spéculation ou de crédit intéressant le commerce.*<sup>517</sup> Les normes du droit des biens et du droit des responsabilités civiles (*torts*) peuvent être invoquées par les juges en matière du contrat, lorsque cela est nécessaire.

On peut dire que l'autonomie du droit anglais des contrats est une particularité qui est en contraste avec la classification des droits dans la tradition de droit civiliste. En effet, en droit anglais, *la capacité de conclure un contrat est étudiée, pour cette raison, dans les livres sur les contrats, de même que la capacité délictuelle est étudiée dans les ouvrages relatifs aux délits civils (torts).*<sup>518</sup> Cette méthode présente deux principaux avantages, en premier lieu : *elle donne une vue plus réaliste de la grande variété des situations et permet de voir, du premier coup d'œil, les exceptions que comporte un soi-disant principe général,*<sup>519</sup> ensuite, elle permet de rassembler les règles concernant le contrat.

Cependant, la méthode présente un inconvénient qui est *celui de surcharger la matière à traiter à propos des effets du contrat, avec le danger que l'on se rende mal compte de ce qui, dans cette réglementation, peut être regardé comme règle générale et*

---

<sup>513</sup> *Indian Contracts Act, 1872, Ghana Contracts Act, 1960, le Restatement of the Law aux Etats-Unis*

<sup>514</sup> La Commission constituée en 1965 pour la mission de réforme systématique du droit des contrats a abandonné le projet du code unique pour l'Angleterre et l'Ecosse concernant la codification du droit des contrats, des quasi-contrats et d'autres matières connexes.

<sup>515</sup> Voir DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit., p.52.

<sup>516</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>517</sup> *Ibidem*, p.67.

<sup>518</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>519</sup> *Ibidem*, p.52.

*ce qui constitue une exception.*<sup>520</sup> En effet, en droit anglais, la distinction entre règle générale et règles pour les contrats spéciaux n'existe pas, pas plus que la catégorie de droit des obligations.<sup>521</sup> *Divisé en branches autonomes, le droit anglais des obligations apparaît souvent comme souffrant d'un certain manque de coordination de ses diverses branches.*<sup>522</sup> Par ailleurs, la doctrine anglaise n'accorde pas l'importance à la distinction des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire. *A fortiori*, la distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat n'est pas un élément majeur pour le mécanisme de responsabilité contractuelle en droit anglais, pour lequel *les obligations doivent être suffisamment déterminées et que leur exécution doit être possible.*<sup>523</sup>

*Le droit anglais est souvent perçu comme hostile aux concepts flous et malléables.*<sup>526</sup> *Ce constat est exact et témoigne de la primauté accordée à la sécurité juridique sur la flexibilité. Néanmoins il serait erroné d'affirmer que le droit anglais écarte tout concept juridique aux contours imprécis.*<sup>527</sup> En plus des divergences de structure et de forme, la logique économique, qui est le soubassement du droit anglais, est en contraste avec le droit vietnamien des contrats civils.

## **Paragraphe 2) La primauté de la logique économique du contrat**

Le droit anglais des contrats est conçu pour favoriser les transactions commerciales. La logique économique se retrouve dans toutes les étapes, de la formation, à la négociation et à l'exécution du contrat. Les intérêts des parties sont donc garantis par la sécurité juridique basée sur la rigueur de la force obligatoire du contrat (I). Cette rigueur se manifeste par une prédominance des termes du contrat sur l'intention des parties (II). Pour compenser la rigueur du droit, il est dispensable de laisser aux parties une marge de liberté des négociations précontractuelles (III) qui leur permet de trouver un compromis satisfaisant à leurs transactions. En droit anglais des contrats, seuls les engagements qui ont un intérêt économique sont considérés valables, ainsi la « *consideration* » est une condition de validité du contrat (IV). L'efficacité économique des sanctions de l'inexécution du contrat (V) confirme la logique économique de l'instrument contractuel en droit anglais.

### **I) LA SECURITE JURIDIQUE BASEE SUR LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT**

*L'Angleterre est une nation de boutiquiers, disait paraît-il Napoléon,*<sup>535</sup> dans le pays qui a tradition 'marchande', le droit doit être un instrument au service de l'efficacité économique. En raison de l'essor de la langue anglaise dans le monde et de

---

<sup>520</sup> Voir DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit., p.52.

<sup>521</sup> Ibidem, p.52. *Les procédures utilisées pour sanctionner les diverses obligations a empêché que l'on reconnaisse, dans son abstraction, la notion même d'obligation. L'action d'assumpsit, l'action de négligence, l'action de conversion, l'action de nuisance, l'action de trespass, etc. sont des délits civils. L'obligation n'intéresse le juriste anglais que lorsqu'il s'agit d'en fixer la sanction, de la déduire en justice.*

<sup>522</sup> Ibidem, p. 61

<sup>523</sup> Voir DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit., p. 198

<sup>526</sup> LAITHIER (Y.M), *Droit comparé*, op.cit., p. 100

<sup>527</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>535</sup> CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, op.cit., p. 190.

la spécialisation dans le domaine des contrats d'affaires, *le Royaume-Uni a fait de son droit un élément d'attractivité du territoire.*<sup>536</sup>

Inspiré par la conception économique, le droit anglais des contrats est caractérisé par des techniques souples et pragmatiques. Ainsi, la souplesse du droit permet aux parties de créer de nouvelles institutions, de trouver des solutions pour l'intérêt économique. L'influence de la jurisprudence, à travers le dynamisme et la souplesse de l'*Equity*, a fait du droit anglo-saxon un mélange de culture juridique dans lequel les concepts contractuels évoluent pour s'adapter aux besoins de l'économie. Le caractère jurisprudentiel de ce système est un élément déterminant pour son évolution et son caractère de pionnier dans le domaine économique.<sup>537</sup>

Le contrat du système anglo-saxon est souvent un modèle de référence dans les transactions internationales pour la rigueur dont il fait preuve. En effet, *la force du système anglo-américain réside dans sa capacité à sanctionner une partie qui n'aurait pas exécuté ses obligations contractuelles.*<sup>539</sup> La force obligatoire du contrat est un élément qui contribue à l'efficacité de l'instrument contractuel dans la vie des affaires.

La rigueur de la force obligatoire des contrats anglais reflète le fondement de la force exécutoire du droit de *Common Law*, ainsi, au Royaume-Uni, *le caractère exécutoire des décisions de justice ne peut subir aucune exception ni aucun tempérament. Elles sont assorties de véritables ordres ("contempt of Court") dont l'inexécution est passible de sanctions pénales.*<sup>545</sup> *Aujourd'hui encore, certains évoquent le « mercantilisme glacé »<sup>546</sup> des droits de Common Law.*<sup>547</sup> Cependant, cette qualité n'est avérée que dans le contexte du système *Common Law* dans lequel les principes de l'*Equity* sont appliqués par les juges pour tempérer la rigueur de la force obligatoire du contrat, pour *adoucir les conséquences contractuelles du défaut d'exécution du contrat, lorsque celles-ci sont manifestement déséquilibrées.*<sup>548</sup> Cette souplesse n'est pas adaptée dans le système de droit civil dans lequel le juge a moins de marges d'interprétation que son homologue anglais.

L'inconvénient de la souplesse du droit anglais des contrats est une définition peu rigoureuse des notions essentielles. En effet, la définition du contrat anglais *résulte d'une synthèse doctrinale qui reste discutée.*<sup>549</sup> *Dans une vision classique, on présentait seulement le contrat comme un ensemble d'engagements (promises) auxquels le droit donne un effet obligatoire.*<sup>550</sup> Le droit anglais des contrats, à la différence du droit français, n'est pas élaboré sur des définitions précises. Il s'agit d'un droit procédural, bâti sur les précédents de la jurisprudence. Il est rare de trouver dans ces derniers des arrêts de principe qui fournissent une définition précise du contrat. *La doctrine propose au moins trois définitions. Ces définitions dans une grande mesure se recoupent ; néanmoins elles reflètent des divergences d'approche qui mènent parfois à des résultats*

---

<sup>536</sup> CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, op.cit., p. 190.

<sup>537</sup> *Suivant certains auteurs, la culture juridique américaine, naturellement contestataire impulserait ce mouvement.* Voir MUIR-WATT (H.), *La fonction subversive du droit comparé*, RIDC, 2000, p. 503 et s.

<sup>539</sup> ZECEVIC (S.), « Le contrat de Common law, forces et faiblesses », in *La semaine juridique notariale et immobilière* n° 38, 17 Septembre 2004, pp. 1438 et s.

<sup>545</sup> *Ibidem.*

<sup>546</sup> TALLON (D.), Rapport sur le droit français, in « Remèdes », in *Le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise*, LGDJ, 1987.

<sup>547</sup> HOUTCIEFF (D.), « L'influence du droit anglo-saxon sur le droit français des contrats », p.7

<sup>548</sup> *Ibidem*, p.7

<sup>549</sup> TESTU (F.X.), *Référence contrats d'affaires*, Dalloz, 2010.

<sup>550</sup> *Ibidem.*

différents.<sup>551</sup> Par ailleurs, le droit anglais des contrats ignore la *conception d'ensemble*<sup>554</sup>, la *conception générale du contrat*,<sup>555</sup> et ne bénéficie pas des mérites pratiques d'une théorie générale des contrats qui stabilise les solutions.<sup>556</sup>

La rigueur du contrat est un élément nécessaire pour garantir la sécurité juridique dans le domaine des affaires. Dans l'approche de garantie de la sécurité juridique, *la lettre du contrat prime sur son esprit*.<sup>559</sup> Ainsi, en droit anglais des contrats, les termes du contrat ont une grande importance.

## II) LA PREDOMINANCE DES TERMES DU CONTRAT SUR L'INTENTION DES PARTIES

L'importance des termes du contrat peut être expliquée par l'absence du code écrit et l'absence de l'application du principe de bonne foi en droit anglais des contrats.<sup>560</sup> En effet, l'aspect pratique de ce droit est caractérisé par la primauté de la déclaration sur la volonté réelle. L'absence de normes structurées dans un code écrit fait ressortir la nécessité de prévoir par écrit dans le contrat tous les éléments dudit contrat. Dans cette approche, les parties au contrat sont supposées exécuter de manière loyale leur engagement conformément aux termes figurant dans le contrat. Les contrats anglo-saxons sont des documents souvent minutieusement élaborés, et *il y a souvent à apprendre des rédacteurs de contrats anglo-saxons, même s'il importe évidemment de faire la part des choses et de ne pas transposer telle ou telle option contractuelle sans réflexion sur le contexte*.<sup>563</sup> Il est habituel de trouver des contrats détaillés, sophistiqués en droit anglais.

Le droit anglais des contrats est spécifié pour le domaine des affaires dans lequel, les enjeux sont souvent importants. En effet, pour certains contrats, les parties sont prêtes à recourir aux services des juristes, *chargés de veiller à la rédaction de clauses aussi protectrices et précises que possible*.<sup>564</sup> Ainsi, toutes les éventualités doivent être étudiées pour ne rien laisser au hasard. Dans une certaine mesure, le contrat doit substituer au code, pour les contractants. Dans la pratique, *le juriste anglais, habitué à des dispositions législatives précises et détaillées, essaie toujours de retrouver le même degré de précision dans les contrats. Formé à l'approche casuistique, il cherche à prévoir toutes les situations possibles*.<sup>565</sup>

Lorsque les parties s'engagent dans un contrat, l'objectif recherché est l'exécution, de la part de son cocontractant, des termes du contrat. La promesse est l'élément concret au centre du contrat et *constitue le fondement de la théorie anglaise du contrat*.<sup>566</sup> Cependant, l'idée n'est pas d'obliger les parties à tenir leurs promesses mais de garantir la confiance légitime de la personne à qui la promesse est donnée. En effet, *vous devez indemniser celui qui subit un préjudice parce que vous n'avez pas agi comme, sur la foi de vos promesses, il pouvait légitimement compter que vous*

---

<sup>551</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit., p. 58.

<sup>554</sup> TREITEL (G.H.), *An Outline of the Law of Contract*, 6e éd., Oxford, 2004, p. 1-2, FURMSTON (M.), CHESHIRE, FIFOOT, *Law of Contract*, 15e éd., Oxford, 2007, p. 29.

<sup>555</sup> Ibidem.

<sup>556</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit., p.58.

<sup>559</sup> TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Presses Universitaire d'Aix Marseille, Aix en Provence, 2012, p. 70.

<sup>560</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>563</sup> TESTU (F.X.), op.cit.

<sup>564</sup> MORETEAU (O.), « *Droit Anglais des affaires* », op.cit., p. 8.

<sup>565</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>566</sup> MONTANIER (J.C.), *Le contrat en droit anglais*, Presses universitaires de Grenoble, 1999

agiriez.<sup>567</sup> Dans une perspective moderne plus fonctionnelle, le contrat est présenté comme l'accord créant les attentes raisonnables induites par les promesses réciproques des parties.<sup>568</sup> La confiance raisonnable des acteurs de la vie des affaires<sup>569</sup> est un élément central protégé par le contrat. Ainsi, la précision des termes de contrat implique aussi que les parties ne soient pas tenues à des obligations qu'elles n'auraient pas prévues. En effet, la théorie des 'implied terms' permet aux juges de compléter le contrat en imposant aux parties des obligations implicites.<sup>571</sup>

En raison de la prédominance des termes sur l'intention des parties, ces dernières doivent consacrer une attention particulière lorsqu'ils rédigent les contrats. La liberté pour mener les négociations pendant la phase précontractuelle est un avantage du droit anglais des contrats.

### III) LA LIBERTE DES NEGOCIATIONS PRECONTRACTUELLES

L'esprit pratique du droit anglais est manifesté dans les conditions de formation du contrat, notamment à travers l'absolutisme de la rétractabilité de l'offre<sup>572</sup> ainsi que dans le pragmatisme de la théorie des vices de consentement.<sup>573</sup> Spécifié pour les affaires, le droit anglais aménage la phase précontractuelle. Ainsi, les parties disposent d'une procédure qui leur permet d'analyser librement tous les aspects du futur contrat, sans pour autant, être liées.

Dans le droit des affaires, cette période est assortie d'une exclusivité limitée dans le temps. Au terme de cette période, les parties conviennent, soit de passer à la deuxième phase, c'est-à-dire la période contractuelle, soit de mettre un terme à leur relation juridique. L'aménagement d'une période précontractuelle avec exclusivité est généralement encadré dans une *term sheet* qui précise l'objet du contrat à venir, les aspects du contrat à étudier avant sa conclusion, les règles d'attribution de juridiction du futur contrat, ainsi que la période d'exclusivité. Lorsque cette période d'analyse très détaillée est achevée, les parties connaissent parfaitement l'objet du contrat, ce qui leur permet d'entamer avec la plus grande sécurité la deuxième phase, à savoir la période contractuelle.

A la différence du droit français, la rupture de la relation précontractuelle est une option pour les parties, le principe général de bonne foi n'est pas appliqué à cette étape.<sup>574</sup> Cependant, pour limiter les abus,<sup>575</sup> les juges peuvent invoquer les règles de « l'enrichissement injuste », le recours à la notion de « contrat collatéral ». Il est aussi possible d'appliquer le droit des *torts*, notamment *torts of negligence*, ou *breach of confidence*.<sup>576</sup>

---

<sup>567</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit anglais*, op.cit., p. 20.

<sup>568</sup> TESTU (F.X.), op.cit.

<sup>569</sup> MORETEAU (O.), *Le droit anglais des affaires*, op.cit., 2000, p. 13.

<sup>571</sup> TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op.cit., p.249.

<sup>572</sup> V. *Droit anglais*, sous la dir. de JOLOWICZ (J.A.), Dalloz, 1997, n° 177.

<sup>573</sup> RODIERE (R.) (sous dir.), *Les vices du consentement dans le contrat*, Paris, Institut de droit comparé de Paris, éd. Pedone, 1977.

<sup>574</sup> V. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op.cit., p. 34, note bas de page n° 94 et s. (Dans L'affaire *Walford v. Miles*, la réponse de Lord AKNER : « l'idée d'un devoir de poursuivre de bonne foi des négociations est en contradiction fondamentale avec la position d'adversaires qu'ont les parties lors des négociations »)

<sup>575</sup> V. CONINCK (B.de), in FONTAINE (M.), (sous la dir.), *Le processus de formation du contrat*, LGDJ, 2002, p. 66.

<sup>576</sup> V. BEATSON (J.), FRIEDMANN (D.), *Good faith and Fault in Contract Law*, OUP, 1995, p. 14.

#### IV) LA NOTION DE *CONSIDERATION* POUR LA VALIDATION DU CONTRAT

En droit anglais, le contrat est formé lorsqu'il y a une rencontre de l'offre et l'acceptation et lorsqu'il existe une *consideration*.<sup>578</sup> *La consideration apparaît ainsi comme étant, du point de vue juridique, une condition non simplement de validité, mais bien d'existence d'un engagement obligatoire en droit.*<sup>579</sup>

Pour l'idéologie libérale, le contrat est un moyen d'effectuer des échanges économiques, donc de créer de la richesse tant pour les parties que pour la société.<sup>580</sup> Le droit ne sanctionne pas toutes les promesses non tenues, tous les engagements pris. En conséquence, seuls les engagements qui présentent pour la société un intérêt particulier<sup>582</sup> *sont reconnus comme ayant un caractère juridiquement obligatoire.* Ainsi, en droit anglais des contrats, il est indispensable que les engagements doivent avoir une contrepartie, une *consideration* valable.<sup>583</sup> Cependant, l'idée n'est pas de rechercher l'équilibre contractuel, *le juge de Common Law vérifie l'existence d'une Consideration et non celle d'une contrepartie de valeur équivalente.*<sup>584</sup> En effet, le droit anglais des contrats est basé sur le principe du 'tout libéral', sous contrôle du juge. Ainsi, le contrat est l'affaire des parties, le rôle du droit est de donner un effet juridique à ce processus d'échange de promesses. La force obligatoire du contrat est basée sur les effets juridiques que le droit accorde à des opérations qui *intéressent le commerce, un bargain.*<sup>585</sup> *On a pu souligner que la protection de « l'expectation interest » est un élément caractéristique du droit des contrats.*<sup>586</sup>

Pour encadrer la liberté contractuelle, le rôle traditionnel du juge dans un système juridique de *Common Law* lui permet de rééquilibrer les obligations des parties de façon à aboutir à un résultat juste. Dans la pratique, il est rare que le juge accepte de modifier le contrat. Ainsi, *le droit anglais est plus soucieux de protéger la confiance raisonnable des acteurs de la vie des affaires que de rechercher les ressorts de leurs intentions véritables.*<sup>588</sup> Cet esprit responsabilise les parties qui doivent veiller sur les conséquences juridiques de leurs engagements contractuels.

#### V) L'EFFICACITE ECONOMIQUE DES SANCTIONS DE L'INEXECUTION DU CONTRAT

L'inexécution du contrat ou *breach of contract* est constatée dès *qu'une obligation prévue au contrat n'est pas dûment exécutée par celui à qui elle incombe.*<sup>589</sup> Le droit anglais protège les engagements ayant la qualité du *bargain* en dosant les sanctions selon l'efficacité économique de ces dernières. En effet, *le régime des sanctions de l'inexécution en Common Law dépendent en grande partie de leur efficacité (économique) respective. On a pu le vérifier tant à propos des sanctions unilatérales que des sanctions judiciaires.*<sup>591</sup>

<sup>578</sup> TESTU (F.X.), *Contrats d'affaires 2010/2011*, op.cit.

<sup>579</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit., p. 134.

<sup>580</sup> ATIYAH (P.S.), *An introduction to the Law of Contract*, op.cit. p. 3 et s.

<sup>582</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit., p. 134.

<sup>583</sup> Voir DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit., p. 102 et s.

<sup>584</sup> ROUGIER BRIERRE (G.), « Spécificité de la négociation et de la pratique contractuelle en Chine », op.cit., p. 159.

<sup>585</sup> Ibidem, p. 102 et s.

<sup>586</sup> TREITEL (G.H.), *An Outline of the Law of Contract*, 6<sup>e</sup> éd., Oxford, 2004, p. 5.

<sup>588</sup> MORETEAU (O.), *Le droit anglais des affaires*, op.cit., p.13.

<sup>589</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit., p.294.

<sup>591</sup> LAITHIER (Y.M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LCDJ, Paris, 2004, p.600.

Cette spécificité a contribué à la reconnaissance par les acteurs économique, de l'efficacité économique du droit anglais des contrats.<sup>592</sup> En effet, la volonté de chercher des solutions a fait du droit anglais des contrats, un droit des 'remèdes'. *Le régime des remèdes étant volontairement conçu de façon à ne pas faire obstacle à la création de richesse.*<sup>593</sup>

L'objectif de recherche de richesse n'exclut pas celui de l'efficacité ainsi, le contrat peut être résolu *si l'inexécution l'atteint dans son fondement, (goes to the root of the contract), celui-ci étant envisagé de façon aussi objective que possible,*<sup>595</sup> l'intention des parties a peu de rôle à jouer en droit anglais des contrats. *Le contrat peut être résolu dans le cas d'inexécution d'une condition, il ne peut l'être au cas d'inexécution d'une simple warranty.*<sup>596</sup>

A la différence du droit français, la responsabilité contractuelle n'est pas un mécanisme pour sanctionner l'inexécution du contrat. Le droit anglais ne recherche pas l'intention des parties, ni dans la phase de formation du contrat, ni dans celle de l'exécution. *On ne se soucie à aucun degré, en particulier de savoir si le contractant qui n'a pas exécuté ses obligations a commis ou non une faute. La notion de « faute contractuelle » ne joue pas de rôle dans le droit anglais.*<sup>597</sup>

L'inexécution n'est pas assimilée à une faute puisque le droit anglais reconnaît le concept de l'inexécution efficace (*effective breach*), la *possibilité d'anticiper l'inexécution avant l'échéance initialement convenue. Le droit anglais admet qu'il y a aussi inexécution s'il devient net, à un moment donné, qu'une partie n'exécutera pas, à la date prévue ses obligations, on parle de ce cas d'inexécution anticipée (anticipatory breach of contract).*<sup>598</sup> Deux cas d'inexécution anticipée existent : lorsqu'une partie manifeste la volonté de ne pas exécuter son obligation (*repudiation*), ou lorsque son comportement laisse savoir de manière certaine qu'elle ne peut pas exécuter son obligation.

La violation du contrat par une partie est sanctionnée en droit de *Common Law* par le devoir de paiement des dommages et intérêts par cette dernière. *Le régime de sanction doit être établi de façon à permettre une allocation efficace des ressources.*<sup>599</sup> En droit de l'*Equity*, le concept du 'raisonnable' (*reasonableness*)<sup>600</sup> est souvent utilisé pour distinguer *la volonté déclarée et la volonté réelle.*<sup>601</sup> Ce standard n'est pas lié à la notion de bonne foi. *Il possède cependant une fonction similaire à celle-ci ; c'est un outil à la disposition du juge qui lui permet d'interpréter la volonté des contractants, de sanctionner des comportements et d'inclure certaines clauses.*<sup>602</sup> Ainsi, les juges anglais peuvent recourir au concept 'd'attentes raisonnables' pour déterminer les responsabilités contractuelles.<sup>603</sup> Les sanctions de l'inexécution sont de

---

<sup>592</sup> MORETEAU (O.), *Le droit anglais des affaires*, op.cit., p.18.

<sup>593</sup> Ibidem, p.24.

<sup>595</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit. , p.297.

<sup>596</sup> Ibidem, p.297.

<sup>597</sup> Ibidem, p.294.

<sup>598</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit., p.295.

<sup>599</sup> HARRIS (D.), CABBELL (D.), HALSON (R.), *Remedies in Contract & Tort*, 2ème éd., London, Butterworth, 2002, p. 10.

<sup>600</sup> Sur le thème voir BROWNSWORD (R.), *Contract Law, Themes for the twenty-first century*, 2nde éd. OUP, 2006, p. 93 et s.

<sup>601</sup> TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op.cit.,p. 79.

<sup>602</sup> Ibidem, p. 82.

<sup>603</sup> TESTU (F.X.), *Contrats d'affaires 2010/2011*, op.cit.

trois types : *les dommages-intérêts, l'exécution forcée et l'injonction*.<sup>604</sup> Une spécificité anglaise par rapport au droit français : *la possibilité dans certaines circonstances de condamner le débiteur à restituer le profit obtenu grâce à l'inexécution de l'obligation contractuelle et le devoir de minimiser le dommage causé par l'inexécution du contrat*.<sup>605</sup>

Dans le système anglais, le concept de *frustration* permet au débiteur de s'exonérer de ses engagements. Cependant cette solution en *Equity* n'a pas la vocation de *secourir le contractant qui a fait une mauvaise affaire. Les cours n'en font application qu'avec beaucoup de réserve ; il faut vraiment que, à leurs yeux, l'identité du contrat ait été détruite*.<sup>611</sup> *Malgré les efforts faits par doctrine et jurisprudence, une grande confusion continue à régner dans la matière de la frustration of contract*.<sup>612</sup>

*En droit anglais, le centre d'intérêt est le contrat lui-même, avec sa signification économique. Tandis que le droit français exonère le débiteur de l'exécution de l'obligation contractuelle en cas de force majeure,*<sup>613</sup> *le droit anglais se concentre sur la cessation du contrat. En effet, ce qui retient l'attention n'est pas la situation particulière d'un des contractants, c'est le fait que l'opération que représentait le contrat ne peut pas être réalisée*.<sup>614</sup>

### **Paragraphe 3) Le rôle des juges et les avocats dans l'organisation judiciaire**

Le droit anglais des contrats est spécifique par son *caractère pratique qui lui permet de s'adapter à la riche diversité de la vie humaine. Ainsi, son objectif n'est pas d'établir la règle généralement applicable mais de donner la solution la plus juste au concret*.<sup>617</sup> Il revient aux juges de les élaborer sur la base des précédents et en fonction de la recherche de l'efficacité économique. L'importance du rôle accordé au juge est *au cœur d'une divergence des traditions, des opinions, des interprétations relatives à la création du droit de contrat*.<sup>618</sup>

Les juges et les avocats jouent un rôle central dans le système anglais dans lequel, les jurisprudences sont des sources de droit. En effet, le juge anglais a un pouvoir de création de droit, *ce qui permet de comprendre la suprématie des décisions jurisprudentielles sur la loi*.<sup>619</sup> L'importance de l'intervention du juge a un impact sur la *place reconnue aux volontés individuelles des parties au contrat et au contractualisme*.<sup>620</sup>

Selon une méthode inductive, le juge anglais cherche à savoir si une règle établie dans des circonstances proches ou qui présentent des points similaires à la situation

---

<sup>604</sup> ZECEVIC (S.), « Le contrat de *Common Law* forces et faiblesses », op.cit., pp. 1438 et s.

<sup>605</sup> LAITHIER (Y.M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LCDJ, Paris, 2004, p. 17.

<sup>611</sup> Ibidem, p.314.

<sup>612</sup> Ibidem, p.316.

<sup>613</sup> Article 1148 Code civil vietnamien de 2005..

<sup>614</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit., p.304.

<sup>617</sup> TESTU (F.X.), *Contrats d'affaires 2010/2011*, op.cit.

<sup>618</sup> Ibidem, p. 41

<sup>619</sup> ZECEVIC (S.), « Le contrat de *Common Law*, forces et faiblesses », op.cit., pp. 1438 et s.

<sup>620</sup> TERRE (F.), FITOUSSI (L.), « Prolégomènes », in TERRE (F.), *Pour une réforme du droit des contrats* (sous la dir.), Dalloz , Thèses commentaires, Paris, 2009, pp. 37 et s. p. 41.

concernée peut l'être dans cette dernière. Ainsi, les juges doivent faire connaître ces arguments de manière détaillée dans les recueils de jurisprudence, ce qui tranche avec les décisions des tribunaux français, dans lesquelles *l'importance des faits est cachée par la formulation et l'application d'une règle abstraite*.<sup>621</sup> Selon le système judiciaire britannique, les juges et les avocats anglais *doivent rechercher dans la masse des recueils de jurisprudence si un tel cas n'a pas été déjà jugé*.<sup>622</sup> *Si la question est nouvelle le tribunal peut s'inspirer du droit de Justinien (le dernier état du droit romain), et en l'absence de tout repère le juge suivra son propre sens de la justice, éclairé par les lumières de la morale et la prise en compte des usages sociaux*.<sup>623</sup> Cette complexité n'existe pas dans le mode de fonctionnement du système de droit civiliste. D'ailleurs, il est impossible pour les juges vietnamiens d'adopter la méthode inductive des juges anglais, l'organisation judiciaire au Vietnam ne convient pas à l'application de cette méthode.

Au cours des procès, les règles établies qui sont confrontées aux faits peuvent évoluer. La contrepartie de la souplesse du droit est le risque de l'incertitude juridique.<sup>625</sup> Par ailleurs les coûts des procès sont importants<sup>626</sup> et génèrent ainsi des inégalités des chances des parties<sup>627</sup> devant le tribunal. Les frais de justice sont exorbitants puisqu'il s'agit non seulement des coûts de procédures judiciaires mais aussi des honoraires des *lawyers*. L'importance et la puissance des *lawyers* dans le système de *Common Law* n'ont rien à voir avec celles de leurs homologues du droit civil.<sup>630</sup> Dans les relations contractuelles complexes impliquant les entreprises, il est indispensable d'avoir la présence d'avocats pour la rédaction des termes du contrat. *Les multiples règles impératives ou supplétives que le droit de contrat impose conduiraient à la rédaction de contrat préfabriqué, où les conventions régies par la Common Law seraient dégagées de tout carcan*.<sup>631</sup>

Au Royaume-Uni, les *lawyers* exercent leur profession de manière purement libérale et sont complètement au service de leurs clients. Ainsi, l'acte notarié dont le rôle est de préserver l'équilibre contractuel<sup>632</sup> dans les contrats, notamment en matière immobilière est une particularité française qui n'existe pas en droit anglais. En effet, le notaire français est un officier de l'Etat, chargé de faire appliquer la loi. Le notaire peut jouer un rôle utile dans le système vietnamien, dans lequel l'Etat intervient de manière active dans la mise en œuvre du droit des contrats.

---

<sup>621</sup> KURT (L.), « Un juriste anglais dans la Communauté européenne », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol n° 30, n°2, Avril-Juin 1978, pp. 493 et s. p.495.

<sup>622</sup> ZECEVIC (S.), « Le contrat de Common law, forces et faiblesses », op.cit., pp. 1438 et s.

<sup>623</sup> Ibidem, pp. 1438 et s.

<sup>625</sup> Ibidem, pp. 1438 et s.

<sup>626</sup> Ibidem, pp. 1438 et s.

<sup>627</sup> Ibidem, pp. 1438 et s.

<sup>630</sup> Ibidem, pp. 1438 et s.

<sup>631</sup> HOUCCIEFF (D.), *L'influence du droit anglo-saxon sur le droit français des contrats*, disponible sur le site [http://leblogdedimitrihoutcieff.blogspot.com/files/blog\\_-\\_droit\\_anglosaxon.pdf](http://leblogdedimitrihoutcieff.blogspot.com/files/blog_-_droit_anglosaxon.pdf), consulté le 8/10/2014.

<sup>632</sup> ZECEVIC (S.), « Le contrat de *Common Law* forces et faiblesses », op.cit., pp. 1438 et s.

## **Sous-section 2) L'apport des expériences du modèle français pour les réformes du droit vietnamien des contrats**

Le cadre juridique des contrats actuels dans le code civil vietnamien, présente des lacunes importantes. En effet, le droit civil a été élaboré sous contrainte de temps et d'impératifs politiques. Le travail de l'élaboration d'un nouveau code civil pour adapter le droit à la nouvelle constitution 2013 doit être l'occasion d'améliorer la qualité des lois, ce qui implique un changement dans la manière des législateurs de penser la loi. Le droit français et le droit vietnamien appartiennent au système de droit codifié. La richesse d'un droit connu pour le rayonnement de son code civil, tel que le droit français, peut être utile pour la rationalité de la structure du droit vietnamien des contrats (paragraphe 1). Les mécanismes en droit français qui permettent l'intégration des valeurs collectives dans le droit des contrats (paragraphe 2) sont des pistes de réflexion pour la construction d'un droit des contrats propres au Vietnam.

### **Paragraphe 1) La rationalité de la structure du droit vietnamien des contrats**

La société vietnamienne préfère plutôt de recourir aux pratiques coutumières que de l'application du droit. Il est nécessaire de rendre le droit compréhensible et clair pour inverser la tendance. La clarification des normes en droit des contrats (I) est un impératif pour la mise en œuvre du droit. Dans cette perspective, la théorisation du droit des contrats (II) est un travail de fond qui fournit des solutions à la mise en œuvre des normes abstraites.

#### **I) LA CLARIFICATION DES NORMES EN DROIT VIETNAMIEN DES CONTRATS**

Le législateur vietnamien a opté pour la technique de définition des règles avec précision, cela facilite les modifications ultérieures des normes. En effet, dans ce pays, le système juridique doit s'adapter à l'évolution constante de la politique. Pour cette raison, les légistes vietnamiens apprécient les efforts de regroupement et de synthèse du Code Napoléon qui facilite le travail de codification du droit. Cependant, les défaillances accumulées après deux décennies de la mise en œuvre du droit civil, révèlent les limites de la technique législative vietnamienne qui consiste à effectuer des réformes successives sans une révision en profondeur.

Le droit des contrats et le droit des biens sont les branches les plus concernées par l'évolution de la politique économique du Vietnam. A l'instar du droit français, le droit vietnamien appartient au système du droit continental. Dans ce système, *la structure est celle d'un ensemble de règles de droit écrites, susceptibles d'être ordonnées dans des recueils systématiques inspirés par des concepts juridiques fermes.* Ce système favorise la rationalité et la sécurité du droit lorsque l'interprétation judiciaire en respecte l'esprit.<sup>635</sup>

La technique du code civil allemand (*BGB*) a retenu l'acte juridique comme figure centrale, tandis que le droit des contrats de Common Law et le Code Napoléon sont

---

<sup>635</sup> WITZ (C.) « contrat ou acte juridique ? », in TERRE (F.), *Pour une réforme du droit des contrats* (sous la dir.), Dalloz, Thèses commentaires, Paris, 2009, pp. 31 et s. p. 53.

basés sur la convention ou le contrat.<sup>637</sup> Dans le BGB, la section consacrée au sein de la 'partie générale' aux actes juridiques est particulièrement volumineuse : elle comprend près d'une centaine de normes.<sup>638</sup> Ainsi dans ce système, il existe un cadre transversal des normes appliquées à l'ensemble des actes juridiques. L'inconvénient est dans le fait que les solutions aux problèmes de la formation du contrat doivent être recherchées dans la partie concernant les déclarations de volontés. En effet, *il est frappant de constater que le BGB, si friand de définitions légales, ne définit ni l'acte juridique, ni la déclaration de volonté.*<sup>640</sup>

Dans les codes qui sont basés sur le contrat, la réponse est plus simple, les dispositions concernant les conditions de la validité du contrat sont regroupées ensemble.<sup>641</sup> L'inconvénient de ce système est que les codes *ne fournissent pas de réponse directe aux difficultés suscitées par les actes juridiques unilatéraux.*<sup>642</sup>

C'est surtout en droit des contrats que le législateur vietnamien applique la technique pandectiste qui *se caractérise par la systématisation du droit romain et l'abstraction.*<sup>643</sup> Cependant, aux yeux de ce dernier, c'est la vision de régulation des relations sociales qui est prédominante dans le contrat. Ainsi, le code civil vietnamien définit à l'article 121 : « *le rapport civil est un contrat ou un acte unilatéral qui fait naître, qui modifie ou qui éteint des droits ou des obligations civiles* ». Dans le système vietnamien, le rapport civil est un concept important dans lequel est intégrée la notion du contrat tandis que, pour le BGB, le rapport civil est assimilé à l'acte unilatéral.

Les critères de formation du contrat sont essentiels pour la mise en œuvre du droit de contrat civil dans une société en pleine évolution comme celle du Vietnam. La sécurité juridique est une condition essentielle pour la garantie de l'efficacité des échanges économiques, objectif pour lequel les personnes s'engagent. Il est important que les personnes sachent à quel moment leur engagement devient juridiquement contraignant. Les parties au contrat, ainsi que le juge qui doit intervenir dans les cas litigieux, doivent pouvoir connaître les conditions d'un consentement libre, définies dans une procédure contractuelle. De ce point de vue, les normes actuelles du droit vietnamien des contrats sont insuffisantes.

Dans la technique de codification, il est courant que le législateur définisse soit en début du code, soit dans une des subdivisions, les dispositions préliminaires. Ces dernières ont une valeur de principes généraux ou directeurs. *Leurs fonctions peuvent être de valeur de symbole ou de façon plus normative.*<sup>644</sup> *Elles permettent de diffuser, dans la clarté et la transparence, l'essence de la matière et l'esprit qui l'anime. La*

---

<sup>637</sup> V. CROME (C.), « Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français », in *Le Code civil 1804-1904 livre du Centenaire*, réédition, Dalloz, 2004, présentation J.L. Halpérin, p. 587.

<sup>638</sup> WITZ (C.) « Contrat ou acte juridique ? », in TERRE (F.), op.cit., pp. 31 et s. p. 53.

<sup>640</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>641</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>642</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>643</sup> Par exemple, pour répondre à la question de savoir si l'on peut prétendre à tel ou tel droit, il faut trouver la ou les normes juridiques qui entraînent les conséquences juridiques recherchées. Ensuite il faut déterminer pour chaque norme les conditions requises ou éléments constitutifs. Enfin, il faudra tirer les conséquences juridiques et l'application des conditions requises par la norme aux faits soumis V. GAUDEMET (J.), « Pandectes ou Digeste » et « Pandectistes », in *Encyclopaedia Universalis*, V.SAVIGNY (F.C. von), *Le traité de droit romain*, Ed. Panthéon Assas, Coll. Les introuvables, Paris, 2002. ; voir note n°2, WITZ (C.) « Contrat ou acte juridique ? », in TERRE (F.), (sous la dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, op.cit.

<sup>644</sup> CABILLAC (R.), *les codifications*, PUF, 2002, p. 145 et s.

*pédagogie accompagne le symbole.*<sup>645</sup> Les dispositions préliminaires contribueront certainement à la clarté du droit des contrats civils en émergence au Vietnam.

Le droit français ainsi que le droit vietnamien distinguent le régime du contrat civil et contrat commercial. *Le code civil lui-même réserve la possibilité d'un régime particulier relativement à ces contrats.*<sup>646</sup> Le législateur a créé des catégories de contrats considérés comme usuels dans les relations sociales et économiques, pour que les parties *peuvent assez aisément retenir la qualification adéquate et bénéficière, du régime juridique fixé qui en découle, lorsqu'ils créent une relation contractuelle.*<sup>647</sup> Cependant, la nouveauté relative du droit vietnamien des contrats n'a pas permis d'apporter les éléments nécessaires et utiles à la mise en œuvre des principes généraux.

## II) LA THEORISATION DU DROIT DES CONTRATS

La définition du contrat dans le code civil vietnamien a repris le concept rationnel de l'article 1101 du code Napoléon. Ainsi le contrat est *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.*<sup>648</sup> Dans le code civil vietnamien, le droit des contrats est rattaché au droit des obligations civiles, ainsi les conditions de validité du contrat sont assimilées à des règles de validité des obligations.

La tradition de théorisation du droit français peut être une source d'inspiration pour la théorie juridique naissante au Vietnam. En effet, *il existe en droit français, une théorie générale des contrats, c'est-à-dire un ensemble de règles éprouvées, fixées par le législateur ou élaborées par la jurisprudence avec l'aide de la doctrine, qui valent pour les contrats en général, indépendamment de leur nature particulière.*<sup>651</sup> Le droit français accorde une attention particulière à la théorie générale des contrats, appliquée à l'ensemble du contrat. Ainsi, en droit des contrats, *il existe des règles qui s'appliquent, de façon générale, à tous les contrats*<sup>652</sup> et des règles spéciales. Les dernières priment sur les premières lorsqu'elles existent et uniquement si elles existent. Ainsi, les règles générales peuvent être complétées ou ne pas être appliquées dans les '*contrats spéciaux*', tels que la vente, le louage, l'assurance...<sup>653</sup>

L'élaboration d'une théorie générale du droit des contrats permet de cerner le contour de la liberté individuelle à laquelle la loi reconnaît sa pleine importance. Or, la nouvelle constitution vietnamienne a confirmé la consécration des droits de l'homme et du citoyen. Cette reconnaissance *constitue la source fondamentale de la théorie de l'autonomie de la volonté*<sup>654</sup> qui est au cœur du droit de contrat.

Les règles élaborées à partir de la théorie générale du contrat sont des principes fondamentaux pour la pratique contractuelle. Leur reconnaissance, dans une perspective pratique de ces règles contractuelles, est une démarche d'importance pour contribuer à la clarification des normes. En effet, ces *principes seront toujours rappelés dans le*

<sup>645</sup> VINCELLES (C.A de) « Les principes généraux relatifs au droit des contrats ? », in TERRE (F.), *Pour une réforme du droit des contrats* (sous la dir.), Dalloz, Thèses commentaires, Paris, 2009, pp.113 et s. p.113.

<sup>646</sup> Voir DAVID (R.), op.cit.,p. 51.

<sup>647</sup> MALLET-BRICOUT (B.), « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil », *R.I.D.C4-2004*.

<sup>648</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais, 2è édition*, LGDJ, Paris, p.58

<sup>651</sup> TESTU (F.X.), *Contrats d'affaires 2010/2011*, op.cit., p.1.

<sup>652</sup> Voir DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit.,p. 51.

<sup>653</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>654</sup> LAJOYE (C.), « De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *C.R.D.F.* n° 1, 2002, p. 117 et s.,p.122.

*dessein de rendre perceptible le cadre juridique qui permet d'éclairer les options rédactionnelles éventuelles, spécifiques à chaque contrat.*<sup>655</sup>

Par ailleurs, la théorie générale est une présentation simplifiée de la réalité, dans ce sens elle est un instrument d'enseignement utile pour les praticiens du droit, comme pour les étudiants. Ces théories sont des *instruments d'enseignement irremplaçables ; ce qui leur permet de jouer un rôle didactique.*<sup>658</sup> Le terme « contrat » en vietnamien, « Hợp đồng », signifie textuellement le rassemblement et la convergence des volontés. Dans ce sens, la théorie générale du droit de contrat permet d'identifier l'élément central du contrat : l'accord de volonté qui crée des règles juridiques<sup>659</sup> et qui est *l'élément subjectif essentiel du contrat, sans lequel il ne pourrait pas exister.*<sup>660</sup> Il s'agit de l'intérêt propre des parties lorsqu'elles s'engagent, la raison ou encore 'la cause de leur engagement.'<sup>661</sup> Ainsi, le respect de la parole donnée est la suite logique des accords de volonté. En conséquence, il est un devoir moral de respecter la force obligatoire du contrat lorsque l'on a librement consenti à l'engagement.

La définition des obligations dans le code civil vietnamien est quasi similaire à celle du droit français, il s'agit du « lien de droit par lequel une personne déterminée est tenue, envers une autre personne déterminée, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose. »<sup>664</sup> Il existe, cependant, une différence, ainsi l'obligation civile est le fait d'une ou plusieurs personnes (débiteurs) qui doit transférer une chose, un droit, effectuer un paiement ou un document de valeur, faire ou ne pas faire une chose déterminée dans l'intérêt d'une ou plusieurs personnes (créanciers). Le législateur a utilisé le terme 'fait' au lieu de 'lien de droit' pour définir l'obligation. On peut se demander si le législateur veut éviter les concepts trop abstraits pour être saisis par les praticiens du droit.

Le droit français des contrats est rattaché au droit des obligations. C'est dans des livres traitant en général des obligations, que l'on trouve étudié comment naissent, sont interprétées, vivent et disparaissent certaines obligations, celles qui découlent d'un contrat.<sup>665</sup> A partir de la théorie des obligations, les principes fondamentaux ont été élaborés. Ces dernières contribuent à l'appréhension du droit dans les autres matières. Les notions essentielles nécessaires pour la clarification du droit sont aussi formées dans le domaine de la théorie des obligations.<sup>666</sup>

Le droit français des obligations pourrait être des références pour le droit vietnamien des contrats. En effet, l'existence d'une théorie générale des obligations est une base qui permet de créer des agencements juridiques efficaces, répondant à des objectifs précis,<sup>667</sup> notamment avec des mécanismes tels que la délégation, la stipulation pour autrui. Le droit vietnamien des contrats gagnera en termes de cohérence et de

---

<sup>655</sup> TESTU (F.X.), *Contrats d'affaires 2010/2011* op.cit., p.1.

<sup>658</sup> PIMONT (S.), « Peut-on réduire le droit en théorie ? », *RTD civ.* 2009, p. 417 et s.

<sup>659</sup> V. ANCEL. (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Rev. trim. dr. civ.*1999, qui reproche à la présentation habituellement donnée du contrat de ramener sa force obligatoire à la création d'obligations par les parties. Pour lui, au-delà de la création d'obligations, le contrat a essentiellement un effet normatif. Adde.

<sup>660</sup> GHESTIN (J.) « Le contrat en tant qu'échange économique », in *Revue d'économie industrielle*. Vol. 92. 2e et 3eme trimestres 2000, pp. 81 et s., p. 86.

<sup>661</sup> Ibidem, , p. 86.

<sup>664</sup> Article 280 Code civil vietnamien de 2005.

<sup>665</sup> Voir DAVID (R.), op. cit., p. 51.

<sup>666</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.L.), *Les Obligations*, tome 1 : *L'acte juridique*, Armand Colin, 7e éd. 1996, n° 61.

<sup>667</sup> MALLET-BRICOUT (B.), « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil », *R.I.D.C4-*2004.

clarification en associant le droit des obligations qui constitue une *terre d'élection de la discussion juridique - plus qu'ailleurs*.<sup>669</sup> Le droit des obligations peut suivre l'évolution de la politique économique sociale du pays. En général, *le droit des obligations dépend, tout à la fois, et d'une certaine situation de fait et d'une manière d'idéal*.<sup>670</sup>

Le droit des obligations est à l'image des institutions politiques et du régime qui l'ont créé et traduit *une certaine philosophie de la vie sociale*.<sup>671</sup> En effet, les règles du droit des obligations reflètent la politique sociale que les législateurs veulent établir dans *les rapports entre les hommes et les rapports de ceux-ci avec la société*.<sup>672</sup> Puisque *le droit – celui des obligations comme tout autre – décrit et organise les rapports entre les hommes*, il est utile de consacrer une place au droit des obligations dans le code civil vietnamien. Ainsi, les légistes pourront y introduire les principes essentiels, s'inspirant des valeurs qu'ils privilégient.

## **Paragraphe 2) L'intégration des valeurs collectives dans le droit des contrats**

Le droit des contrats n'est pas neutre et reflète les valeurs introduites par le législateur. La justice distributive du droit des contrats est un des principes généraux du système français. (I) L'objectif social est pris en compte dans le choix des sanctions de l'inexécution des contrats (II), mais aussi à travers la restriction de la liberté contractuelle.(III) Par ailleurs, le juge intervient dans ce sens par le recours au principe de bonne foi pour l'interprétation des contrats.(IV)

### **I) LA JUSTICE DISTRIBUTIVE DU DROIT DES CONTRATS**

Pour l'idéologie libérale, le contrat est un moyen d'effectuer des échanges économiques,<sup>675</sup> cependant, *ce qui est libre n'est pas toujours juste*.<sup>676</sup> L'Etat en tant que garant de l'équilibre de la redistribution des ressources, intervient en fixant *des limites à la liberté contractuelle dans le souci de parvenir à une plus grande justice sociale*.<sup>677</sup> En effet, le contrat ne peut définir seul, la répartition des intérêts entre les parties. A la différence du droit anglais qui privilégie l'efficacité des transactions économiques, *le droit français est plus étroitement lié à l'équilibre social ; il est soucieux d'établir des règles de comportement, envisage plus volontiers le premier aspect de l'obligation : le devoir juridique qu'elle impose à chaque partie*.<sup>678</sup> En effet, dans le système français, par le biais des principes de sécurité juridique et de coopération,<sup>679</sup> le contrat est l'instrument essentiel pour la mise en œuvre de la liberté

---

<sup>669</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.L.), *Les Obligations*, tome 1 : *L'acte juridique*, Armand Colin, 7e éd. 1996, n° 64.

<sup>670</sup> Ibidem, n° 61.

<sup>671</sup> Ibidem, n° 61.

<sup>672</sup> *Ainsi la règle de droit peut-elle être considérée comme un mode de mise en œuvre d'un projet politique particulier*. Voir AUBERT (J.L.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Collin, Paris, 2004.

<sup>675</sup> ATIYAH (P.S.), *An introduction to the Law of Contract*, op.cit., p. 3 et s.

<sup>676</sup> LAITHIER (Y.M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LCDJ, Paris, 2004, p.26.

<sup>677</sup> Voir H.COLLINS, *The law of Contract*, 4<sup>ème</sup> éd., London, Butterworths, 2003, p. 9.

<sup>678</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, 2<sup>e</sup> édition, LGDJ, Paris, p.53.

<sup>679</sup> GHESTIN (J.) « Le contrat en tant qu'échange économique », in *Revue d'économie industrielle*. Vol. 92. 2e et 3eme trimestres 2000, pp. 81 et s.,p. 91.

des citoyens.<sup>680</sup> Ainsi, le droit français des contrats est régi par les principes de liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat et de bonne foi.

L'article 8 du code civil de 2005 précise que l'exercice des droits civils et l'exécution des obligations civiles sont soumis à l'exigence de préservation de l'identité nationale, de respect et de promotion des bonnes mœurs, des coutumes, des belles traditions, de la solidarité et de la fraternité ainsi que du principe 'chacun pour la communauté, la communauté pour chacun'. Dans le système vietnamien, le contrat n'est valide que si les obligations sont conformes aux normes légales mais aussi à l'éthique sociale. La justice sociale ainsi que les valeurs de la culture traditionnelle sont des éléments importants aux yeux du législateur vietnamien qui s'orientent vers un droit des contrats qui range *la justice distributive parmi ces finalités*.<sup>685</sup>

La construction d'un droit des contrats qui soit adapté à la situation de transition économique est au centre des chantiers de réforme juridique. En effet, le législateur doit chercher un équilibre entre la politique de l'ouverture économique et celle de la cohésion sociale. Ce compromis est un principe central pour l'élaboration des normes en droit vietnamien des contrats. Le souci de l'équilibre social du droit français des contrats est plus proche des objectifs des législateurs vietnamien. Ce souci peut aussi se traduire à travers la manière dont le législateur sanctionne l'inexécution du contrat.

## II) LE CHOIX DES SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION DU CONTRAT

La sanction contractuelle est prévue en cas de l'inexécution des obligations de part des parties. La sanction juridique est basée sur l'identification des causes de l'inexécution, qu'elles soient imputables au débiteur ou non. La solution peut être une exécution forcée ou une réparation sous forme de dommages et intérêts. Ces deux formes de sanction contractuelle sont utilisées de manière différente dans les systèmes de droit de *Common Law* et de droit Civiliste. En effet, il existe un grand débat théorique entre la sanction de l'inexécution du contrat sous forme de l'exécution forcée primée en droit français et la réparation en nature privilégiée en droit britannique.

A la différence du droit anglais des contrats qui privilégie la sanction de l'inexécution par les indemnités, l'exécution forcée est le principe en droit français. La force obligatoire, interprétée à travers l'article 1834 du code civil français, est souvent assimilée à l'intangibilité du contrat. La sanction de l'inexécution n'est pas envisagée comme une punition mais la conséquence juridique d'un manquement à l'obligation du contrat. C'est dans ce sens que le droit doit être appliqué dans la vie courante de manière effective. La manière dont le droit sanctionne l'inexécution a un impact sur le comportement des partenaires contractuels et, en conséquence, sur la prévisibilité du contrat. Le législateur peut, à travers ces mesures, inciter des parties à respecter leurs obligations contractuelles, ou protéger les intérêts du créancier. *L'interventionnisme étatique dans le jeu des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*<sup>687</sup> doit avoir un but précis : rechercher l'efficacité du droit de contrat. *Mesurer l'effectivité du droit, c'est mesurer son utilisation réelle*.<sup>688</sup> Ainsi, en pratique, *ce qui préoccupe le juge, et ce qui doit préoccuper le théoricien français, anglais est la détermination des cas dans lesquels l'exécution forcée en nature est préférable aux autres sanctions*.<sup>689</sup>

---

<sup>680</sup> HAYEK (F.), « Droit, législation et liberté », t.2, « Le mirage de la justice sociale », 1976, trad. par R.AUDOIN, PUF, Paris, 1995, p. 131.

<sup>685</sup> LAITHIER (Y.M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LCDJ, Paris, 2004, p.26.

<sup>687</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>688</sup> Sur le caractère évaluatif du concept d'effectivité, Voir LASCOUSMES P. in ARNAUD (A.J.), *Dictionnaire encyclopédie de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 1993.

<sup>689</sup> LAITHIER (Y.M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op.cit., p.92.

En droit vietnamien, le contrat est un mécanisme d'organisation des rapports civils basé sur le respect de l'engagement donné. Dans ce sens, le principe de la responsabilité civile du code civil vietnamien accorde la primauté à l'exécution forcée. *Les parties doivent exécuter avec diligence leurs obligations civiles et sont personnellement responsables de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de leurs obligations. En cas d'inexécution volontaire, il est possible de recourir à l'exécution conformément aux dispositions légales.*<sup>690</sup> Au Vietnam les relations civiles sont limitées à des transactions concernant la vie quotidienne. En conséquence, la vision du contrat en tant qu'instrument de maximisation de richesse est minimisée dans les contrats qui sont majoritairement des contrats civils.

La science juridique est nouvelle pour la population vietnamienne. Ainsi, les parties au contrat sont souvent démunies de connaissance en matière de droit des contrats. Les juges sont obligés de tenir compte de cette situation dans les contentieux qui impliquent les contrats. En effet, l'application stricte des dispositions du contrat a parfois des conséquences graves pour des familles entières. Au Vietnam, même *une banale vente immobilière prend une autre dimension si le bien sert de logement familial.*<sup>691</sup>

La loi vietnamienne n'autorise l'exécution forcée que dans le cas d'inexécution volontaire du débiteur. Cependant, la loi ne précise pas les critères qui permettent d'identifier l'imputabilité de la responsabilité au débiteur du contrat. L'exemple des références françaises dans ce domaine est riche : *la gradation s'étend de la faute simple, à la faute intentionnelle, avec entre les deux extrêmes une gamme de nuances... La palette des comportements est large, qui va du débiteur malchanceux, au débiteur imprudent, inconstant, désinvolte, malveillant ou guidé par l'appât du lucre, soit qu'il ne veuille pas s'appauvrir, soit qu'il veuille s'enrichir.*<sup>692</sup> Ces éléments peuvent enrichir la matière de responsabilité contractuelle en droit vietnamien des contrats. En effet, dans ce domaine, *plus les sanctions sont en adéquation à leur propre finalité, plus elles sont efficaces.*<sup>697</sup>

*Pour évaluer l'efficacité d'un acte ou d'une action, il faut donc au préalable déterminer les fins posées et examiner ensuite l'aptitude du moyen utilisé pour atteindre les objectifs visés.*<sup>698</sup> Ainsi, pour choisir entre la solution de l'exécution forcée ou du versement des indemnités, la prise en compte de l'impact du manquement de l'obligation contractuelle est nécessaire. *Par exemple, les dommages-intérêts versés en cas d'inexécution du contrat constituent une sanction efficace s'ils réparent correctement le préjudice directement causé par le manquement du débiteur.*<sup>699</sup> Dans la pratique, les juges vietnamiens ne maîtrisent pas toujours les techniques de sanctions contractuelles et choisissent la solution radicale d'annuler le contrat. La loi régleme les pratiques contractuelles pour des fins d'intérêt général, même si cela consiste à limiter les libertés des parties au contrat.

---

<sup>690</sup> Article 7 code civil vietnamien de 2005.

<sup>691</sup> Voir H. COLLINS, *The law of Contract*, 4<sup>ème</sup> éd., London, Butterworths, 2003, p. 30.

<sup>692</sup> LAITHIER (Y.M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op.cit.p. 2.

<sup>697</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>698</sup> OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Paris, Dalloz, 2002, n° 18, p. 31.

<sup>699</sup> LAITHIER (Y.M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op.cit. p.19.

### III) LES LIMITES DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE DES PARTIES

En droit des contrats, en général, la loi intervient souvent pour définir *un seuil minimum en-deçà duquel la résolution judiciaire ou unilatérale, est inaccessible.*<sup>700</sup> La résolution n'est autorisée que pour les atteintes aux obligations essentielles ou celles qui sont fondamentales pour le contrat, ou lorsque l'inexécution *prive substantiellement l'une des parties de l'avantage escompté de l'exécution du contrat.*<sup>701</sup> Certains systèmes juridiques encadrent ces principes de façon plus souple en disposant que *le contrat ne peut être résolu si le manquement est mineur,*<sup>702</sup> *ou de faible importance.*<sup>703</sup>

Le droit français reconnaît au juge le pouvoir d'appréciation de l'intérêt du créancier dans la décision de résolution du contrat. Ainsi, *pour systématiser la jurisprudence française relative au degré de gravité requis, la doctrine s'appuie sur le critère de l'utilité économique.*<sup>704</sup> Les expériences de la pratique jurisprudentielle et les doctrines françaises concernant cette question peuvent être des références pour l'élaboration d'une base légale pour les résolutions judiciaires des contrats qui sont souvent laissées à l'interprétation arbitraire des juges.

L'intention des parties au contrat de gérer *ex ante* les responsabilités contractuelles peut se faire sous forme d'une clause forfaitaire de dommages-intérêts. *Le but est d'échapper aux aléas de l'évaluation judiciaire du préjudice, et le cas échéant, de limiter la responsabilité encourue par le débiteur si le forfait a une valeur inférieure à celle du dommage réel.*<sup>707</sup>

Dans le système anglais, *en cas d'inexécution, la somme forfaitaire est due, que son montant est inférieur à la valeur du dommage causé.* Le juge n'intervient pas pour contrôler la valeur de ces montants, qualifiés de « *liquidated damages* », mais plutôt pour vérifier que ces montants ne sont pas insérés dans *le contrat à des fins comminatoires et punitives.*<sup>710</sup>

En droit français, les clauses pénales sont encadrées<sup>711</sup> par la loi. Ainsi, le juge peut intervenir pour modérer ou pour augmenter *la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire.*<sup>712</sup> Par ailleurs, pour défendre leurs intérêts, les parties peuvent intégrer dans le contrat des clauses qui limitent leurs responsabilités contractuelles. *Le sort de ces clauses, en Common Law n'est pas fondamentalement différent de celui qu'elles subissent en droit français ; leur validité et leur efficacité sont fréquemment remises en cause par le législateur et par le juge.* Ces clauses limitatives peuvent être déclarées nulles, ou interprétées de manière restrictive par les juges. Parfois, l'intervention peut s'effectuer par *le recours aux notions d'obligation essentielle, d'ordre public, de faute dolosive ou lourde, ou d'« unconscionability ».*<sup>713</sup> En droit français, le principe de bonne foi peut être utilisé par le juge pour interpréter les contrats.

<sup>700</sup> Voir TREITEL (G.H.), *Remedies for Breach of Contract, A comparative account*, Oxford, B. Blackwell, 1986, n° 260.

<sup>701</sup> Ibidem.

<sup>702</sup> Directive 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, art. 36.

<sup>703</sup> LAITHIER (Y.M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op.cit., p. 304.

<sup>704</sup> GHESTIN (J.), « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, 2000, p. 81, spéc. n° 6, p. 84.

<sup>707</sup> Ibidem, p. 431.

<sup>710</sup> Sur la définition des « *liquidated damages* » et leur distinction avec « *penalties* », V. en droit anglais ATYAH (P.S.), *An introduction to the Law of Contract*, 5<sup>ème</sup> ed., Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 434.

<sup>711</sup> Article 1152 code civil français.

<sup>712</sup> LAITHIER (Y.M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op.cit., p. 431.

<sup>713</sup> Ibidem, p. 431.

#### IV) LE PRINCIPE DE BONNE FOI DANS L'INTERPRETATION DE CONTRAT

L'esprit de coopération et de solidarité est un élément important dans la relation sociale au Vietnam. En conséquence, cet esprit est intégré dans les principes généraux concernant les obligations<sup>714</sup> ainsi que dans les principes fondamentaux du code civil. Le principe de bonne foi, reconnu comme un des principes fondamentaux dans les relations entre particuliers, fait partie des principes de formation du contrat,<sup>715</sup> et aussi de l'exécution du contrat.<sup>716</sup>

En droit anglais, l'existence du devoir de bonne foi est déniée non seulement lors des négociations, mais plus généralement pendant la formation et même l'exécution du contrat.<sup>717</sup> Dans l'approche du droit français des contrats, la bonne foi n'est pas assimilée uniquement à l'absence d'intention malveillante ou l'exigence d'honnêteté ; il s'agit d'un instrument qui permet aux juges d'appliquer certains concepts de justice contractuelle, notamment pour apprécier les résultats auxquels conduit l'exercice du droit de créance.<sup>729</sup> Ainsi, le concept de « bonne foi » peut être utilisé par le juge comme norme d'interprétation du contrat. Elle guide les juges lorsqu'ils doivent, en l'absence de stipulations claires, donner un sens aux termes de l'engagement.<sup>730</sup>

Le fondement du principe de bonne foi en droit français<sup>731</sup> n'est pas incompatible avec l'exigence de l'efficacité économique des échanges.<sup>732</sup> En effet, le devoir de bonne foi est compatible avec les principales règles gouvernant le régime de minimisation du dommage.<sup>733</sup> Dans une acception dynamique, la bonne foi implique une obligation de coopération qui exige une attitude positive des parties qui ne recherchent pas uniquement leurs intérêts aux dépens de leurs cocontractants. Cela n'ôte pas à la bonne foi sa « résonance morale ». <sup>734</sup> La recherche d'efficacité va de pair avec cette forme de loyauté sanctionnant la passivité déraisonnable du créancier.<sup>735</sup>

Selon le principe de bonne foi, certaines obligations doivent être imposées aux parties du contrat. En effet, l'inexécution du contrat s'identifie le plus souvent à l'inexécution des obligations.<sup>738</sup> Ces dernières résultent du contrat même mais peuvent aussi découler de dispositions générales régissant un type de contrat nommé que l'accord de volonté rend applicable.<sup>739</sup> Il s'agit notamment de l'obligation de sécurité

---

<sup>714</sup> Article 283 code civil vietnamien de 2005.

<sup>715</sup> Article 389 du code civil vietnamien de 2005.

<sup>716</sup> Article 412 du code civil de 2005 précise que les parties doivent avoir un comportement honnête, coopératif pour la recherche de l'intérêt mutuel.

<sup>717</sup> TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op.cit., p. 48.

<sup>729</sup> BENABENT (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat. Rapport français », in *La bonne foi*, TAHC, Paris, Litec, 1991, p. 291, spéc. p. 299.

<sup>730</sup> TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op.cit., p. 256.

<sup>731</sup> HANOTIAU (B.), « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », *RDAl* 1987, p. 393.

<sup>732</sup> LAITHIER (Y.M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LCDJ, Paris, 2004, p.445.

<sup>733</sup> Ibidem, p.446.

<sup>734</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil, les obligations*, 22<sup>ème</sup> éd. Paris, PUF, coll. Thémis, 2000.

<sup>735</sup> Voir COLLINS (H.), *The Law of Contract*, 4<sup>ème</sup> éd., London, Butterworths, 2003, p. 418.

<sup>738</sup> BUCHER (C.E.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, Nouvelles bibliothèques de thèse, Paris, 2011, p. 67.

<sup>739</sup> L'obligation de garantie dans la vente qui consiste à livrer une chose non atteinte d'un vice la rendant impropre à l'usage.

dans les contrats de transport,<sup>740</sup> de l'obligation d'information et de conseil<sup>741</sup> dans les contrats dont l'une des parties est un professionnel,<sup>742</sup> ou de l'obligation de renégocier le contrat dans les contrats complexes. Le fondement de l'application des obligations qui ne sont pas mentionnées par le contrat, se trouve dans l'article 1134, alinéa 3. Ce dernier dispose que *les conventions doivent être exécutées de bonne foi* et dans l'article 1135 du même code : *les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé mais encore à toutes les suites de l'équité, que l'usage ou la loi donnent à l'obligation ou dans les principes dont s'inspirent ces articles.*<sup>743</sup>

En raison de la nouveauté du droit vietnamien des contrats civils, les juges ne disposent pas suffisamment des retours d'expériences de la mise en œuvre du droit. En effet, les jurisprudences ne font pas l'objet d'études et de critiques de la doctrine, d'autant plus qu'elles sont réservés uniquement à l'enseignement dans les écoles de magistratures. Dans la pratique, il est rare que le juge procède à l'application des principes généraux pour trancher les litiges ; il se contente des textes normatifs qui ne sont pas toujours suffisants. En conséquence, le raisonnement juridique n'est pas toujours cohérent et structuré. Les références des jurisprudences du droit français en ce qui concernant le recours aux principes généraux pourraient être bénéfique pour la réflexion sur les réformes juridiques vietnamiennes en la matière.

---

<sup>740</sup> *L'obligation de sécurité a été adjointe à certains contrats et tout particulièrement au contrat de transport, a été étendue à de nombreux autres contrats, elle a été mise à la charge d'entrepreneurs d'activités sportives ou ludiques, d'hôteliers et de restaurateurs, de vendeurs.* V. VINEY (G.), JOURDAIN (P.), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 3<sup>ème</sup> éd. LGDJ, 2006, p. 453 et s.

<sup>741</sup> Sur la question voir FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, « Bibl. dr. Pr. », t. 221, 1992.

<sup>742</sup> BUCHER (C.E.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, thèse précitée. p. 70.

<sup>743</sup> *Ibidem*, p. 69.

# CONCLUSION : TITRE 1

Le droit français a connu un rayonnement dans le monde en tant que système exportable dans les autres pays. *Sur le plan technique (ou pratique), le modèle français est en effet souvent en adéquation avec les attentes des réformateurs étrangers.*<sup>744</sup> Le modèle juridique français a une place importante en raison du prestige de son code et de la facilité de le lire. Ainsi, le classement et la distinction des branches de droit est un élément important qui facilite la compréhension et la perception des normes de la part des utilisateurs du droit.

L'ouverture à l'économie libérale n'a pas modifié l'orthodoxie politique au Vietnam. La prise en compte des besoins des acteurs économiques, est fondamentale pour le développement du Vietnam et pour son intégration dans l'économie mondiale. Le pragmatisme juridique a été la base de l'élaboration des réformes pour la transition au Vietnam. Ce concept a permis d'initier les changements, indispensables pour la relance de l'économie dans ce pays. Cependant, le pragmatisme juridique adopte une vision instrumentaliste du droit, les problèmes qui se posent à terme sont ainsi deux ordres : en premier lieu, le droit est devenu un instrument au service de l'économie, ensuite, il en résulte un amassement de normes incohérentes et inefficaces.

A l'instar de la réalité des économies en développement qui réside dans la pluralité des droits (coutumiers, d'origine coloniale, occidentaux, etc...),<sup>745</sup> la réalité de l'économie en transition du Vietnam est celle de la pluralité des droits qui cherche cependant une logique cohérente permettant de les faire fonctionner ensemble. Le développement de la recherche et de la réflexion théorique dans le domaine juridique est essentiel pour cet objectif. Dans ce sens, l'unité et les valeurs du droit français des contrats peut contribuer à améliorer le droit vietnamien des contrats qui cherche à reproduire l'image de la société en transition.

Le droit peut être privé et concerne la propriété privée, la rencontre de volontés individuelles conduisant à des contrats. Le droit peut également être public en reconnaissant aux citoyens des accords sur des aspirations communes, ou aux Etats ou aux collectivités territoriales un droit souverain sur leurs ressources et leur patrimoine... Ces droits ont des existences et des effectivités très diverses selon les sociétés... La dualité du droit français ouvre des perspectives complémentaires pour les matières de droit des contrats et droit des biens au Vietnam.

---

<sup>744</sup> SOLEIL (S.), *Manéga en Bessarabie, Bello au Chili et Boissonade au Japon. Trois réformateurs du XIXème siècle face au modèle juridique français*, disponible sur le site <http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/soleil.pdf>, consulté le 6/1/2016.

<sup>745</sup> HUGON (P.), « Droit, droits et économie du développement, Illustration à propos de l'alimentation », *Mondes en développement*, 2005/1, n° 129, pp. 13 et s., p. 20.

**TITRE II) LES REFERENCES  
FRANÇAISES ET LEUR COHERENCE  
AVEC LE NOUVEL ETAT DE DROIT AU  
VIETNAM**

Pour le Vietnam, le passage d'une société dans laquelle la loi n'occupe qu'une place minimale à une société qui fonctionne selon le principe de l'Etat de droit, est un processus difficile et long. En effet, les obstacles d'ordre culturel, idéologique ou conjoncturel, limitent l'adoption de ce concept. La mise en œuvre du principe de l'Etat de droit implique en premier lieu une séparation des domaines qui relèvent de la loi et ceux qui sont gérés par le PCV et ensuite un changement radical de l'organisation du système socialiste. Les dirigeants vietnamiens ne sont pas prêts à effectuer ces réformes qui risquent de déstabiliser le pouvoir politique.

L'élaboration d'une loi spécifique pour les PPP est une tâche difficile en raison de la complexité des montages contractuels et financiers ainsi que la relation entre les partenaires sur le long terme. *Si le contrat possède une fonction pédagogique d'assimilation des contraintes et par la diversité et la précision de ses clauses, rappelle aux contractants les exigences multiples d'une coopération théoriquement fructueuse, cet apprentissage de la norme par les parties n'est pas clos sur le contrat. Cette vision néglige l'insertion de l'accord contractuel dans une multitude de systèmes et de cadres normatifs.*<sup>746</sup>

Les réformes du cadre contractuel sont étroitement liées à celles du cadre institutionnel. En effet, lorsque ce dernier impose des contraintes au développement des relations contractuelles, les agents économiques vont tenter de le modeler. Le cadre juridique peut fournir des compléments ou des substitutions aux clauses contractuelles. Dans ce cas, *contrat et cadre institutionnel sont co-déterminés (en partie au moins) par les agents qui réalisent des arbitrages entre coordination contractuelle (interindividuelle) et coordination institutionnelle.*<sup>747</sup>

Le droit français a été longtemps placé sous le régime d'une économie dirigée et soumis à un Etat fort, son évolution vers le libéralisme et la dénationalisation constitue une piste de référence pour la transition économique du système vietnamien, notamment en ce qui concerne l'élaboration des normes dans les domaines suivants :

Chapitre 1) Un cadre juridique pour la gestion foncière

Chapitre 2) Un cadre juridique pour les contrats publics

---

<sup>746</sup> VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 1200.

<sup>747</sup> BROUSSEAU (E.), « L'économiste, le juriste et le contrat », in GHESTIN (J.), *Le contrat au début du XXème siècle*, op.cit., p. 159.

## CHAPITRE I) LE CADRE JURIDIQUE POUR LA GESTION FONCIERE

*La politique foncière se présente de façon très particulière dans l'ensemble de la politique économique : par sa nature même elle heurte de front le droit absolu du propriétaire... De ce fait, elle ne peut se justifier que par l'intérêt public (ou national) et ne peut être l'œuvre que de l'autorité du garant même de la propriété : l'État.*<sup>748</sup> La politique foncière dans le système communiste vietnamien revêt un aspect idéologique de lutte de classe qui affirme le pouvoir absolu de l'Etat sur la propriété de la terre. En conséquence, la gestion foncière est au cœur de la politique de l'ouverture à l'économie mondiale et exige un système normatif qui permet de résoudre le conflit entre la reconnaissance de la propriété privée du sol et le monopole étatique sur ce droit.

Pour élaborer un système foncier cohérent avec la politique de l'ouverture économique, le gouvernement s'est inspiré du droit chinois pour intégrer les éléments du droit libéral dans le système Vietnam. Cependant, malgré les réformes successives, le système foncier vietnamien reste incomplet et présente des incohérences dans son ensemble. Les lacunes du droit foncier vietnamien (Section 1) nécessitent un travail de réflexion approfondi, fondé sur une politique à long terme. Ainsi, les références des modèles étrangers de gestion foncière (Section 2) sont éventuellement des pistes utiles pour trouver une solution aux problèmes actuels dans la gestion foncière en mutation au Vietnam.

### SECTION 1) LES LACUNES DU DROIT FONCIER AU VIETNAM

Le système foncier vietnamien est basé sur des coutumes locales, notamment en ce qui concerne les principes sociales de répartition des ressources. L'élaboration d'un cadre juridique dans ce domaine se heurte à la difficulté générale de la politique Dõi Mõi : le gouvernement *reconnait la nécessité des lois pour encadrer les activités économiques mais refuse de considérer leurs implications politiques.*<sup>749</sup> Les dirigeants adoptent une attitude de prudence dans les changements pour aménager la possibilité de revenir en arrière. Les réformes chaotiques du système foncier (sous-section 1) n'ont pas permis de clarifier la mutation en cours. En conséquence, les problèmes irrésolus du système foncier (sous-section 2) constituent des obstacles, en premier lieu pour la garantie du droit de propriété privée et ensuite pour la gestion du domaine public.

---

<sup>748</sup> COULOMB (P.), « Propriété foncière et mode de production capitaliste », in *Études rurales*, N°51, 1973, pp. 27 et s. p. 64.

<sup>749</sup> PANDOLFI (L.), *Une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam 1986-2000*, Thèse Université de Paris 8, Institut français d'urbanisme, Paris, 2001, p. 204.

## Sous-section 1) Des réformes chaotiques du système foncier

L'obstacle majeur de la réforme foncière réside dans l'incompatibilité idéologique communiste avec la volonté d'ouverture à l'économie du marché. En effet, la *domination de l'idéologie socialiste n'est pas compatible avec l'idée de la propriété privée sur le sol*,<sup>750</sup> qui est fondamentale pour l'économie de marché. La politique de réforme est donc, réalisée en l'absence d'une vision claire de la politique foncière (Paragraphe 1). Dans la pratique, la mise en œuvre de la politique foncière se heurte à des rapports de force opposés au pouvoir étatique. (Paragraphe 2)

### Paragraphe 1) L'absence d'une vision claire de la politique foncière

Pour faire face à des pressions de la société civile (I) en matière foncière, et pour prévenir les tensions qui risquent de dégrader la paix sociale, le pouvoir public a mis en place un programme de régularisation des droits dans ce domaine. Dans la pratique, l'accumulation des réformes normatives (II) a généré des incohérences et des lacunes juridiques.

#### I) DES PRESSIONS DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

Au Vietnam, l'agriculture a toujours été la source centrale de richesse,<sup>751</sup> en conséquence la terre a un rôle primordial. Aux yeux de la population, la terre est beaucoup plus qu'un simple instrument de production ou qu'un simple bien économique. En effet, la terre est le symbole des valeurs, telles que la terre natale, le lieu de vie des ancêtres, la souveraineté étatique.

Selon l'idéologie, influencée par le droit soviétique,<sup>752</sup> la terre est une source de richesse qui permet au gouvernement de contrôler et de diriger le pays. Il est donc évident que la propriété du sol reste une exclusivité étatique, ce principe n'est pas affecté par les réformes mises en place dans la phase de transition au Vietnam. La propriété publique sur le sol est fondamentale pour l'idéologie communiste qui s'attache aux masses paysannes. Aux yeux des dirigeants communistes, la gestion foncière ne peut être dissociée de son contexte social et culturel. La terre agricole a été le fondement, l'élément vital du peuple, il est évident que la gestion du sol par le biais de la propriété doit rester dans le giron de l'Etat.

*L'Etat entend rester le seul maître de la terre et la propriété foncière lui est toujours exclusivement réservée.*<sup>753</sup> En conséquence, toute appropriation privative pleine et entière est exclue. Cette approche est en conflit avec les décisions prises par le

---

<sup>750</sup> NGUYEN (M.D.), « Le régime de la propriété au Vietnam » op.cit. p.158.

<sup>751</sup> MELLAC (M.), FORTUNEL (F.), TRAN (D.D.), La réforme foncière au Vietnam, analyse des jeux d'acteurs et du processus de transformation des institutions aux échelons central et provincial, AFD, 2010, p. 17, disponible sur le site : <http://www.foncier-developpement.org/vie-des-reseaux/le-projet-appui-a-l-elaboration-des-politiques-foncieres/volet-recherche>.

<sup>752</sup> CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, op.cit., p. 365.

<sup>753</sup> PROUZET (M.), *L'obscur clarté de l'aménagement foncier au Vietnam, à l'heure de l'économie de marché à orientation socialiste*, disponible sur le site <http://droitfrancechine.org/content/download/1016/6742/file/Vietnam%20Article%20Prouzet%208%20C3%A9vrier%202013.pdf>, consulté le 27/2/2015.

11<sup>ème</sup> Congrès du PCV en 2011 concernant l'urbanisation, l'industrialisation et l'attraction des investisseurs étrangers. Sans un droit foncier cohérent dans son ensemble, les objectifs concernant l'égalité, l'équilibre social, le développement en harmonie avec la régénération de l'environnement ne trouvent pas leur place dans les réformes en cours.

Au Vietnam, la libéralisation économique est freinée par la volonté de maintenir l'idéologie socialiste. Les compromis politiques sont cependant difficilement gérables dans le domaine juridique. Dans le domaine foncier, il s'agit de libéraliser le système en évitant des tensions trop fortes qui risqueraient de nuire à l'unité collective. En effet, la privatisation de la terre, notamment les terres agricoles, risque de bouleverser de manière dramatique la population rurale. La logique de l'équité n'est pas toujours compatible avec celle de l'efficacité économique.<sup>754</sup>

Les réformes concernant le foncier, impulsées par la pression venant de la population, sont parmi les plus longues et les plus difficiles à réaliser *en raison de leur position centrale au sein des questions d'accès et de distribution des ressources*.<sup>755</sup> Le goût pour la propriété foncière, et surtout celle de l'immobilier, n'a jamais complètement disparu dans la société civile vietnamienne. Au Sud, la propriété privée a survécu en tant qu'institution légale malgré la volonté étatique de l'éradiquer. Au nord, la culture traditionnelle pour laquelle *le sol est l'un des objets essentiels de la propriété*<sup>756</sup> reste vivace à travers l'aspiration du peuple à être propriétaire de son habitation. Sur l'ensemble du territoire, en l'absence d'une politique urbaine adaptée, les mauvaises conditions de logement, accélèrent l'urgence de la réforme foncière.

La contrainte de la stabilité politique implique de ne pas sous-estimer les tensions venant de la société civile. Cette information n'est pas ignorée de la population qui a acquis une *aptitude à contourner les règlements les plus bureaucratiques* du pouvoir public.<sup>757</sup> Ainsi, les acteurs économiques ont toujours trouvé des solutions informelles pour défendre leurs intérêts face à un système qui tarde à réagir. Les transactions se passent donc, hors du contrôle de l'administration, en particulier, et la privent de revenus fiscaux qui pourraient être significatifs au niveau local et au niveau national. Il existe alors, un décalage entre la réalité sociale qui se développe en dehors du contrôle étatique et le système légal qui tend à encadrer les activités économiques.

La propriété foncière privée, à l'instar du modèle juridique russe post soviétique qui reconnaît le droit de propriété privée de la terre,<sup>758</sup> n'est pas reconnue par le pouvoir public vietnamien. Pendant longtemps, la valeur marchande du sol est un concept inconnu du système vietnamien. C'est vers le droit chinois et son principe du monopole de l'Etat sur la terre<sup>759</sup> que le législateur vietnamien se réfère. En effet, la Chine est le seul pays communiste qui ait choisi la voie de l'ouverture sans rupture avec le système

---

<sup>754</sup> MELLAC (M.), FORTUNEL (F.), TRAN (D.D.), La réforme foncière au Vietnam, analyse des jeux d'acteurs et du processus de transformation des institutions aux échelons central et provincial, op.cit., p. 90.

<sup>755</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>756</sup> PROUZET (M.), *L'obscurité clarté de l'aménagement foncier au Vietnam, à l'heure de l'économie de marché à orientation socialiste*, op.cit.

<sup>757</sup> PANDOLFI (L.), *Une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam 1986-2000*, Thèse op.cit., p. 178.

<sup>758</sup> Toutefois, une restriction affirme que 'seules les terres non exclues du commerce juridique peuvent faire l'objet de la propriété privée' Voir SKODA (D.), *La propriété dans le code civil de la fédération de Russie, un système entre deux transitions*, op.cit., p. 386.

<sup>759</sup> L'article 5 de la loi 2003 : « Les sols appartiennent au peuple entier. L'Etat représente le peuple propriétaire des sols ».

ancien. Ainsi, l'influence du droit chinois est certainement la plus importante dans la politique de l'intégration à l'économie de marché, car elle permet d'assimiler les éléments normatifs occidentaux dans le cadre d'un régime socialiste.<sup>760</sup>

Cependant, les réformes mises en œuvre par l'Etat vietnamien lui sont propres. En effet, l'harmonie sociale est un critère important et constitue le principe de base de tous les changements au Vietnam. Le pouvoir communiste vietnamien n'a jamais complètement éradiqué les droits fonciers 'informels' qui perdurent et les réformes à l'ouverture économique sont basées sur la reconnaissance de ces derniers. *Ainsi, pour s'adapter au nouveau contexte socio-économique, l'Etat enclencha une vaste réforme foncière qui visait à sécuriser le statut des terres, le support principal du développement urbain et rural.*<sup>761</sup> En un temps assez court, le droit foncier vietnamien a été mis en place pour répondre aux besoins des acteurs économiques.<sup>762</sup>

## II) UNE ACCUMULATION DE REFORMES NORMATIVES

Les besoins des institutions financières qui attendent une libéralisation des secteurs foncier et immobilier ainsi que les réclamations de la part des acteurs économiques qui réclament des outils juridiques nécessaires à leurs activités sont des facteurs qui impulsent les réformes. La constitution de 1992 a introduit le double principe : *d'une part, le sol est la propriété exclusive du peuple qui, dans l'exercice de ses droits, est représenté par l'Etat ; d'autre part, l'Etat peut mettre les sols à la disposition des particuliers.*<sup>763</sup>

Les réformes du droit vietnamien foncier sont basées sur l'institutionnalisation de la propriété foncière, composé du droit du propriétaire, du droit d'usage et du droit de gestion étatique des terres. Il s'agit d'un instrument politique qui permet à l'Etat d'intervenir en faveur du secteur de l'agriculture par le biais du droit foncier.<sup>764</sup> Sur les sols, qui sont grevés d'un droit d'usage du sol, l'Etat dispose toujours de la propriété entière. Par le mode contractuel ou d'allocation, les particuliers peuvent bénéficier d'un ou plusieurs droit d'usage du sol.(DUS)<sup>765</sup> Il s'agit d'un droit de jouissance qui *constitue un bien, distinct des utilités sur lesquelles il porte et qui peut donc être cédé, démultipliant encore le pouvoir de valorisation de la propriété.*<sup>766</sup> Sur cette base, le législateur a ensuite multiplié les dispositions pour faciliter les activités de l'investissement et le développement du marché immobilier.<sup>767</sup> Selon la loi, le titulaire

---

<sup>760</sup> PANDOLFI (L.), *Une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam 1986-2000*, op.cit., p. 204.

<sup>761</sup> QUERTAMP (F.), « La périurbanisation de Hanoi. Dynamiques de la transition urbaine vietnamienne et métropolisation », *Annales de géographie*, 2010/1 n° 671-672, p. 93 et s., p. 107.

<sup>762</sup> MELLAC (M.), FORTUNEL (F.), TRAN (D.D.), *La réforme foncière au Vietnam, analyse des jeux d'acteurs et du processus de transformation des institutions aux échelons central et provincial*, op.cit., p. 33.

<sup>763</sup> Article 17, 18 de la constitution 1992. Voir NGUYEN (N.D.), « La nature juridique du droit d'usage du sol en droit vietnamien à la lumière du droit français », *RIDC*, vol 58, 2006, pp. 1203 et s., p. 1205.

<sup>764</sup> PHAM (T.M.C.), *La capitalisation de la rente foncière dans l'économie de marché à orientation socialiste (vốn hóa đất đai trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa)*, Hanoi, 2013, p. 196.

<sup>765</sup> GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960, p. 87. ZENATI (F.), *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1993, pp. 338 et s.

<sup>766</sup> ANDORNO (A.), *Les techniques de gestion des biens, en droits privés et public comparés*, Thèse op.cit., p. 213.

<sup>767</sup> MELLAC (M.), FORTUNEL (F.), TRAN (D.D.), *La réforme foncière au Vietnam, analyse des jeux d'acteurs et du processus de transformation des institutions aux échelons central et provincial*, op.cit., p. 8.

du DUS dispose de la propriété des constructions et des produits de la terre, ainsi que de la possibilité de faire des transactions de son droit d'usage du sol, ce qui implique la cession et la location du fonds de terre mis à sa disposition.<sup>768</sup>

Le DUS est constitué d'un *ensemble de prérogatives consacrées par les lois foncières et permettant à la personne dénommée titulaire du droit d'usage du sol de tirer du fonds de terre mis à sa disposition les virtualités nécessaires. C'est donc le droit d'usage du sol, le droit d'utiliser et d'en percevoir les fruits et non le sol lui-même, qui est, dans le droit vietnamien, le bien foncier soumis à l'appropriation individuelle.*<sup>769</sup> En effet, le transfert des DUS en tant que biens économiques, implique la création d'un cadre juridique pour garantir les transactions dans l'intérêt des parties, du tiers et pour la protection des biens publics. Ce processus pose des difficultés en matière de techniques juridiques. A la différence du droit chinois, le droit vietnamien ne reconnaît pas le concept de droit réel qui permet de créer des outils juridiques nécessaires à la transaction des droits.

Les vagues des législations du droit foncier ne permettent pas d'avoir, ni une vision claire de la politique foncière, ni une sécurité juridique dans les transactions entre particuliers. Les normes sont, en effet, éparpillées dans des sources différentes : les lois du sol, le code civil, les lois d'habitation. Cette profusion de normes pose des obstacles à l'accès à la loi.

En 1988, la première loi foncière pose les premières bases légales pour le DUS. Mais les termes de la loi sont imprécis en ce qui concerne les éléments composés dans le DUS, la transmission de ce droit n'est pas autorisée. Le droit d'usage octroyé aux individus et aux foyers a commencé par émerger au sein des coopératives.<sup>770</sup>

Le code civil de 1995 a défini les modes d'acquisition du droit d'usage du sol telles que l'attribution ou la location par l'administration, la transmission d'un autre propriétaire.<sup>771</sup> Le code civil de 2005 élargit le contenu du droit d'usage en ajoutant les droits relatifs à la circulation des biens, notamment la location, le don, la succession, la cession, la sûreté, l'apport en nature,<sup>772</sup> sans pouvoir fixer les procédures précises. Ainsi, il n'existe pas de mesures de transition, d'unification<sup>773</sup> dans la mise en œuvre du droit foncier vietnamien.

Les amendements des lois foncières en 1998 et en 2001, élargissent un peu plus le droit d'usage du sol, ce qui permet aux propriétaires d'obtenir le renouvellement des baux. Le législateur a du multiplier des mesures de transactions pour favoriser le développement urbain, industriel et commercial. Il s'agit notamment de la

---

<sup>768</sup> NGUYEN (M.D.), « Le régime de la propriété au Vietnam », *Etudes législatives (Nghien cuu lap phap)*, n° 2005, pp.253 et s. p. 268.

<sup>769</sup> Ibidem, p. 255.

<sup>770</sup> Voir MELLAC (M.), FORTUNEL (F.), TRAN (D.D.), La réforme foncière au Vietnam, analyse des jeux d'acteurs et du processus de transformation des institutions aux échelons central et provincial, op.cit., p. 39.

<sup>771</sup> Le certificat du droit d'usage des terrains selon un modèle uniforme sur tout le territoire vietnamienne datait de 2004 (décret 181/2004/ND/CP).

<sup>772</sup> TUONG (D.L.), *Le droit civil et la pratique judiciaire, Pháp luật Dân sự và thực tiễn xét xử*, Nhà xuất bản chính trị quốc gia, 2009, p.23.

<sup>773</sup> Ibidem, p.23.

*multiplication des usagers reconnus, l'assouplissement des conditions d'accès à la terre et l'extension progressive des droits associés au droit d'usage.*<sup>774</sup>

Les droits concédés par l'Etat à des personnes privées pour des périodes relativement longues ont donné naissance à un marché foncier potentiel. Cependant, *le foncier s'apparente, dans son fonctionnement mais non dans sa nature, à un foncier fondé sur la propriété privée.*<sup>775</sup> Les différents textes légaux et de nombreuses normes réglementaires ne combleront pas les incomplétudes normatives du domaine foncier. La loi foncière de 2003 tente de compléter les imprécisions des textes précédents sans succès.<sup>776</sup> Pour résoudre l'inflation normative des règlements de l'exécutif dans ce domaine, le décret n° 181/2004/ND/CP tente d'unifier le droit foncier en annulant dix-neuf décrets concernant le domaine du droit d'usage du sol.

Les défaillances du cadre juridique ont généré des conséquences néfastes pour l'économie du pays : *corruption dans l'attribution des droits d'usage des sols, spéculation liée à la planification et à l'utilisation des sols, interprétations divergentes de la légalité foncière jointe à la diffusion malaisée de ses dispositions dans le corps social et tâtonnement dans l'élaboration des textes législatifs et réglementaires.*<sup>777</sup> Le défaut de transparence du marché foncier, le défaut des mécanismes d'enregistrement et de la publication du titre foncier, ont généré un marché souterrain des droits d'usage du sol.

A travers l'évolution du droit foncier, il résulte un recul assez net des interventions étatiques dans l'affectation des terrains. En raison du développement de l'urbanisme et de l'industrie, la transformation des terres agricoles a été accélérée de manière importante.<sup>778</sup> Ce phénomène a remis en cause la politique agricole du gouvernement et accélère le phénomène de l'expropriation des habitations de la population.<sup>779</sup> C'est dans le domaine de la gestion foncière que se révèle de manière la plus manifeste la particularité de la relation entre l'Etat et la population. En effet, dans ce pays, il existe des pratiques qualifiées 'infra-institutionnelles'<sup>780</sup> qui fonctionnent en parallèle du droit.

---

<sup>774</sup> MELLAC (M.), FORTUNEL (F.), TRAN (D.D.), La réforme foncière au Vietnam, analyse des jeux d'acteurs et du processus de transformation des institutions aux échelons central et provincial, op.cit., p. 8.

<sup>775</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>776</sup> L'Etat exerce le droit de disposition sur les terres : a) il décide de l'affectation des terres en approuvant les plans d'aménagement et d'occupation des terres, b) il réglemente la superficie maximale des terres susceptibles d'attribution et la durée de l'utilisation des terres, c) il décide de l'attribution des terres, de leur location, de leur réattribution et du changement de leur affectation, c) il réglemente le prix des terres.

<sup>777</sup> PROUZET (M.), *L'obscurité de l'aménagement foncier au Vietnam, à l'heure de l'économie de marché à orientation socialiste*, op.cit.

<sup>778</sup> NGUYEN (V.T.), N (H.D.), *Des problèmes actuels de la propriété dans notre pays, (Một số vấn đề về sở hữu ở nước ta hiện nay)*, Nhà xuất bản chính trị quốc gia, Hà nội, 2004, p. 208.

<sup>779</sup> Voir MELLAC (M.), FORTUNEL (F.), TRAN (D.D.), La réforme foncière au Vietnam, analyse des jeux d'acteurs et du processus de transformation des institutions aux échelons central et provincial, op.cit., p. 45.

<sup>780</sup> Ces pratiques ne sont pas totalement en dehors du cadre légal mais résultent de l'application négociée du droit entre les autorités locales et la population. Voir PANDOLFI (L.), *Une terre sans prix, réformes foncières et urbanisation au Vietnam 1986-2000*, op.cit., p. 203.

## Paragraphe 2) Les rapports de force opposés au pouvoir étatique

Les réformes foncières illustrent la relation ambiguë entre l'Etat, les pouvoirs locaux et la population. La tension dans le domaine foncier est double. En premier lieu, la dualité des prix du sol (I) a révélé l'existence d'un marché qui résiste au pouvoir étatique, lorsque ce dernier ne répond pas à leurs besoins. Ensuite, la compétence de fait des pouvoirs régionaux dans le domaine foncier (II) a soulevé la question de l'organisation entre le pouvoir central et celui des provinces.

### I) LA DUALITE DES PRIX DU SOL

Au Vietnam, l'existence d'un secteur économique informel est toujours tolérée par le gouvernement. En effet, au moment de la réunification du pays, le durcissement de la répression du régime contre le capitalisme, représenté par les acteurs économiques, n'a pas éradiqué les activités économiques qui survivent en dehors de la légalité. L'incapacité de subvenir aux besoins de la population a obligé le gouvernement à fermer les yeux sur l'économie informelle qui constitue une soupape pour la population.

Le mouvement Dôï Mói a donné une existence légale à l'économie privée. Dans le sud, le secteur privé se développe et retrouve en conséquence, l'ambiance des affaires antérieure à la réunification. Les dirigeants ont compris que la terre est une source majeure de revenus, cependant ce produit marchand est *hautement négocié à l'extérieur de la sphère officielle*.<sup>781</sup> Ainsi, le domaine foncier est devenu le milieu d'affrontement du pouvoir public et le marché, les enjeux sont devenus importants avec le boom foncier et immobilier. En effet, la valeur marchande de la terre a été reconnue avec la politique de Dôï Mói. *Les premières valeurs foncières officielles sont apparues à Hanoi en 1989 lorsque le comité populaire décida de faire payer la mise à dispositions des DUS*.<sup>782</sup> Ces prix ne sont pas adaptés à des sols urbains en raison des critères de calculs qui sont basés sur la valeur du terrain agricole.<sup>783</sup> En effet, les terrains sont classifiés par catégories : les terrains dans les zones planifiées, les terrains hors zones planifiées, les terrains dans le centre-ville et les terrains en proximité des axes routiers.<sup>784</sup>

Le dynamisme urbain a fait apparaître une spéculation foncière qui dérègle le système de valeur, ainsi, la valeur des terrains a atteint des prix exorbitants. La demande foncière est encore plus forte dans les grandes villes qui concentrent les projets d'investissements étrangers. Pour maintenir le contrôle sur ce phénomène, l'Etat a fixé un barème officiel des prix de la terre. Le marché a résisté en maintenant un prix basé sur l'offre et la demande. Il en résulte un double prix dans le domaine foncier. L'état tente de prendre, sans succès, le contrôle sur le marché souterrain des ventes de propriétés, créé par le besoin de la population.<sup>785</sup>

Le prix officiel est utilisé uniquement pour le calcul des impôts et des taxes mais il est ignoré par le marché, jugé comme inadapté à un marché foncier en effervescence. *L'inadaptation des prix officiels aux mécanismes économiques pose en définitive la*

---

<sup>781</sup> QUERTAMP (F.), « La périurbanisation de Hanoi. Dynamiques de la transition urbaine vietnamienne et métropolisation », op.cit., p. 107.

<sup>782</sup> Ibidem, p.153.

<sup>783</sup> Ibidem, p.155.

<sup>784</sup> Ibidem, p.154.

<sup>785</sup> TUONG (D.L.), *Le droit civil et la pratique judiciaire*, op.cit., p. 27.

question de l'absence d'une structure institutionnelle de l'évaluation foncière qui apporterait des garanties sur la valeur marchande d'un terrain.<sup>786</sup> En matière fiscale, l'application du prix officiel représente un manque à gagner important pour le budget public. En contrepartie, le prix officiel, inférieur au prix du marché, est utilisé pour réduire les coûts d'expropriation (pour cause d'aménagement urbain, de travaux de voirie, etc.).<sup>787</sup>

Le prix officiel est aussi un instrument de la politique économique de l'Etat. En effet, il sert de base pour le calcul des loyers des DUS que les entreprises et les organismes publics doivent verser à l'Etat. Un taux réduit de ces loyers, présente une aide étatique non négligeable pour les entreprises bénéficiaires.<sup>788</sup> Dans les relations des acteurs privés, la dualité des prix perturbe le fonctionnement des transactions, notamment dans le cas des hypothèques. La valeur d'un terrain peut être évaluée de manière subjective selon le prix utilisé.

Malgré les dysfonctionnements du phénomène de la dualité des prix dans le secteur foncier, l'Etat ne peut interdire le prix du marché, car *il n'existe pas d'autre moyen de fixer la valeur*<sup>789</sup> de la terre. L'écart entre le prix officiel et le prix du marché s'agrandit avec la vague de spéculation foncière en 1993. En 1994, le gouvernement a adopté un barème qui permet d'adapter le prix selon la région et selon la situation de l'infrastructure dans son environnement. Les prix officiels ont nettement augmenté par rapport aux prix initiaux sans être nivelés par le prix du marché. Dans les grandes villes, la différence des prix peut être de l'ordre de 30 à 40%.<sup>790</sup>

Dans le domaine foncier, le marché constitue une force capable de s'opposer à des normes officielles lorsque ces dernières deviennent trop rigides et ne sont plus en cohérence avec les intérêts privés. Le développement économique, notamment celui du domaine foncier a aussi des impacts sur la relation entre le gouvernement central et les régions. Celles qui sont capables de financer leurs propres dépenses s'approprient le pouvoir de négociation avec le gouvernement central.<sup>791</sup>

## II) LA COMPETENCE DE FAIT DES POUVOIRS REGIONAUX

Au Vietnam, la terre est un instrument de gestion économique. La fonction des terrains est planifiée selon le plan étatique,<sup>792</sup> et la compétence d'affectation du terrain est confiée à des autorités provinciales pour une meilleure gestion de proximité. Avant 1993, les ressources foncières sont insignifiantes car elles sont uniquement basées sur le prélèvement des taxes sur le sol.

Après le Dôi Mới, la reconnaissance des DUS et de leurs exploitations ont transformé les terrains urbains en sources de richesses pour l'autorité publique régionale qui en est le propriétaire. Ainsi, la terre devient un produit économique considéré pour sa valeur marchande. Dans le contexte de la croissance exponentielle du marché

---

<sup>786</sup> Voir PANDOLFI (L.), *Une terre sans prix, réformes foncières et urbanisation au Vietnam 1986-2000*, op.cit., p. 161.

<sup>787</sup> Ibidem, p. 160.

<sup>788</sup> NGUYEN (V.T.), N (H.D.), *Des problèmes actuels de la propriété dans notre pays*, op.cit., p. 301.

<sup>789</sup> Ibidem, p.151.

<sup>790</sup> Ibidem, p. 158.

<sup>791</sup> MURPHY (T.), XU (T.), La ville comme laboratoire et le fossé entre l'urbain et le rural : le retour de la propriété privée et ses limites dans la Chine post-maoïste, maoïste, p. 31, *Perspectives chinoises*, 2008/4, disponible sur le site: <http://perspectiveschinoises.revues.org/5134>, mis en ligne le 01 octobre 2011, consulté le 28 décembre 2015.

<sup>792</sup> NGUYEN (V.T.), N (H.D.), *Des problèmes actuels de la propriété dans notre pays*, op.cit., p. 208.

immobilier, le développement de l'urbanisation, des investissements étrangers, la transformation des terrains agricoles en terrain industriel ou terrain d'habitation est une opération rentable puisque la valeur de la terre sera multipliée par cent ou parfois plus. En conséquence, le foncier est un instrument économique précieux pour les régions. En effet, la modification du classement du terrain ou l'autorisation accordée aux titulaires du DUS de modifier le mode d'exploitation du terrain, devient une source de richesses régionale, incontrôlée par l'Etat.<sup>793</sup>

Dans le flou juridique, les autorités publiques s'enrichissent en vendant les décisions d'attribution de terres, d'affectation des terres. En effet, *rien n'interdit à une personne qui n'a pas le pouvoir de retrait de provoquer l'opération dans les conditions voulues.*<sup>794</sup> Le gouvernement tente de contrôler ce phénomène, cependant la réforme implique un changement de la structure administrative ainsi que la relation politique entre le niveau central et les régions.<sup>795</sup>

On peut dire que la décentralisation au Vietnam est une pratique dictée par la nécessité de la réalité. En effet, les autorités publiques locales sont obligées de trouver les moyens financiers nécessaires pour réaliser les missions économiques ou sociales confiées par l'Etat, mais aussi de contribuer au budget de l'Etat. Tant que leurs missions sont effectuées, l'Etat ne peut être exigeant sur les moyens utilisés.

Le développement du marché foncier a contribué à augmenter le pouvoir des comités populaires des municipalités indépendantes, le cas le plus évident étant celui de HCMV. Malgré la volonté de contrôler les affectations des terrains et la gestion de l'urbanisme, le gouvernement a dû fermer les yeux sur l'exploitation foncière au niveau régional. Le flou juridique dans ce domaine laisse aux autorités publiques locales un pouvoir discrétionnaire, d'autant plus que l'interprétation des lois relève du monopole de l'administration, les juges n'étant pas compétents pour intervenir dans les dispositions concernant l'aménagement du sol ou les droits d'usage du sol.<sup>796</sup>

Dans le domaine des investissements étrangers, les autorités publiques négocient l'autorisation d'accès aux terrains. Le dérapage observé est le phénomène des « projet en suspens » : les autorités locales valident les projets sans étude de faisabilité pour réserver le terrain en attendant le moment propice. Ainsi, les terrains utilisés pour les projets d'investissement étranger sont des sources de capitaux importants pour le pouvoir public local. Le prix officiel du sol n'étant pas appliqué pour le calcul des loyers des entreprises à capitaux étrangers, les comités régionaux négocient librement les tarifs avec les investisseurs. En 2007, le Premier Ministre a ordonné un contrôle pour résoudre le cas des « réserves du droit de sol », bloquées indéfiniment pour attendre un projet d'investissement potentiel.<sup>797</sup> Ce phénomène génère un réel risque d'insécurité juridique et de dérapage de la politique des investissements.

Les autorités publiques locales jouent un rôle de tampon et de courroie dans la relation entre l'Etat et la population. En effet, lorsque les normes imposées sont conflictuelles par rapport à une situation établie par les habitudes, la population *adopte*

---

<sup>793</sup> Ces modifications au niveau régional compliquent la mise en œuvre de la fiscalité appliquée sur les changements de type de droit d'usage. Voir NGUYEN (V.T.), N (H.D.) *Des problèmes actuels de la propriété dans notre pays*, op.cit., p. 208.

<sup>794</sup> Voir NGUYEN (N.D.), « Droit d'usage du sol en droit vietnamien », *RIDC*, 2006, p. 1203 et s., p. 1222.

<sup>795</sup> NGUYEN (V.T.), N (H.D.), *Des problèmes actuels de la propriété dans notre pays*, op.cit., p. 208.

<sup>796</sup> Voir NGUYEN (H.A.), « La juridiction administrative au Vietnam », thèse en cotutelle Université Toulouse 1 et Université de Hanoi, soutenue le 20 janvier 2008.

<sup>797</sup> Directive du PM 09/2007/CT-Ttg du 06/04/2007.

*une attitude mêlant défiance et conciliation envers des autorités locales aisément consentantes pour contourner l'application de la loi. L'accord s'opère toujours au détriment de l'intérêt public.*<sup>798</sup> Notamment, les interdictions de construire sur les terres agricoles prises par le gouvernement pour lutter contre les spéculations des terres urbaines ne sont pas appliquées dans certaines régions. Les autorités publiques locales jouaient sur le statut ambigu de certaines terres de réserves, et usaient de différentes stratégies de contournement d'un texte, par ailleurs très minutieux, pour donner des permis en toute illégalité.<sup>799</sup>

L'autonomie accordée aux autorités locales a contribué à creuser la fracture sociale entre les régions industrielles et urbanisées et les régions agricoles et modifie la relation entre pouvoir central et régional. Par ailleurs, le pouvoir discrétionnaire de fixer les loyers du sol au niveau local entraîne des variations de prix élevées dans des espaces proches.<sup>800</sup>

## **Sous-section 2) Les problèmes irrésolus du système foncier au Vietnam**

L'absence d'un cadre juridique foncier efficace a des impacts négatifs sur le développement économique du Vietnam. En premier, les défaillances de la régularisation des propriétés concernant les habitations (Paragraphe 1) ne permettent pas à la population de disposer de leurs biens. Ensuite, le flou juridique constitue un obstacle à la libération des terrains des projets d'investissements (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1) Les défaillances du processus de régularisation des propriétés concernant les habitations**

La construction d'un système foncier sur la base de la reconnaissance du droit de propriété privée du sol se heurte à des obstacles dans la pratique. Ainsi, cette nouvelle institution n'est pas fonctionnelle en raison de l'imprécision du contenu du droit de propriété du sol (I) et de l'insécurité juridique des titres fonciers (II) en circulation.

#### **I) L'IMPRECISION DU CONTENU DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DU SOL**

La politique foncière du Vietnam exclut la reconnaissance d'une propriété privée pleine et entière. Pour trouver un moyen d'intégrer des éléments du marché dans le système socialiste, le législateur vietnamien se réfère au modèle chinois. Ainsi, les réformes foncières consistent à mettre en place un droit d'usage du sol (DUS), basé sur

---

<sup>798</sup> PANDOLFI (L.), *Une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam 1986-2000*, op.cit., p. 533.

<sup>799</sup> QUERTAMP (F.), « La périurbanisation de Hanoi. Dynamiques de la transition urbaine vietnamienne et métropolisation », op.cit., p. 108.

<sup>800</sup> MELLAC (M.), FORTUNEL (F.), TRAN (D.D.), *La réforme foncière au Vietnam, analyse des jeux d'acteurs et du processus de transformation des institutions aux échelons central et provincial*, op.cit., p. 23.

les principes du droit de propriété, à l'instar du modèle utilisé à Hongkong.<sup>801</sup> Il s'agit d'une adaptation de la propriété privée pour permettre le transfert des biens sans remettre en cause la politique de propriété étatique vietnamien. En effet la terre doit rester la propriété exclusive de l'Etat,<sup>802</sup> les propriétaires privés ne disposent uniquement du DUS. Ce droit est *comparable dans une certaine mesure à celui dont est investi le tenancier ayant le domaine utile dans l'ancien droit français.*<sup>803</sup>

Le droit d'usage semble convenir au système socialiste dans lequel l'Etat *tente de réduire le plus possible le droit de disposition, puisqu'il prohibe les notions de spéculation, de profit et d'investissement.*<sup>804</sup> En effet, le DUS peut faire l'objet de transaction sur le marché, cependant l'Etat *contrôle étroitement le volume et les prix en exerçant un monopole sur la conversion des terres agricoles et d'autres activités en terres d'habitat.*<sup>805</sup> Dans les autres catégories de terre, *l'ensemble des transactions foncières sont appelées à s'inscrire progressivement dans un système de baux emphytéotiques.*<sup>806</sup>

Le DUS disparaît par la décision de retrait de l'Etat, car le droit vietnamien ne reconnaît pas l'appropriation des terres par des personnes privées. Par ailleurs, le retrait peut être la sanction lorsque le titulaire n'a pas respecté les obligations imposées, notamment celle du respect de la destination du fonds en question.

Dans le cadre de la régularisation des propriétés foncières, le pouvoir public vietnamien a procédé à une reconnaissance officielle des propriétés de la population par *la délivrance des certificats de propriété. Le gouvernement a choisi de fonder la propriété 'par le bas' c'est-à-dire en confortant les droits acquis des occupants.*<sup>807</sup> Il ne s'agit pas d'une décision imposée par le pouvoir mais d'une régularisation des situations de faits qui sont devenues ingérables dans le contexte de développement économique accéléré. En effet, au Vietnam, les terres sont exploitées et occupées par des gens qui ont eu, ou non, des titres de propriété attribués par l'ancien régime.<sup>808</sup> Pour les dirigeants vietnamiens, les propriétaires qui occupent de bonne foi les terrains ont un droit d'usage virtuel, leur droit n'a pas de statut légal mais ne peut non plus être

---

<sup>801</sup> *Les terres urbaines, l'un des plus importants capitaux d'Etat, ont pu être louées et transférées à la fin des années 1980 grâce au système de droits d'usage des terres (DUT), le système inspiré des baux 'hérités' de Hongkong a tout d'abord été développé pour attirer les investissements directs étrangers afin de financer les constructions des zones économiques spéciales. Voir MURPHY (T.), XU (T.), La ville comme laboratoire et le fossé entre l'urbain et le rural : le retour de la propriété privée et ses limites dans la Chine post-maoïste, op.cit., p.29.*

<sup>802</sup> La loi du 29/12/1987 marque un grand changement dans le domaine de gestion foncière. La propriété du sol appartient à l'ensemble du peuple, le gouvernement assume la gestion, attribue le droit d'usage à des titulaires, fixe le régime juridique, les droits et les obligations des propriétaires du droit d'usage du sol.

<sup>803</sup> NGUYEN (M.D.), *Le régime de la propriété au Vietnam*, op.cit., p. 255.

<sup>804</sup> SKODA (D), *La propriété dans le code civil de la fédération Russie : un système entre deux transitions*, op.cit. p. 305.

<sup>805</sup> PANDOLFI (L.), « Hanoi 1986-2000, une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam », op.cit., p. 532.

<sup>806</sup> *Ibidem*, p. 532.

<sup>807</sup> Voir COMBY (J.), RENARD (V.), ACOSTA (R.), « Russie 1992 : privatisations hors marché », in *Études foncières*, 1992, n°55, pp. 46 et s. p. 30.

<sup>808</sup> *Le droit du sol ne peut être conféré aux particuliers qu'à la suite d'une procédure administrative d'examen d'une demande de mise à disposition pour usage (que l'on appelle 'mis à usage' ou d'une convention administrative de location (que l'on appelle le bail). Voir NGUYEN (N.D.), « Le code vietnamien comme exemple de l'adaptation du code napoléon dans le système de la propriété publique du sol », op.cit., p. 258.*

renié.<sup>809</sup> La possession de fait qui est basée sur une possession permanente et de bonne foi prédomine sur les titres de propriétés établis avant l'avènement de la loi du sol de 1993. Pour clarifier des situations complexes, l'Etat a recours aux pratiques 'infra institutionnelles'<sup>810</sup> en se basant sur les informations dans les documents en possession des particuliers, notamment les déclarations d'impôt, les certificats du district.

En l'absence d'un corps de règles adapté, la régularisation des propriétés du sol relève du monopole de l'administration, les instances judiciaires sont tenues à l'écart des conflits concernant ces droits. *Le critère essentiel de la régularisation est en effet l'absence de disputes entre prétendants de droits sur un même terrain.*<sup>811</sup> Le mot d'ordre est le compromis, la justice par la paix sociale. Dans les litiges, la culture traditionnelle a pris le pas sur le système légal, en conséquence, la médiation est la voie prédominante dans les règlements des différends au Vietnam. Ainsi, à travers ce mode de régularisation, on peut constater l'influence culturelle sur le droit et sur la politique.

Le droit d'usage du sol est une institution créée dans l'urgence pour les besoins de la politique de l'ouverture. Les dirigeants vietnamiens évitent de traiter à fond la question de la propriété privée du sol. En conséquence, les adaptations progressives ne donnent pas un résultat satisfaisant : *il existe souvent un fossé entre la propriété définie par la loi et la propriété telle qu'elle est comprise et pratiquée dans la société.*<sup>812</sup>

L'incohérence juridique est un handicap du système foncier vietnamien, en effet, la disparité des régimes de propriété des DUS, des bâtiments connexes, complique la situation. En effet, le droit de propriété immobilière est un droit fragmenté,<sup>813</sup> *les acheteurs de maisons ont la propriété des bâtiments ou d'une partie des bâtiments mais pas de la terre sur laquelle leurs appartements et maisons sont construits.*<sup>814</sup> Concrètement, lorsqu'une personne privée obtient la propriété d'un bien immobilier en zone urbaine, il devient propriétaire du DUS du terrain sur lequel est construit l'immeuble.<sup>815</sup> Cependant, *le droit d'utilisation de la terre par les particuliers n'est pas un droit éternel et inconditionnel, mais soumis à des incertitudes,*<sup>816</sup> tandis que la propriété immobilière est intemporelle et inconditionnelle. Dans la pratique, le DUS est attribué pour des durées limitées et ne peut dépasser 50 ans,<sup>817</sup> alors que les immeubles appartiennent sans spécification de durée à ceux qui les ont bâtis, achetés ou reçus.<sup>818</sup> Ainsi, le propriétaire de l'immeuble est obligé de régulariser son DUS lorsque ce dernier expire, même si son statut de propriété de l'immeuble connexe n'a pas changé. Le mode d'accession à la propriété du DUS par le biais d'un immeuble connexe n'est pas défini dans les textes normatifs.

---

<sup>809</sup> TUONG (D.L.), *Le droit civil et la pratique judiciaire*, op.cit., p. 14. Le début de la prescription acquisitive ne peut être compté à partir de la date d'entrée en vigueur du code civil : 30/6/2006.

<sup>810</sup> Voir PANDOLFI (L.), *Une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam 1986-2000*, op.cit., p. 203.

<sup>811</sup> Ibidem, p. 225.

<sup>812</sup> MURPHY (T.), XU (T.), *La ville comme laboratoire et le fossé entre l'urbain et le rural : le retour de la propriété privée et ses limites dans la Chine post-maoïste*, op.cit., p. 35.

<sup>813</sup> JIAYOU (S.), *La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française*, op.cit., p. 97.

<sup>814</sup> XU (T.), MURPHY (T.), « La ville comme laboratoire, le retour de la propriété privée et ses limites dans la Chine Post-Maoïste », in *Perspectives chinoises*, n° 2008, 4, pp. 28 et s. p. 34.

<sup>815</sup> JIAYOU (S.), *La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française*, op.cit., p. 97.

<sup>816</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>817</sup> Article 67, al.3 de la loi des sols 2003.

<sup>818</sup> MELLAC (M.), FORTUNEL (F.), TRAN (D.D.), *La réforme foncière au Vietnam, analyse des jeux d'acteurs et du processus de transformation des institutions aux échelons central et provincial*, op.cit., p.41.

Le droit de propriété immobilière au Vietnam est composé *des règles relatives aux droits d'usage du sol et aux biens immobiliers attachés à ce droit*.<sup>819</sup> La loi du sol de 2003 a le mérite d'unifier les deux types de titres de propriété foncière et immobilière, et d'aligner le régime foncier appliqué aux ressortissants étrangers sur celui des autochtones.

Le phénomène de développement urbain est au cœur de la politique sociale et économique du Vietnam. L'accroissement de la population et l'essor de l'économie ont accentué le phénomène d'urbanisation massive. L'immobilier devient une activité lucrative, le boom de la construction privée fait augmenter le prix des terrains. *Entre une offre réduite et une demande croissante renforcée par l'apparition des investisseurs nationaux*, la spéculation immobilière et la construction des zones industrielles menacent de disparition les terres agricoles.<sup>820</sup>

Le développement urbain a fait apparaître un nouveau type d'acteur économique, les promoteurs immobiliers. Les dispositions légales n'ont pas prévu le cas de la relation entre l'Etat, propriétaire foncier et ces nouveaux utilisateurs des terrains bâtis.<sup>821</sup> Ces derniers sont des investisseurs pour lesquels le terrain est un produit d'investissement dont la rentabilité doit être maximisée dans les plus brefs délais.<sup>822</sup> En l'absence du plan de l'urbanisme cohérent et un cadre juridique efficace au niveau national et régional, les décisions arbitraires et la corruption dérèglent la politique foncière menée par l'Etat.<sup>823</sup>

## II) L'INSECURITE JURIDIQUE DES TITRES FONCIERS

La loi de 1993<sup>824</sup> définit les dispositions pour garantir le droit d'usage du sol et créé un office d'enregistrement des DUS pour l'archivage des titres de propriétaires. Ainsi, le certificat qui sert de titre de propriété doit être établi selon un modèle standard unifié au niveau national.<sup>825</sup> Cependant, des conditions techniques nécessaires pour sécuriser les transactions immobilières font défaut au Vietnam.<sup>826</sup>

En premier lieu, les transactions des propriétés nécessitent l'identification certaine du contenu des droits par des supports techniques, notamment des plans d'occupation du sol, des permis de construire, des fiches, des photos cadastrales et des photos satellites. Ensuite, la sécurisation des transferts de droit requiert la mise en place

---

<sup>819</sup> Voir NGUYEN (N.D.), « La nature juridique du droit d'usage du sol en droit vietnamien à la lumière du droit français », op.cit., p. 1205.

<sup>820</sup> QUERTAMP (F.), « La périurbanisation de Hanoi. Dynamiques de la transition urbaine vietnamienne et métropolisation », op.cit., p. 106.

<sup>821</sup> PANDOLFI (L.), « *Hanoi 1986-2000, une terre sans prix, réformes foncières et urbanisation au Vietnam* », op.cit., p. 8.

<sup>822</sup> FERMER (G.), « La promotion immobilière », *La Vie française*, 22 juin 1966, p. 1101.

<sup>823</sup> PANDOLFI (L.), « *Hanoi 1986-2000, une terre sans prix, réformes foncières et urbanisation au Vietnam* », op.cit., p. 3.

<sup>824</sup> Voir MELLAC (M.), FORTUNEL (F.), TRAN (D.D.), *La réforme foncière au Vietnam, analyse des jeux d'acteurs et du processus de transformation des institutions aux échelons central et provincial*, op.cit., p. 42.

<sup>825</sup> Le système d'enregistrement (certificat du droit d'usage des terrains selon un modèle uniforme sur tout le territoire vietnamien) datait de 2004 (décret 181/2004/ND/CP). Voir MELLAC (M.), FORTUNEL (F.), TRAN (D.D.), *La réforme foncière au Vietnam, analyse des jeux d'acteurs et du processus de transformation des institutions aux échelons central et provincial*, AFD, 2010, p. 57.

<sup>826</sup> WORLD BANK 2014. *Land transparency study: synthesis report*. Hanoi, Vietnam: Hong Duc Publishing House. <http://documents.worldbank.org/curated/en/2014/01/23010492/land-transparency-study-synthesis-report>.

d'un système d'enregistrement juridique garantissant la date certaine des transferts pour éviter la cession à plusieurs personnes.

Le développement des supports techniques sont bénéfiques pour la gestion foncière, d'autant plus qu'il n'existe pas de documents cadastraux pour l'identification précise des lopins de terre.<sup>827</sup> *Les seules normes concernant la définition de cette fonction sont des plannings, programmes de gestion des sols.* Le manque de plans cadastraux actualisés, est commun à toutes les villes au Vietnam. Au moment de la régularisation, seuls 35% des terrains urbains étaient figurés dans les services cadastraux. Cependant, le cadastre est indispensable pour la gestion foncière. En effet, la tenue d'un cadastre renforce la maîtrise publique des informations concernant les propriétés sur le territoire.<sup>828</sup> En matière juridique, les informations du cadastre facilitent la définition du contenu du droit et les obligations annexes au droit de propriété. En matière économique, ces données facilitent l'affectation des biens pour les emprunts bancaires. En matière fiscale, il s'agit d'informations qui servent de base pour le prélèvement fiscal.

En 1995, un programme d'actualisation du cadastre à Hanoi a été mis en œuvre. Le gouvernement a recours aux géomètres pour l'identification des parcelles, aux informaticiens pour la gestion d'un fichier immobilier. Pour la population, le droit d'accès aux informations cadastrales est reconnu légalement pour la première fois au Vietnam. Le cadastre réalisé est cependant incomplet, *en effet, les limites des terrains publics et notamment des voies, ne sont pas portées sur les planches cadastrales. Ceci permet aux particuliers d'empiéter sur la voie publique.*<sup>829</sup> Le travail cadastral est uniquement concentré sur les terrains résidentiels. Les terrains publics relèvent de la gestion des ministères et ne sont pas figurés sur le cadastre.<sup>830</sup>

Le problème probatoire des titres fonciers est au centre des litiges difficilement résolus selon les règles de droit par le tribunal.<sup>831</sup> Il existe trois catégories de titres de propriétaires concernant le droit d'usage du sol : ceux qui sont définis par la loi du sol de 1993, ceux de la loi du sol de 2003 et ceux issus du décret 181/2004/ND/CP. Les réformes de la loi du sol de 2003 ainsi que le décret 88/2009/ND-CP le 19/10/2009 ont pour objectif de clarifier la situation de ces multiples documents. Ainsi, le titre de propriété de l'habitation ainsi que celui du DUS sont unifiés dans un seul titre.

A côté de la propriété reconnue légalement, les propriétés de fait subsistent en marge de la loi, notamment en milieu rural<sup>832</sup>. Les critères de preuves pour prouver la possession normale, notamment les opérations commerciales, ne permettent pas à la personne de bénéficier de la prescription acquisitive,<sup>833</sup> d'autant plus que le DUS n'est pas assimilé au droit de propriété et ne peut bénéficier de la prescription acquisitive. Face au flou juridique, la population cherche par des moyens informels à résoudre les besoins de la vie quotidienne. En effet, 75% des transactions foncières à Hanoi sont

---

<sup>827</sup> NGUYEN (V.T.), N (H.D.), *Des problèmes actuels de la propriété dans notre pays*, op. cit., p. 208.

<sup>828</sup> PANDOLFI (L.), *Une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam 1986-2000*, op.cit., p.215.

<sup>829</sup> Ibidem ,p. 227.

<sup>830</sup> Ibidem, p. 227.

<sup>831</sup> TRAN (K.C.), « *Tiếp cận vấn đề quyền sở hữu đất đai của nước ta hiện nay* » (*Une approche du problème du droit d'usage du sol actuellement au Vietnam*) disponible sur le site : <http://www.tapchiconsan.org.vn/Home/Nghiencuu-Traodoi/2013/24845/Tiep-can-giai-quyet-van-de-quyen-so-huu-dat-dai-o.aspx> mis en ligne le 6/12/2013, consulté le 6/2/2014.

<sup>832</sup> Article 247 du code civil de 2005.

<sup>833</sup> TUONG (D.L.), *Le droit civil et la pratique judiciaire*, p. 175.

effectuées hors des circuits officiels.<sup>834</sup> L'insécurité juridique dans le domaine foncier a des impacts négatifs sur la mise en œuvre des projets d'infrastructures sous forme *BOT*, dans lesquels l'accès aux terrains est une condition déterminante.

## Paragraphe 2) La libération des terrains dans les projets d'investissement

La première étape du lancement d'un projet PPP est la libération du terrain sur lequel l'ouvrage sera construit et exploité. Ce processus implique des mesures d'expropriation et donc des coûts d'indemnisation importants. *Aucun projet d'infrastructure ne peut être lancé sans rachat ou indemnisation de ces droits d'usage. Dans les villes importantes comme Hanoi ou Ho Chi Minh ville, le montant de ces « indemnités » d'expropriation peut être supérieur au montant des coûts des travaux.*<sup>835</sup>

Dans la réalité, le cadre juridique concernant les procédures d'expropriation ne permet pas de régler les problèmes. *L'article 38 de la loi des sols de 2003 dispose que l'Etat peut imposer le retrait de ce droit pour un besoin lié à la défense nationale, la sécurité nationale, l'intérêt public ou le développement de l'économie.*<sup>836</sup> Cependant, à la différence du droit français, le concept d'intérêt public n'est pas été défini en droit vietnamien. Lors des expropriations, l'autorité publique est tenue de payer aux propriétaires une indemnité et de leur fournir une aide à la réinstallation. L'indemnité est destinée à remplacer le DUS qui est retiré pour cause d'utilité publique. *Il s'agit des droits sur le fonds et de ceux des biens matériels qui y sont attachés.*<sup>837</sup> Cependant, le fait de subir des dommages collatéraux, causés par le retrait du DUS ne peut donner suite au droit des indemnités. *L'exemple typique est celui du titulaire d'une servitude supprimée par l'effet d'un retrait,*<sup>838</sup> en effet, la perte de ce droit n'est pas reconnue en l'absence des dispositions concernant la servitude.

Dans les zones rurales, les expropriations privent la population de leur habitation et perturbent leurs conditions de vie. Si le principe de l'expropriation est reconnu, c'est le mode et le calcul du montant de l'indemnisation qui bloquent la libération des terrains dans les projets *BOT*. En ce qui concerne le mode d'expropriation, *le droit vietnamien ne fait intervenir l'indemnisation en valeur qu'à titre subsidiaire ou complémentaire de l'indemnisation en nature.*<sup>839</sup> Ce mécanisme implique le relogement dans un environnement qui permet aux expropriés de continuer leurs activités antérieures. Dans la réalité, les propriétaires réclament systématiquement la contrepartie en nature aux expropriants. Cette solution est difficilement mise en œuvre en raison de la démographie exponentielle et le dynamisme économique qui font augmenter la valeur de la terre.

---

<sup>834</sup> Voir GILLEPSIE (J.), "The emerging role of property rights in land and housing disputes in Hanoi", in *State, society and the market in contemporary Vietnam*, Routledge, New York, 2013, p. 103.

<sup>835</sup> PHAM (P.L.), « La réforme de l'Etat et des entreprises au Vietnam : le cas des infrastructures de transport », Thèse de cotutelle de l'Ecole Nationale des Ponts et Chaussées et l'Ecole Supérieure de transport et communication de Hanoi, 2007, p. 97.

<sup>836</sup> Voir NGUYEN (N.D.), « La nature juridique du droit d'usage du sol en droit vietnamien à la lumière du droit français, op. cit., p. 1221.

<sup>837</sup> Voir NGUYEN (N.D.), « Droit d'usage du sol en droit vietnamien », op.cit.,p. 1223.

<sup>838</sup> Ibidem, p. 1224.

<sup>839</sup> Voir NGUYEN (N.D.), « La nature juridique du droit d'usage du sol en droit vietnamien à la lumière du droit français, op.cit., p. 1225.

Le calcul du montant des indemnités constitue un second obstacle. En effet, a complexité des normes, ainsi que le barème de prix officiel, déconnecté de la réalité du marché, posent des obstacles à la procédure de l'indemnisation.<sup>840</sup> Par ailleurs, les autorités publiques disposent d'un pouvoir arbitraire dans ce domaine. En effet, en modifiant la catégorie par une décision de reclassement, l'administration peut réduire ou augmenter de manière considérable le montant des indemnités.<sup>841</sup>

En l'absence des normes claires, les autorités publiques autorisent le bénéficiaire du terrain de négocier avec les propriétaires expropriés pour fixer les indemnités.<sup>842</sup> Ces montants ne doivent pas être supérieurs à la somme totale des loyers que le bénéficiaire doit verser à l'Etat. Dans les projets d'investissements, l'administration locale choisit souvent la solution de l'indemnisation financière qui a deux avantages, en premier lieu, cette solution évite le processus difficile de relogement de la population, ensuite, le paiement des indemnités est à la charge des concessionnaires.<sup>843</sup> En effet, selon le décret 108 concernant les *BOT*, l'investisseur privé doit payer les indemnités des terrains expropriés, sauf en cas de participation publique.<sup>844</sup> Le comité populaire local a la charge d'organiser l'opération de libéralisation du terrain et de la négociation du montant des indemnités *et de veiller à ce que ces derniers indemnisent les occupants des terrains récupérés.*<sup>845</sup> Une Commission d'indemnisation,<sup>846</sup> composée des parties concernées ou ses représentants, peut être chargée de la négociation de l'accord qui sera soumis à la validation du Comité populaire local.<sup>847</sup>

La population concernée par les expropriations ont conscient de leur position de force dans la négociation des indemnités. En effet, le blocage des négociations génère des surcoûts aux projets, d'autant plus que la loi ne prévoit pas de procédure judiciaire pour régler ce type de litige.<sup>848</sup> Les négociations tournent parfois en conflits ouverts entre la population et l'administration locale. *Face au refus du retrait, l'Etat peut, soit procéder à l'exécution forcée du retrait, soit continuer à conjurer les bénéficiaires d'accepter l'indemnisation.*<sup>849</sup> Dans la majorité des cas, l'autorité publique évite le recours à l'exécution forcée. En effet, les dirigeants locaux ont une relation proche avec la population et ne prennent pas le risque de voir leur crédibilité altérée auprès d'une population furieuse de se voir expulsée de leur habitation principale. Pour convaincre les expropriés, les autorités publiques augmentent le budget d'indemnisation, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un projet concernant les investisseurs étrangers. Les transactions sont parfois interminables puisque la population a le droit de refuser de livrer les terrains tant que les indemnités ne sont pas versées. Cette situation provoque des retards considérables pour les travaux de chantier qui doivent commencer selon le planning prévu.

Pour régler le problème du blocage des transactions, le décret de 1998 a autorisé les autorités régionales à prendre en main les opérations de libérations des terrains pour

---

<sup>840</sup> Voir paragraphe 2 sous-section 1 ci-dessus.

<sup>841</sup> Voir I, paragraphe 2, sous-section 1, section 1 ci-dessus.

<sup>842</sup> Art. 3 de l'arrêté 197 relatif à la gestion du sol.

<sup>843</sup> Art. 3 de l'arrêté 197 relatif à la gestion du sol.

<sup>844</sup> Art. 20 de l'arrêté 197 relatif à la gestion du sol.

<sup>845</sup> Voir NGUYEN (N.D.), « Droit d'usage du sol en droit vietnamien », op.cit., p. 1222.

<sup>846</sup> Art. 39 de l'arrêté 197 relatif à la gestion du sol.

<sup>847</sup> Voir NGUYEN (N.D.), « La nature juridique du droit d'usage du sol en droit vietnamien à la lumière du droit français, op.cit., p. 1226

<sup>848</sup> Ibidem, p. 1226.

<sup>849</sup> Ibidem, p. 1226.

les concéder ensuite aux investisseurs.<sup>850</sup> Une gestion foncière transparente et efficace est cependant nécessaire pour sécuriser les investissements.

## **SECTION 2) LES REFERENCES DU DROIT COMPARE : L'INTERET DU DROIT FRANÇAIS POUR LA GESTION FONCIERE AU VIETNAM**

Pour le Vietnam, la recherche des références étrangères adaptables au système juridique interne, doit tenir compte du contexte culturel et historique du pays. En effet, une culture juridique étrangère trop contrastée laisse deviner que le modèle en question peut avoir des caractéristiques qui le rendent inadaptable au système local. Ainsi, le processus d'harmonisation de la propriété privée avec le droit libéral est difficile, notamment en ce qui concerne la propriété foncière. Les études comparatives ont révélé en premier lieu que les caractéristiques spécifiques du système foncier britannique (Sous-section 1) sont en contraste avec le modèle foncier en transition au Vietnam. Ensuite, les références de la gestion du domaine public en France (Sous-section 2) sont des références éventuelles pour une réforme en profondeur du modèle foncier vietnamien.

### **Sous-section 1) les caractéristiques spécifiques du système foncier britannique**

Le système de propriété foncière appartenant au peuple vietnamien, représenté par l'Etat, est en fort contraste avec le système foncier formé sous des influences historiques du capitalisme anglais (Paragraphe 1). Le caractère libéral marqué du système foncier anglais (Paragraphe 2) est, à l'évidence, une divergence marquée de ce système par rapport au modèle vietnamien.

#### **Paragraphe 1) Les influences historiques du capitalisme anglais**

La force du Royaume-Uni réside dans sa manière d'évoluer sans rupture radicale avec le passé. Le système foncier actuel du pays est la continuité d'un modèle archaïque (I) qui s'adapte à l'évolution du capitalisme anglais. Ainsi, il n'existe pas de régime spécial de la propriété foncière publique dans ce pays. (II)

##### **I) LA CONTINUTE D'UN MODELE FONCIER ARCHAÏQUE**

La propriété foncière en Angleterre n'est pas un sujet facile à cerner en raison de l'absence de centralisation des actes de propriété. *Pour la majeure partie de l'histoire anglaise, la question de savoir à qui la terre appartenait et dans quelle proportion,*

---

<sup>850</sup> PANDOLFI (L.), « Hanoi 1986-2000, une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam », op.cit., p. 272.

demeure en quelque sorte un mystère.<sup>851</sup> Le capitaliste anglais a été la suite de l'évolution des propriétés foncières. En effet, à partir du 18<sup>ème</sup> siècle, les immenses domaines fonciers appartenant aux grands propriétaires ont été transformés en fermes de grande taille, dans le style capitaliste.<sup>852</sup> L'économie anglaise de l'époque s'appuie sur une agriculture solide des grands domaines fonciers.<sup>853</sup> Cependant, le *lanlordisme*<sup>854</sup> qui est une caractéristique anglaise a nettement diminué avec le temps. Le capitalisme dans le domaine de l'agriculture s'est poursuivi par la suite, dans la révolution industrielle anglaise.

Dans les années soixante-dix, les autorités publiques, alertées par les importants achats des terres anglaises par les étrangers et par les institutions financières<sup>855</sup>, attirées par le prix relativement bas des terres anglaises,<sup>856</sup> ont ordonné une étude sur la réalité des possessions foncières au Royaume-Uni.<sup>857</sup> Ainsi, le résultat du rapport *Northfield* a souligné la nécessité de considérer la terre *comme une ressource rare qu'il faut gérer au mieux des intérêts de la nation*.<sup>858</sup> Pour les anglais, les acquéreurs et les investisseurs ne sont pas considérés comme des forces rivales dans les enjeux fonciers.

Dans ce pays, il n'existe pas une seule forme de propriété foncière. Des types de propriétés archaïques telles que le duché de Lancastre ou des propriétés anciennes de l'Eglise et des universités coexistent avec les modèles atypiques du type des petits 'kolkhoz' du ministère de l'Agriculture. Les propriétés acquises par des institutions financières sont des modèles qui vont évoluer vers d'autres structures selon les modèles de placement rentables imaginés par ces institutions.<sup>859</sup>

A la différence de la France, le Royaume-Uni n'a pas aboli la logique féodale du système foncier, ainsi l'évolution du droit foncier a été un ajustement successif sans qu'il y ait de rupture ni de changement radical. En effet, *dans la tradition juridique française, l'avènement de la propriété privée exclusive coïncide à la fois avec l'abolition formelle de la féodalité et la libéralisation du marché foncier*.<sup>860</sup> Or, *cette proposition ne se vérifie pas dans le contexte du droit anglais*<sup>861</sup> qui se construit selon une logique d'adaptation et de continuité. En effet, les caractéristiques et la structure du droit foncier de l'époque féodale sont considérées comme des contraintes avec lesquelles il faut composer<sup>862</sup> dans le processus d'adaptation et dévolution du droit.

---

<sup>851</sup> BECKETT (J.V.), SANCONIE (M.), « La propriété foncière en Angleterre aux XVIIe et XVIIIe siècles », in *Histoire, économie et société*, 1999, 18e année, n°1. Terre et paysans, pp. 25 et s., p. 26.

<sup>852</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>853</sup> Voir BRENNER (R.), « Agrarian class structure and economic development in pre-industrial Europe », *Pass and Present*, 70, 1976, pp. 30 et s.

<sup>854</sup> MOINDROT (C.), « L'évolution récente de la propriété foncière et des modes de faire-valoir en Grande-Bretagne », in *Annales de géographie*, 1980, t. 89, n° 496, pp. 689 et s., p. 725.

<sup>855</sup> Il s'agit des compagnies d'assurance, des fonds de retraite, des SICAV foncières. Voir MOINDROT (C.), « L'évolution récente de la propriété foncière et des modes de faire-valoir en Grande-Bretagne », op.cit.

<sup>856</sup> MOINDROT (C.), « L'évolution récente de la propriété foncière et des modes de faire-valoir en Grande-Bretagne », op.cit., p. 725.

<sup>857</sup> Ibidem, p. 725.

<sup>858</sup> Ibidem, p. 690.

<sup>859</sup> Ibidem, p.722.

<sup>860</sup> PATAULT (A.M.), *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989, §§115 et 116, p. 143.

<sup>861</sup> GALEY (M.), « Genèse de l'Etat et droits de sol, L'empreinte de la dynamique institutionnelle sur la formalisation juridique de la propriété (à la lumière d'une comparaison franco-anglaise), » op. cit., p. 694.

<sup>862</sup> GALEY (M.), « Genèse de l'Etat et droits de sol, L'empreinte de la dynamique institutionnelle sur la formalisation juridique de la propriété (à la lumière d'une comparaison franco-anglaise), In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 56 N°3,2004. pp. 685 et s., p. 694.

A la différence du Vietnam qui considère la terre comme un symbole de souveraineté d'Etat et de lutte de classe, le foncier dans le système anglais est une ressource matérielle dénuée d'idéologie politique. La gestion des terres appartenant au domaine public ne justifie pas un régime différent de celui qui est appliqué pour les terres privées.

## II) L'ABSENCE D'UN REGIME SPECIAL DE LA PROPRIETE FONCIERE PUBLIQUE

En droit de *Common Law*, il n'existe pas de notion de personne morale de droit public, dans le sens où une telle personne peut être soumise à des règles de droit dérogatoires au droit commun, en raison de la nature des missions publiques. En effet, l'attribution d'une personnalité publique à l'Etat, aux collectivités locales et aux établissements publics est finalement propre à la tradition romano-germanique.<sup>863</sup> Dans le système de *Common Law*, ces institutions sont considérées comme des sujets de droits ordinaires,<sup>864</sup> en conséquence elles sont soumises au même droit que les particuliers. L'assujettissement au droit commun est d'autant plus favorisé que les personnes publiques, à commencer par l'Etat, n'existent pas dans ces pays. Ainsi, au Royaume-Uni, la notion d'Etat telle que la préconisent les droits d'inspiration romaniste n'existe pas. L'Etat britannique (*state*) ne dispose pas de personnalité juridique, il consiste plutôt en une accumulation d'institutions et d'organisations aux formes et fonctions variées. L'Etat n'est donc pas réellement conçu comme une entité légale, tout au plus est-il perçu comme une notion faisant référence à la nation ou au royaume.<sup>865</sup>

Dépourvues de personnalité juridique, les institutions publiques ne disposent d'aucun patrimoine : les fonds et les biens dont l'Etat et l'administration ont besoin, ne leur appartient pas en propre mais sont la propriété de différentes organisations, notamment le Parlement, qui reste l'ultime titulaire de ces biens. En conséquence, les biens qui sont à la disposition des autorités administratives, sont soumis aux règles ordinaires de la propriété. L'affectation de ces biens à l'utilité publique est assimilée à une servitude qui s'impose au propriétaire, sans toutefois modifier le rapport d'appropriation.<sup>866</sup> *Les pays de Common Law qui ne connaissent pas la distinction du droit public – droit privé ignorent la notion de domaine public stricto sensu et l'ensemble des biens des personnes publiques sont gérés selon les principes du droit commun.*<sup>867</sup>

Les collectivités locales (*local authorities*) existent, mais elles ne sont pas considérées comme des personnes publiques.<sup>868</sup> Elles sont seulement déterminées par leur personnalité morale, au même titre que les sociétés et rien ne les différencie de ces dernières. Disposant d'une personnalité juridique, elles peuvent donc naturellement être propriétaires de biens et titulaires d'obligations, dans les conditions du droit privé. Les entreprises publiques (*public corporations*) sont également des sujets de droit ordinaires, jouissant de la même personnalité morale que les entreprises privées, tout en

---

<sup>863</sup> CHAMARD (C.), La distinction des biens publics et des biens privés, op.cit., p. 162.

<sup>864</sup> Ibidem, p. 162.

<sup>865</sup> Sur la notion d'Etat dans la Common Law, P.FOUCHER, Droit administratif, op.cit., p. 10.

<sup>866</sup> YOLKA (Ph.), La propriété publique, Thèse op.cit., p. 165.

<sup>867</sup> MORAND-DEVILLER (J.), Droit administratif des biens, Paris, Montchrestien, 2012, p. 11.

<sup>868</sup> Il s'agit des communes, des districts et des comtés. Voir FOULKERS (D.), Administrative law, Butterworth & Co Publishers Ltd; 5th Revised edition, 1982, p. 22.

faisant partie des autorités administratives. Elles disposent donc d'un patrimoine et sont propriétaires des biens qui les composent.<sup>869</sup>

Finalement, la seule véritable personne publique qui existe dans les pays de Common Law est la Couronne (*Crown*)<sup>870</sup> : elle est la seule personne morale faisant partie des autorités publiques qui est soumise à des règles dérogatoires au droit commun. La Couronne désigne l'ensemble des pouvoirs exercés collectivement au nom du souverain ; elle concrétise la notion de puissance publique. Les propriétés publiques prééminentes sont les mêmes que dans les pays de tradition romano-germanique. Il s'agit des biens dits naturels, les ressources naturelles. D'autres biens, nécessaires à la défense nationale font partie des biens publics. Les dispositions dérogatoires au droit commun s'appliquent tant en matière d'acquisition qu'en matière de gestion et d'aliénation des biens publics. Par ailleurs, les immunités dont la Couronne peut se prévaloir confèrent à ses biens le statut de biens insaisissables et lui permettent de déroger aux règles normales de la prescription, voire de les rendre imprescriptibles.<sup>871</sup>

Ainsi, exception faite de la Couronne, les autorités administratives n'étant pas considérées comme des personnes morales de droit public, elles sont soumises au droit commun, notamment en matière de biens.<sup>872</sup>

## **Paragraphe 2) Le libéralisme marqué du système foncier**

En raison de la conservation des concepts fonciers historiques, le droit foncier anglais se démarque fortement des systèmes de propriété des pays continentaux. En effet, le système anglais adopte un concept de propriété linéaire (I) qui favorise les transactions économiques dans le domaine foncier et qui garantit l'effectivité des titres fonciers. (II) Ces avantages contribuent à la garantie de la sécurité juridique des transactions foncières.

### **I) UN CONCEPT DE PROPRIETAIRE LINEAIRE**

La propriété foncière au Royaume-Uni est basée sur le concept linéaire, en effet, chaque détenteur transmet à celui qui se trouve après lui sur l'échelle, le contrôle du bien mais tout en se réservant une partie de ce contrôle, voire une part des profits du bien.<sup>873</sup> Dans ce système, la propriété peut appartenir à deux entités à des degrés différents, tandis que dans le système foncier basé sur le concept collatéral à l'instar du modèle français, le transfert de la propriété est complet.

Le système linéaire s'explique sans doute dans la mesure où le droit anglais qui n'a pas perdu le souvenir des tenures,<sup>874</sup> ne raisonne pas à partir d'une notion unitaire de

---

<sup>869</sup> Sont par exemple des entreprises publiques en Grande Bretagne, Civil Aviation Authority, British Airport authority, British Broadcasting Corporation, British Coal, London regional transport

<sup>870</sup> FOULKES (D.), *Administrative law*, op.cit., pp. 14 et s.

<sup>871</sup> CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, op.cit., p. 172.

<sup>872</sup> Ibidem, p. 163.

<sup>873</sup> NOYES (C.R.), *The institution of Property, A study of the Development, Substance and Arrangement of the system of Property in Modern Anglo-American Law*, New York – Toronto – Longmans, Green&Co, 1936, p. 514 et s.

<sup>874</sup> *Le droit foncier anglais se fonde encore aujourd'hui, tout au moins dans ses exposés doctrinaux, sur la doctrine des tenures féodales, en vertu de laquelle toute terre est tenue d'un seigneur à qui sont dus les hommages et services en retour d'une mise en possession légitime et garanties.* Voir GALEY (M.),

propriété, mais de ses différents éléments ou fractions. On assiste ainsi à une multiplication des titulaires de droits réels par rapport à un bien-fonds.<sup>875</sup> L'idée d'une propriété absolue, opposable à tous dans toutes les circonstances<sup>876</sup> reste contestable dans le système anglais.

Au Royaume-Uni, le système foncier est basé sur le concept de *l'Estate*, un élément effectif et présent du patrimoine. Ainsi, la terre n'est pas considérée comme objet immédiat de la propriété, celle-ci ne portant pas directement sur elle mais sur *l'Estate*. Cette entité abstraite est ainsi interposée entre son titulaire et le fonds.<sup>877</sup> En effet, *la propriété ne s'attache pas au fonds, mais à l'Estate, permettant ainsi un élargissement du nombre de propriétaire. Le résultat est semblable à celui qui découle d'un démembrement de la propriété mais sans que le droit connaisse une division quant à son contenu : chaque élément séparé correspond à un Estate limité.*<sup>878</sup>

Le propriétaire foncier est appelé le tenancier en fief simple (*tenant in fee simple*), son droit étant le droit de propriété (*Estate*) en fief simple.<sup>879</sup> Dans ce système, les droits de propriétés ne sont pas opposés les uns aux autres. En effet, chaque titulaire dispose d'un droit différent lorsque la condition n'est pas réalisée, ainsi, *le cessionnaire se voit reconnaître toutes les prérogatives du titulaire du fief simple, le cédant ayant conservé une part du contrôle, par exemple le droit de reprendre la propriété. Quand la condition se réalise ou qu'il est certain que l'évènement ne se reproduira pas, on ne considère pas que, rétroactivement, le propriétaire du titulaire du fief simple ainsi consolidé ou élargi ait été la seule propriété. En effet, il n'avait pas au départ un droit de propriété complet, le cédant ayant gardé quelque chose.*<sup>880</sup>

*Le droit foncier anglais contemporain est en grande partie un droit fiduciaire, construit sur l'institution du 'Trust' qui joue un rôle central dans le droit patrimonial anglais.*<sup>881</sup> Ce mécanisme permet de concilier le conflit entre le marché des investissements et le marché foncier. En effet, le premier a besoin de la technique de fragmentation des intérêts sur le sol qui crée des unités de valeur, tandis que le dernier se réfère à la propriété absolue, détenue par le propriétaire.<sup>882</sup> Pour concilier la possibilité d'aliéner librement le sol et la technique de fragmentation de l'intérêt basée sur la doctrine de « *l'Estate* », des mécanismes fiduciaires ont été créés pour la gestion pour le compte d'autrui.<sup>883</sup>

Les concepts du droit foncier anglais sont issus de la tradition capitaliste de longue date. Ils sont intégrés dans un système juridique fondé sur la *logique duale résultant de la combinaison entre Law et Equity, si le Common Law se révèle*

---

« Genèse de l'Etat et droits de sol, L'empreinte de la dynamique institutionnelle sur la formalisation juridique de la propriété (à la lumière d'une comparaison franco-anglaise) », op.cit., p. 687.

<sup>875</sup> PAPANDEOU-DETERVILLE (M.F.), *Le droit anglais des biens*, LGDJ, Paris, p. 157.

<sup>876</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>877</sup> LAWSON (F.H.), RUDEN (B.), *The Law of property*, 2ème éd. Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 88

<sup>878</sup> Ibidem, p. 155.

<sup>879</sup> PAPANDEOU-DETERVILLE (M.F.), *Le droit anglais des biens*, op.cit., p. 131.

<sup>880</sup> Ibidem, p. 156.

<sup>881</sup> GALEY (M.), « Genèse de l'Etat et droits de sol, L'empreinte de la dynamique institutionnelle sur la formalisation juridique de la propriété (à la lumière d'une comparaison franco-anglaise) », op.cit., p. 692.

<sup>882</sup> LAWSON (F.H.), « The Law of Absolute Ownership and Division of Ownership », *International academy of comparative law*, 5e congrès, 4-9 août, 1958, United Kingdom Committee, p. 15.

<sup>883</sup> GALEY (M.), « Genèse de l'Etat et droits de sol, L'empreinte de la dynamique institutionnelle sur la formalisation juridique de la propriété (à la lumière d'une comparaison franco-anglaise) », op.cit., p. 692

décidément trop rigide, plutôt que de l'effacer, on le corrige de l'extérieur en greffant sur lui les mécanismes de l'Equity.<sup>884</sup>

Ces concepts sont difficilement exportés dans le contexte vietnamien pour plusieurs raisons. Sur le point de vue idéologique, la logique capitaliste dans le domaine rural du droit anglais est en contraste avec la logique dirigisme socialiste au Vietnam. La combinaison entre *Law* et *Equity* repose sur la compétence et l'autonomie du système judiciaire, ces éléments sont absents dans le contexte actuel du Vietnam.

## II) L'EFFECTIVITE DES TITRES FONCIERS

En Angleterre, les juges sont souvent des anciens avocats qui ont gardé l'esprit de conseil au client. Ainsi, les magistrats se soucient en premier, dans leurs décisions de dégager une solution qui permettra au « *Sollicitor* » de donner un conseil sûr, de rédiger tel contrat ou tel testament, en étant à même de mesurer le résultat juridique des positions en présence.<sup>885</sup> En effet, la prévisibilité du droit est un élément fondamental pour le commerce.

La propriété foncière du système anglais est spécifique du fait qu'il s'agit d'un droit fondé sur des titres relatifs. La loi du « *Land Registration Act* » en 2002 a affirmé le principe de la confirmation du titre par l'enregistrement et rend impossible l'acquisition d'un titre foncier par la seule possession.<sup>886</sup> Le schéma général des dispositions du *Land Charges Act*, essentielles du point de vue de la publicité et de l'opposabilité des droits aux tiers est le suivant : la plupart des droits de *Common Law* ne doivent pas être inscrits ; ils continuent donc à s'imposer à tous. Certains droits de *l'Equity* ne sont pas soumis à l'obligation d'inscription ; ils sont opposables à tous, sauf à l'acquéreur qui en ignore l'existence, à titre onéreux de bonne foi. Dans le passé, l'idée de l'information sur les charges grevant des immeubles n'ont pas été prise au sérieux par les praticiens et les universitaires au Royaume-Uni. *Aujourd'hui au contraire, le système anglais de publicité foncière est quasiment admis par tous dans sa fonction d'organe propre à révéler les charges pesant sur les immeubles.*<sup>887</sup> *L'heure est à la recherche d'un perfectionnement des mécanismes existants.*<sup>888</sup> *L'effectivité de la règle s'appuie, s'agissant de mutations entre vifs, sur la sanction automatique et sévère, de l'inopposabilité aux tiers concurrents.*<sup>889</sup>

La structure juridique anglaise, caractérisée par l'absence de toute structuration conceptuelle de droits et d'institutions, conséquence directe de la prépondérance traditionnelle de l'action sur le droit, exprimée par « *l'adage remedies precedes rights* », <sup>890</sup> n'est pas instructive pour le travail de construction d'un système juridique du législateur vietnamien. Les références d'un modèle appartenant au système de droit

---

<sup>884</sup> Voir note 31 GALEY (M.), « Genèse de l'Etat et droits de sol, L'empreinte de la dynamique institutionnelle sur la formalisation juridique de la propriété (à la lumière d'une comparaison franco-anglaise) », op. cit., p. 687.

<sup>885</sup> SALVAT (O.), « Etude de publicité foncière comparée : l'influence de la connaissance des droits non publiés sur leur inopposabilité dans les jurisprudences anglaises et françaises », *RIDC*, 4-1998, pp. 1125 et s., p. 1142n note 50.

<sup>886</sup> PAPANDREOU-DETERVILLE (M.F.), *Le droit anglais des biens*, op.cit., p. 92.

<sup>887</sup> SALVAT (O.), « Etude de publicité foncière comparée : l'influence de la connaissance des droits non publiés sur leur inopposabilité dans les jurisprudences anglaises et françaises », op.cit., p. 1151.

<sup>888</sup> Ibidem, p. 1151.

<sup>889</sup> Ibidem, p. 1126.

<sup>890</sup> GALEY (M.), « Genèse de l'Etat et droits de sol, L'empreinte de la dynamique institutionnelle sur la formalisation juridique de la propriété (à la lumière d'une comparaison franco-anglaise) », op. cit., p. 697.

écrit sont plus faciles pour le travail de l'amélioration et surtout la construction d'un système propre au Vietnam.

## **Sous-section 2) Les références de la gestion des domaines publics en France**

Selon le professeur Nguyễn Ngọc Diện, il existe des éléments qui favorisent l'étude comparative du régime foncier, au titre du droit des biens entre le système français et celui du Vietnam. *Ainsi, les développements techniques se baseraient alors sur l'idée directrice que le droit d'usage du sol vietnamien n'est autre chose que la propriété immobilière conçue à la française, mais qui est soumise aux restrictions imposées par le législateur vietnamien dans le souci de renforcer autant que possible ce que nous pourrions qualifier en empruntant l'expression du doyen Carbonnier<sup>891</sup> de «domaine éminent de l'État».*<sup>892</sup>

L'ouverture à l'économie du marché a remis en cause le mode de contrôle public par la propriété au Vietnam. Cependant la gestion des biens publics implique la mise en place d'un cadre juridique efficace qui fait défaut dans le pays. Dans ce sens, la culture juridique française du droit des biens publics est en mesure de proposer des pistes de réflexions au Vietnam. A travers les réformes de la gestion de la propriété publique (Paragraphe 1) qui s'orientent vers une gestion dynamique des biens publics (Paragraphe 2), le droit français a prouvé ses qualités d'adaptation au changement de l'environnement économique mondial.

### **Paragraphe 1) Les réformes de la gestion de la propriété publique**

L'approche de protection du domaine public (I) adoptée par les administrateurs dans les décennies précédentes n'est pas pertinente pour la gestion des biens publics dans le contexte de la mondialisation. La gestion des patrimoines publics nécessite, en conséquence, une approche économique de la propriété publique (II) qui permet de valoriser et d'optimiser leurs utilisations.

#### **I) L'APPROCHE DE PROTECTION DU DOMAINE PUBLIC**

En France, les biens publics sont classés en deux catégories : les biens du domaine privé et les biens du domaine public.<sup>893</sup> La notion du domaine public est fondée sur l'idée de la continuité de l'Etat, ce qui implique l'application des règles qui permettent la préservation de la totalité du territoire et la continuité des services publics.<sup>894</sup> Le triptyque<sup>895</sup> de la propriété publique, du domaine et de l'application d'un régime juridique spécial de la domanialité publique est une particularité du droit public

---

<sup>891</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil - Les biens*, Paris, PUF, 1990, n. 223.

<sup>892</sup> NGUYEN (N.D.), « Le code civil vietnamien comme exemple de l'adaptation du Code Napoléon dans le système de la propriété publique des sols », *op.cit.*, p. 262.

<sup>893</sup> YOLKA (P.), *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, LGDJ, Paris, 1997.

<sup>894</sup> MARKUS (J.P.), La continuité de l'Etat en droit public interne, *Rev. Droit public*, 1999, n°4, p. 1099.

<sup>895</sup> NICINSKI (S.), « Le domaine public : de la crise à la reconstruction », *Confluences, Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2007, pp. 690 et s.

français. Ce régime *complète le régime de la propriété publique illustré par le principe de l'insaisissabilité et de l'imprescriptibilité.*<sup>896</sup>

La protection des biens publics est indispensable puisque les acquisitions privées peuvent aboutir à des aliénations de masse qui pourraient remettre en cause l'intégralité territoriale de l'Etat. En effet, la fonction régaliennne peut être affectée si *les voies de communications, les installations de défense ou les biens qui sont le siège de certains services publics, comme la justice ou la police,*<sup>897</sup> peuvent faire l'objet de l'aliénation. Ces dispositions *matérialisent la présence de l'Etat sur le territoire*<sup>898</sup> et ne peuvent être l'objet de transactions privées. En effet, *l'existence même de l'Etat suppose donc la constitution et le maintien d'un certain espace public.*<sup>899</sup>

Dans le contexte de l'économie mondialisée, l'ancien code du domaine de l'Etat est devenu obsolète et ne peut plus répondre aux besoins de la situation. En effet, le cadre rigide du domaine public, axé sur la protection des biens, est devenu contraignant pour les activités économiques, pour la politique de gestion urbaine ainsi que pour l'aménagement du territoire. Concrètement, le concept de domanialité publique est trop restrictif pour la gestion des biens publics et ne répond pas aux besoins de valorisation des propriétés publiques, l'un des impératifs économiques de la France.

Les réformes, dans le cadre de la loi organique relative aux lois de finance (LOLF) du 1<sup>er</sup> août 2001, ont abouti à une nette amélioration de la gestion et de la valorisation économique des biens de l'Etat.<sup>900</sup> Ainsi, la valorisation des valeurs économiques des biens publics est devenue la préoccupation centrale des autorités publiques.<sup>901</sup> On peut dire que le rôle de « l'Etat propriétaire » s'est évolué vers un rôle de « l'Etat gestionnaire, l'Etat régulateur ».<sup>902</sup>

## II) L'APPROCHE ECONOMIQUE DE LA PROPRIETE PUBLIQUE

Le nouveau code général de la propriété de la personne publique (CGPPP)<sup>903</sup> a été la nouvelle version du code du domaine.<sup>904</sup> Ce travail *a le mérite d'une mise en forme rigoureuse qui prend en compte les importantes évolutions* dans le domaine de la propriété publique. Dans ce nouveau code, les domaines publics et privés qui constituent la propriété publique sont regroupés.<sup>905</sup> Le trait novateur du CGPPP est l'approche économique des biens, inspirée du droit anglo-saxon. Ainsi, *la personne publique est maintenant saisie dans la globalité de son patrimoine et le droit cherche aujourd'hui à intégrer cette raison économique dans le comportement et la politique des propriétaires publics.*<sup>906</sup>

A travers ce nouveau code, a été effectué un important travail de clarification, de simplification et de libéralisation du droit de la propriété publique. L'objectif est de trouver une meilleure adaptation aux besoins de la pratique. *Parmi ces besoins, celui de*

<sup>896</sup> SAUGEZ (H.), *L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public*, Thèse de doctorat en droit, Université d'Orléans, 2012, p. 211.

<sup>897</sup> CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, op.cit., p. 500

<sup>898</sup> Ibidem, p. 500.

<sup>899</sup> Ibidem, p. 500.

<sup>900</sup> MORAND-DEVILLER (J.), *Droit administratif des biens*, Paris, Montchrestien, 2012, p. 10

<sup>901</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>902</sup> PANDOLFI (L.), « *Hanoi 1986-2000, une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam* », op.cit., p. 21.

<sup>903</sup> Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, JO 22 avril, p. 6024. Ci-après CGPPP.

<sup>904</sup> Voir PISANI (C.), BOSGIRAUD (C.), « Premières réflexions de la pratique sur le code général des propriétés publiques », *A.J.D.A.*, 2006, pp. 1098 et s.

<sup>905</sup> MORAND-DEVILLER (J.), *Droit administratif des biens*, op.cit., p. 11.

<sup>906</sup> Ibidem, p. 14.

*la valorisation des propriétés publiques est certainement le plus prégnant.*<sup>907</sup> Valoriser, c'est d'abord connaître, déterminer les modes d'utilisation et de gestion appropriés au regard des objectifs. La valorisation des biens exercée par une personne publique est différente de celle d'une personne privée qui est basée, toutes choses égales par ailleurs, sur la maximisation du profit en fonction des réalités du marché. Même si l'exigence de la rentabilité est un critère central, l'objectif de la *satisfaction ou la recherche d'une meilleure satisfaction d'un intérêt général*<sup>908</sup> ne doit pas être négligé.

Dans cette approche, le nouveau code a mis en place des outils juridiques qui permettent aux personnes publiques de valoriser leurs biens. Il a permis, *avec d'autres instruments et dans le sillage des politiques de rationalisation de l'action publique*,<sup>909</sup> de dynamiser la gestion des biens publics. Ainsi, l'administration dispose d'une gamme étendue de moyens pour optimiser la valeur patrimoniale de son domaine, pour valoriser la richesse collective.<sup>910</sup>

Dans son travail de création de norme, le législateur identifie le critère qui permet d'atteindre un objectif précis et, sur la base de ce critère, est élaboré un régime juridique qui permet la mise en œuvre du droit. Dans le cas de la gestion des biens publics, le critère nécessaire à une protection efficace n'est plus *celui de la propriété ni celui de la domanialité, mais celui de la mise à disposition et de l'utilisation effective du bien*.<sup>911</sup> *Par conséquent, ce régime juridique commence à s'appliquer au début de l'affectation et cesse à la fin de celle-ci, si le bien n'assure plus un but d'utilité publique.*<sup>912</sup>

L'affectation des biens, notamment pour l'exercice du service public, est une notion centrale dans la gestion des biens publics, *indépendamment de la personne qui en serait propriétaire*.<sup>913</sup> *La notion d'affectation est au cœur du droit des propriétés publiques. Sans affectation particulière, les propriétés publiques sont des biens proches de ceux des personnes privées.*<sup>914</sup>

En France, *l'Etat ne devient pas propriétaire pour devenir propriétaire, pas plus qu'il ne modifie la destination d'un bien appartenant à autrui sans une solide justification ; cette éminence de la propriété s'exerce en vue d'une affectation à l'intérêt général dont l'Etat demeure seul juge sous le contrôle des juridictions administratives et constitutionnelles.*<sup>915</sup> Selon le nouveau code de propriété, l'Etat reste le seul « maître du domaine public », la décision de l'affectation de la propriété publique lui revient,

---

<sup>907</sup> DYENS (S.), « Le BEA est-il devenu le « droit commun » de la valorisation domaniale ? », *AJ Collectivités Territoriales*, 2013, pp. 79 et s.

<sup>908</sup> IGD, « Valorisation des propriétés publiques », *Rapport de travail*, 2003, p. 9.

<sup>909</sup> CONSEIL D'ETAT, *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, Les entretiens du Conseil d'Etat en droit public économique, 6/7/2011, disponible sur le site : [http://www.conseil-etat.fr/content/download/2622/7894/version/1/file/la\\_valorisation\\_eco\\_des\\_proprietes\\_publicues.pdf](http://www.conseil-etat.fr/content/download/2622/7894/version/1/file/la_valorisation_eco_des_proprietes_publicues.pdf), consulté le 12/3/2015.

<sup>910</sup> MORAND-DEVILLER, « La valorisation économique du patrimoine public », in *Mélanges en hommage à R. Drago*, Economica, 1996, p. 273.

<sup>911</sup> ANDORNO (A.), *Les techniques de gestion des biens, en droits privés et public comparés*, op.cit., p. 61.

<sup>912</sup> SAUGEZ (H.), *L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public*, Thèse doctorale de droit public, Université d'Orléans, 2012, p. 11.

<sup>913</sup> ANDORNO (A.), *Les techniques de gestion des biens, en droits privés et public comparés*, op.cit., p. 61.

<sup>914</sup> MORAND-DEVILLER (J.), *Droit administratif des biens*, Paris, Montchrestien, 2012, p. 10.

<sup>915</sup> BIOY (X.), « La propriété éminente de l'Etat », *RFDA*, 2006, p. 963 et s.

même pour celles qui appartiennent à des collectivités locales.<sup>916</sup> *Il y a une sorte de recentralisation, voire une déterritorialisation des relations entre propriétaires publics.*<sup>917</sup> *L'obligation de conservation des biens inhérente à la propriété publique consiste à limiter les droits du preneur afin que le transfert de jouissance ainsi réalisé n'aboutisse pas à un dessaisissement. De la sorte la personne publique conserve un droit de regard sur les activités déployées et peut imposer que le bien public ne soit utilisé que pour un type d'activité déterminé, ou que la cession éventuelle du titre par le bénéficiaire ne puisse intervenir sans son autorisation, ou encore établir un programme de travaux strictement défini.*<sup>918</sup>

Par ailleurs, la valorisation du bien public peut être appréhendée dans une approche plus large. Cela peut être la mise à disposition du terrain en contrepartie d'un paiement, en une seule fois, du montant total des loyers qui est équivalent à l'aliénation pour une période fixe mais aussi par l'investissement de valorisation du terrain.

## **Paragraphe 2) La valorisation de la propriété publique par investissement privé**

Un progrès remarquable du CGPPP est l'assouplissement des conditions pour constituer les droits réels sur le domaine public.<sup>919</sup> La reconnaissance du droit réel administratif (I) est un élément nécessaire pour la mise en place des instruments juridiques de valorisation du domaine public. (II)

### **I) LE DROIT REEL ADMINISTRATIF**

En France, la propriété est un droit réel global et absolu concernant le sol. L'autorité publique a le pouvoir de contrôler son usage, notamment par la préemption, par l'expropriation et par le zonage.<sup>920</sup> Les principes d'inaliénabilité,<sup>921</sup> d'insaisissabilité, d'imprescriptibilité<sup>922</sup> ont pour objectif de protéger les biens appartenant à la domanialité publique. Ces règles de protection limitent cependant la marge d'action des personnes publiques. En effet, dans les projets PPP, les opérations financières importantes ne peuvent être réalisées si les entrepreneurs privés ne peuvent fournir des garanties exigées par des banques. Par ailleurs, la technique de financement du crédit-bail suppose *le transfert de la propriété publique de la chose sans*

---

<sup>916</sup> BOUDET (J.F.), France domaine ou la réforme politique immobilière de l'Etat en marche, pp. 17 et s., in GOFFE (M.), (sous dir.), Mélanges en l'honneur du Professeur GODFRIN Phillipe, Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique, collec. Droit public, Paris, 2014, p. 27.

<sup>917</sup> BETTIO (N.), *La circulation des biens entre personnes publiques*, Paris, LGDJ, coll. Biblio. des thèses, t.265, 2011.

<sup>918</sup> ANDORNO (A.), *Les techniques de gestion des biens, en droit public et privé comparé*, op.cit. p. 248.

<sup>919</sup> DYENS (S.), « Le BEA est-il devenu le « droit commun » de la valorisation domaniale ? », *AJ Collectivités Territoriales*, 2013, pp. 79 et s.

<sup>920</sup> LIU (K.) « *Procédures et acteurs de l'utilisation du foncier chinois dans un contexte de mutation socio économique, le cas de : Beijing, Shanghai, Xi an* », Thèse de doctorat nouveau régime, en urbanisme, aménagement et politiques urbaines, Université Paris Est, 4 décembre 2008, p. 27.

<sup>921</sup> Le principe de l'inaliénabilité implique l'interdiction de vendre les dépendances du domaine public et celle de constituer des droits réels sur le domaine public. En conséquence, il est impossible d'exproprier un domaine public. Voir SAUGEZ (H.), *L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public*, op.cit. p.213.

<sup>922</sup> *L'imprescriptibilité empêche les personnes publiques d'être dépossédées de leurs biens sans en être conscientes.* Voir SAUGEZ (H.), *L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public*, op.cit. p.214.

dépossession et la cession de droit démembré,<sup>923</sup> ce qui est impossible sans droit de propriété.

Selon les nouvelles dispositions du GCPP,<sup>924</sup> l'attribution du droit réel est systématique pour les titulaires d'une autorisation d'occupation du domaine public de l'Etat, sauf disposition contraire. Ainsi, les acteurs privés peuvent exercer des activités économiques sur des domaines publics moyennant un paiement de redevance à l'administration. L'autorisation, dans ce cas, permet aux occupants d'acquérir la propriété sur les installations construites sur le domaine public. En revanche, dans le cas où l'occupant réalise des installations nécessaires aux exercices d'intérêt général, les occupants ne disposent qu'un droit réel administratif sur ces installations.

Le droit réel accordé à un occupant du domaine public *n'est pas une nouveauté, ni une institution insolite. Simplement, prévu par la loi, il existe de plein droit, alors que l'usufruit, le droit de superficie ou le droit d'usage et d'habitation est normalement établi par voie conventionnelle.*<sup>925</sup> Le droit réel administratif est beaucoup plus restreint que le droit réel civil. En effet, le droit réel civil acquis par un tiers, lie le propriétaire qui a accepté. Ce dernier *ne dispose guère que de l'aliénation ou de l'abandon de son bien s'il veut s'en défaire.*<sup>926</sup> Ainsi, à la différence du droit réel civil, le droit réel administratif n'a qu'une *opposabilité relative à l'égard de la personne publique qui l'a octroyé, celle-ci pouvant, dès que l'intérêt général l'exige, le retirer moyennant indemnité : le droit réel administratif est un droit portant sur le bien d'une personne publique qu'elle a toujours le loisir de convertir en argent.*<sup>927</sup>

La distinction public-privé qui marque la divergence principale entre le droit anglais et le droit français est évidente dans ce domaine. *Les droits réels ainsi conférés sont d'une nature différente de ceux du Code Civil, ce qui prouve encore la marque et la puissance du droit administratif commandé par des impératifs supérieurs tels que l'intérêt général.*<sup>928</sup>

En droit public, le droit réel de l'occupant du domaine public est subordonné à l'obligation de la réalisation du service public ou de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence de l'autorité publique contractante.<sup>929</sup> Le délai de transfert du droit réel au partenaire privé *ne peut avoir pour effet, lorsque le fonctionnement d'un service public est en cause, de faire obstacle aux prérogatives de l'autorité compétente pour en assurer la continuité.*<sup>930</sup>

Cette relativité du droit réel est une mesure pour concilier le principe de valorisation des biens publics et les prérogatives administratives agissant pour l'intérêt général dans le cadre légal. Par ailleurs, le droit réel administratif n'est pas perpétuel en raison du principe de l'inaliénabilité du domaine public et ne peut faire l'objet de

---

<sup>923</sup> GAUDEMET (Y.), *Droit administratif des biens*, Traité de droit administratif, tome 2, LGDJ, Paris, 2011, p. 293.

<sup>924</sup> Article L 2122-6 CGPP.

<sup>925</sup> GAUDEMET (Y.), *Droit administratif des biens*, Traité de droit administratif, tome 2, LGDJ, Paris, 2011, p. 309.

<sup>926</sup> CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, op.cit., p. 469.

<sup>927</sup> « C'est par cette nature temporaire et révocable que les opérations du commerce de la vie administrative se concilient avec l'inaliénabilité du domaine public », Voir *Précis de droit administratif*, p. 737.

<sup>928</sup> SAUGEZ (H.), « L'affectation des biens à l'utilité publique, contribution à la théorie générale du domaine public, thèse université d'Orléans, 1/6/2012, p. 314.

<sup>929</sup> Article L.1311-2 du Code général des collectivités territoriales

<sup>930</sup> Décision CC 1994.

cession. *Le droit réel est circonscrit : il ne concerne que la réalisation des ouvrages que l'occupant devra construire. Le droit de l'occupant est droit de propriété sur toutes ses constructions, sauf s'il s'agit de biens de retour.*<sup>931</sup>

L'approche dynamique de la gestion des domaines publics permet de définir la nature du droit de l'occupation privée. En effet, la nature du droit de propriété sur les constructions et les équipements réalisés par les occupants privés sur le domaine public n'a pas toujours été bien déterminée. *La réponse passe aujourd'hui par une distinction fondamentale selon que l'occupation est consentie pour le seul exercice de l'activité privée de l'occupant ou qu'elle participe de la valorisation du domaine par la réalisation d'installation d'intérêt général.*<sup>932</sup>

L'hypothèque à laquelle les occupants privés peuvent recourir n'a pas les mêmes caractéristiques que celle du droit privé. En premier lieu, sa durée est en fonction de la durée du titre et cesse à son expiration. Ensuite, l'hypothèque ne peut garantir que l'emprunt contracté en *vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situé sur la dépendance domaniale occupée.*<sup>933</sup>

Dans les projets PPP, le droit réel permet aux opérateurs privés de gérer le bien de manière active, notamment en disposant de *la faculté de consentir des sûretés réelles, comme support de financement ou pour valoriser les utilisations de la propriété publique.*<sup>934</sup> Cette disposition est financièrement avantageuse pour les deux parties. *Le coût du contrat est diminué en proportion des possibilités données à l'occupant de financer des investissements en engageant son droit réel sur les installations qu'il réalise,*<sup>935</sup> ainsi cela favorise le financement des investissements *dans les conditions de sécurité juridique satisfaisantes.*<sup>936</sup>

Un cadre juridique efficace implique la mise en place des instruments juridiques qui facilite les transactions par la diminution des frais engagés pour les recherches d'information, pour les relations contractuelles, lors des litiges éventuels ... Dans ce sens, un régime clair concernant le droit réel facilite la gestion des droits sur le domaine public.

## II) LES INSTRUMENTS JURIDIQUES POUR LA VALORISATION DU DOMAINE PUBLIC

Le droit administratif français dispose, depuis une vingtaine d'années, d'outils juridiques tels que les baux emphytéotiques administratifs (BEA) qui ont connu une extension dans les domaines spéciaux.<sup>937</sup> Ces instruments, créés par la loi du 23 juillet

---

<sup>931</sup> SAUGEZ (H.), « L'affectation des biens à l'utilité publique, contribution à la théorie générale du domaine public », thèse université d'Orléans, 1/6/2012, p. 313.

<sup>932</sup> GAUDEMET (Y.), *Droit administratif des biens*, Traité de droit administratif, tome 2, LGDJ, Paris, 2011, p. 287.

<sup>933</sup> GODFRIN (P.), DEGOTTE (M.), *Droit administratif des biens*, 10<sup>ème</sup> éd. SIREY, Paris, 2012, p. 193.

<sup>934</sup> GAUDEMET (Y.), *Droit administratif des biens*, op.cit., p. 293.

<sup>935</sup> Sur ce sujet voir FATOME (E.), « L'apport en garantie des équipements publics », *Rev. Internationale de droit comparé*, 2002, p. 61 ; FATOME (E.), TERNEYRE (Ph.), « Le financement privé de la construction d'ouvrages publics, en particulier sur le domaine public », *AJDA*, 1997, p. 126.

<sup>936</sup> IGD, « Valorisation des propriétés publiques », *Rapport de travail* 2003, p. 21.

<sup>937</sup> BEA ouverts aux établissements publics de santé depuis l'ordonnance du 4 septembre 2003 ou BEA dits 'de valorisation', créés par la loi du 23 juillet 2010, qui permettent la restauration, la réparation, la mise en valeur d'un bien immobilier appartenant à l'Etat.

2010, ont pour objectifs de permettre la restauration, la réparation ou la mise en valeur d'un bien immobilier appartenant à l'Etat ou aux chambres consulaires.<sup>938</sup>

L'intérêt des BEA est le financement privé des équipements ou des ouvrages publics. Ces baux ont une durée assez longue pour permettre d'étaler les amortissements des capitaux mobilisés. Ainsi, *le régime juridique général du BEA est 'équilibré' dans la mesure où il maintient un certain nombre de prérogatives au profit de la personne publique tout en assurant le preneur de la jouissance du bien.*<sup>939</sup> Ainsi, les autorités publiques ont la faculté de se substituer au preneur dans la charge des emprunts en résiliant ou en modifiant le bail. *Ce dernier peut aussi comporter des clauses visant à préserver la propriété publique, la destination des biens et à organiser le pouvoir de résiliation de l'administration.*<sup>940</sup>

Depuis 2002, les BEA peuvent être utilisés par les collectivités territoriales pour les services polices ou justices.<sup>941</sup> Ces instruments peuvent être utilisés pour les établissements publics de santé depuis l'ordonnance du 4 septembre 2003, ou BEA dits « de valorisation ». *En vertu d'une loi du 14 mars 2011, la collectivité territoriale peut conclure un BEA tendant à la restauration, de la réparation, de l'entretien maintenance ou de la mise en valeur d'un bien.*<sup>942</sup>

Le contrat de partenariat Cdp de l'ordonnance 2004 a été l'instrument pour systématiser la reconnaissance de droits réels sur le domaine public. Ce droit a été, selon *la juste expression du professeur Gaudemet*<sup>943</sup> *une étape déterminante.* Ainsi, le droit réel administratif a été plus *qu'un terme, un concept juridique qui façonne le droit des biens publics comme il ordonne celui des biens privés.*<sup>944</sup> La nouveauté du Cdp par rapport aux autres modèles de partenariat est l'octroi du droit réel sur domaine public. Cependant, le principe de la protection du droit de propriété de l'Etat, reconnu dans la décision du Conseil constitutionnel,<sup>945</sup> impose une limite sur l'octroi de ces droits, notamment en ce qui concerne les droits de sûreté qui risquent de paralyser la continuité des services publics. En effet, *le domaine public ne peut être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine.*<sup>946</sup>

---

<sup>938</sup> Disponible sur le site :

[http://www.conseil-etat.fr//content/download/2622/7894/version/1/file/la\\_valorisation\\_eco\\_des\\_proprietes\\_publices.pdf](http://www.conseil-etat.fr//content/download/2622/7894/version/1/file/la_valorisation_eco_des_proprietes_publices.pdf)

<sup>939</sup> DYENS (S.), « Le BEA est-il devenu le « droit commun » de la valorisation domaniale ? », *AJ Collectivités Territoriales*, 2013, pp. 79 et s.

<sup>940</sup> DYENS (S.), « Le BEA est-il devenu le « droit commun » de la valorisation domaniale ? », *op.cit.*, pp. 79 et s.

<sup>941</sup> Article L.1311-4-1. La loi du 14 mars 2011 (L. n° 2011-267, LOPSI II) prolonge l'application du dispositif du BEA pour les constructions de la police et de la gendarmerie jusqu'au 31 décembre 2013, soit pendant toute la durée d'application de la LOPPSI.

<sup>942</sup> Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPSI II) (JO 15 mars, p. 4582), article 96.

<sup>943</sup> GAUDEMET (Y.), « La circulation des propriétés publiques », *JCP N*, 2006, études n° 1343

<sup>944</sup> BIOY (X.), « La propriété éminente de l'Etat », *RFDA*, 2006, p. 963 et s.

<sup>945</sup> Décision CC 25-26 juin 1986.

<sup>946</sup> DEVOLVE (P.), « Les PPP et principes de la commande publique », p. 481 et s.

### Paragraphe 3) L'intérêt pour la gestion publique au Vietnam

Dans le contexte actuel du Vietnam, la gestion foncière et immobilière sont des défis majeurs de la politique urbaine du gouvernement. La valorisation des biens n'est pas limitée uniquement à la maximisation du profit que l'Etat peut retirer de ces propriétés mais inclut aussi la mise en œuvre de la politique sociale et de la politique d'urbanisme. Le développement foncier au Vietnam révèle le changement de la conception de la terre patrimoine à celle de la terre, support de production de nature capitaliste.<sup>947</sup>

Les références de la gestion des domaines publics peuvent inspirer les travaux de réformes de la gestion foncière au Vietnam. En effet, le régime domanial français est un *régime fonctionnel*<sup>948</sup> de protection et de conservation des biens publics. Ces biens sont destinés à l'usage public ou à la réalisation des services publics.<sup>949</sup> Les règles du régime domanial régissent les *affectations d'utilité publique que ces biens sont susceptible de recevoir*.<sup>950</sup> Ainsi, le domaine public inclut la notion de propriété et celle de sa gestion, en ce sens, le domaine public est un concept utile pour la gestion des biens publics au Vietnam. En effet, l'élargissement du critère de la gestion foncière au-delà de la notion de propriété, peut constituer une perspective pour les réformes de gestion foncière au Vietnam.

Par ailleurs, une grande majorité des contraintes qui font obstacles à l'ouverture à l'économie est liée aux conflits entre propriétés publiques et propriétés privées. L'approche de l'utilité ouvre des perspectives pour mieux appréhender l'aspect économique du droit d'usage du sol. En effet, *le critère de l'utilité permet de démembrer un bien, de le fragmenter, chacune de ses utilités pouvant être dévoyées sans se nuire les unes aux autres*.<sup>951</sup>

Dans le système vietnamien, la titularisation des utilités du sol reste étatique puisque ces dernières sont consubstantielles au droit de propriété originel.<sup>952</sup> Les bénéficiaires du droit d'usage du sol ont un *droit de jouissance qui s'exerce directement contre la chose*<sup>953</sup> qui est la terre. Le concept de droit réel administratif du droit français peut inspirer les dirigeants pour améliorer la gestion foncière sans cesse en évolution et répondre aux besoins de développement économique et social du pays. En effet, *conférer un droit réel à une personne lui permet de profiter des utilités d'un bien dont elle n'est pas propriétaire*.<sup>954</sup> Le droit qui est transféré à la personne privée, *c'est celui de la jouissance des utilités, et plus précisément du droit de jouir de ces utilités*. Le droit d'aliéner reste *celui du propriétaire et de lui seul*. *En aucun cas le bénéficiaire ne*

---

<sup>947</sup> PANDOLFI (L.), « Hanoi 1986-2000, une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam », op.cit., p. 532.

<sup>948</sup> GAUDEMET (Y.), *Droit administratif des biens*, Traité de droit administratif, tome 2, LGDJ, Paris, 2011, p.139.

<sup>949</sup> MORAND-DEVILLER (J.), *Droit administratif des biens*, Paris, Montchrestien, 2012, p. 10.

<sup>950</sup> IGD, « Valorisation des propriétés publiques », *Rapport du groupe de travail*, 2003, p. 9.

<sup>951</sup> KRIEF-SEMITKO (C.), *La valeur en droit civil français*, L'harmattan, Logiques juridiques, 2009, p. 100.

<sup>952</sup> ANDORNO (A.), « Les techniques de gestion des biens, en droit privé et public comparé », op.cit., p. 213.

<sup>953</sup> MATHIEU-IZORCHE (M.L) propose de parler de droit direct s'agissant des droits réels et de droit indirect s'agissant des droits personnels : *Droit Civil, les biens*, n° 108.

<sup>954</sup> GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, op.cit., p. 87.

peut en disposer.<sup>955</sup> Les droits réels ne portent pas atteinte au droit de propriété mais au bien sur lequel s'exerce le droit de propriété.<sup>956</sup> Cependant, la propriété étatique s'en trouve affectée dans la mesure où l'exclusivité ne s'exerce plus de manière absolue<sup>957</sup> puisque les droits réels dénommés principaux et droits démembrés de la propriété viennent amputer une partie des prérogatives du propriétaire.<sup>958</sup>

Par ailleurs, la création des outils juridiques basés sur le droit réel administratif permet étendre les PPP à des applications variées, et non pas limités aux types pseudo-concessifs à l'instar des projets *BOT* connus au Vietnam. En effet, le modèle du bail réel immobilier administratif favorise le financement privé des opérations de constructions immobilières nécessaires pour les activités d'intérêt général. La cession des droits d'usage du sol pour rentabiliser le foncier peut être encadrée par des règles du droit réel administratif qui laisse aux autorités publiques la possibilité d'intervention lorsque l'action publique l'oblige.

Le développement des projets PPP au Vietnam se heurte à des obstacles du cadre foncier et souffre aussi des lacunes d'un droit des contrats insuffisants par rapport à des complexités de ce processus.

---

<sup>955</sup> ANDORNO (A.), « Les techniques de gestion des biens, en droit privé et public comparé », Thèse, Toulouse, op.cit., p. 213.

<sup>956</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>957</sup> GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, op.cit., p. 87.

<sup>958</sup> KRIEF-SEMITKO (C.), *La valeur en droit civil français*, op.cit., p. 100.

## CHAPITRE II) LE CADRE JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

En France, la pratique des contrats de la commande publique est influencée par deux phénomènes : l'internationalisation sous la double impulsion de l'intégration communautaire et l'intégration dans le marché international et la financiarisation des projets publics.<sup>959</sup> Ainsi le mécanisme d'ingénierie financière issu du monde anglo-saxon qui innerve amplement la finance internationale,<sup>960</sup> s'introduit en droit public français. Au-delà du montage financier, le financement sur projet est également une forme particulière de « gouvernance »<sup>961</sup> et contribue à moderniser les actions publiques en France.

La pratique contractuelle a contribué à faire évoluer la théorie générale du contrat administratif en France, branche distincte du droit privé. L'existence de ce droit est justifiée par l'importance du rôle de l'Etat en tant que gestionnaire et régulateur. En effet, par son caractère consensuel, le contrat est un moyen d'échange réel des volontés entre l'administration et son cocontractant privé.<sup>962</sup> De ces échanges, il est possible de trouver un compromis entre deux logiques contradictoires qui tentent à travailler ensemble, celle de la politique et celle du commerce.<sup>963</sup>

Pour que le contrat soit un instrument de l'action publique, il est nécessaire d'élaborer un cadre juridique adapté. *La lecture des articles d'Ann Davies et Patrick Birkinshaw montre que, sur le plan de la conceptualisation comme des équilibres théoriques, le droit français des contrats administratifs fait plutôt figure de modèle pour un droit anglais des contrats publics qui est encore, à bien des égards, en gestation.*<sup>964</sup>

Les autorités publiques vietnamiennes cherchent des modèles étrangers qui pourraient inspirer les réformes du droit des contrats en cours. Les références du droit comparé ont mis en évidence l'intérêt du modèle de droit français des contrats publics (Section 1) pour les réformes de la gestion des affaires publiques au Vietnam. Le droit des contrats publics est d'autant plus utile que le développement des contrats PPP est au cœur des actions gouvernementales. La tradition française du partenariat dans les contrats relationnels (Section 2) présente donc des apports intéressants pour les réformes du cadre juridique concernant ces contrats.

---

<sup>959</sup> ORTEGA (O.), Les évolutions récentes de la pratique des contrats de la commande publique », *Contrats publics*, n° 100, juin 2010 pp.65 et s. p.65.

<sup>960</sup> Ibidem, p.65.

<sup>961</sup> LYONNET DU MOUTIER (M.), « Comprendre le montage du financement sur projet d'une autoroute Européenne », *Gérer et comprendre*, n° 70, Décembre 2002, pp. 4 et s. p. 5.

<sup>962</sup> PEYRICAL (J.M.), « Régime de passation des contrats publics : le droit des délégations comme modèle ? », *AJDA*, 2004, p.2136 et s.

<sup>963</sup> VIDAL (L.), « L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative », Bruxelles, BRUYLANT, 2005, p. 1201.

<sup>964</sup> FREEDLAND (M.), "Government by Contract and Public Law", *Public Law*, Sweet&Maxwell, Royaume-Uni, 994, p. 86.

## **SECTION 1) LES REFERENCES DU DROIT COMPARE : L'INTERET DU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS PUBLICS**

La conception du contrat public est très différente dans les systèmes de droit continental et de droit *Common Law*. Dans la pratique, les solutions mises en œuvre dans les procédures de passation et de l'exécution des contrats, ont cependant des points communs, ce qui permet de déduire que le régime juridique appliqué à des contrats publics est plus ou moins dérogatoire par rapport au droit commun, quelle que soit l'organisation du système.

Pour évaluer la réalité de la relation contractuelle public-privé, il est nécessaire d'observer comment le droit des contrats gère la relation entre les parties dont le rapport de force est inégal. Cette question est encore plus d'actualité dans le contexte de la politique interventionniste en transition du Vietnam. En effet, le cadre du droit des contrats en construction au Vietnam n'est pas adapté pour prendre en compte les particularités des contrats publics. Le travail de l'analyse comparative des deux systèmes juridiques fait apparaître d'une part, les éléments inadaptés du droit anglais des contrats par rapport aux besoins juridiques du Vietnam (Sous-section 1) et d'autre part, les références du modèle français des contrats publics (Sous-section 2) qui peuvent être des pistes de réflexions pour les réformes du droit des contrats publics au Vietnam.

### **Sous-section 1) Les éléments inadaptés du droit anglais des contrats par rapport aux besoins juridiques du Vietnam**

Dans le contexte de l'ouverture économique au Vietnam, les organisations administratives ainsi que les entreprises publiques sont devenues des acteurs économiques. Le droit vietnamien des contrats, mis en place dans les années 90, est prévu pour gérer les relations contractuelles entre les parties civiles. Les législateurs cherchent des solutions dans les modèles étrangers pour faire face à la nécessité d'un cadre juridique pour les contrats avec l'administration au Vietnam.(Paragraphe 1) Compte tenu des lacunes du droit vietnamien des contrats en émergence, l'application du droit commun aux contrats de l'administration anglaise (Paragraphe 2) est un processus difficilement transposable dans le système vietnamien.

#### **Paragraphe 1) La nécessité d'un cadre juridique pour les contrats avec l'administration au Vietnam**

Au Vietnam, les règles de commandes publiques sont élaborées pour répondre à des contraintes imposées par les institutions financières internationales (I) dans le cadre des subventions de l'APD. Ces normes ne sont pas fonctionnelles et n'ont pas comblé des lacunes juridiques de la gestion des projets publics. (II)

## I) DES CONTRAINTES IMPOSEES PAR LES INSTITUTIONS FINANCIERES INTERNATIONALES

Dans le système socialiste, les activités économiques sont effectuées uniquement par les organisations publiques. Les entreprises étatiques sont les seuls producteurs qui pourvoient aux besoins du gouvernement et des services d'intérêt général. Les personnes privées ne peuvent effectuer que des actes commerciaux concernant la consommation quotidienne. Pour les organisations publiques, le contrat est considéré comme un instrument d'encadrement, de planification plutôt que de négociation. Les contrats signés entre les unités ou entre les agents économiques sont soumis à la logique de dirigiste. En effet, le respect des plans économiques est l'objectif primordial des contrats du système socialiste. Ainsi, l'administration peut *intervenir directement dans la relation contractuelle en obligeant les parties à la modifier ou à résoudre un contrat existant*.<sup>965</sup> En général, les ordres administratifs sont obligatoires et le refus d'obtempérer peut entraîner une sanction.<sup>966</sup> Ces ordres paraissent d'autant plus légitimes que le respect de la hiérarchie est une particularité culturelle vietnamienne.

Dans ce contexte, il n'existe pas de relation contractuelle entre l'administration et le secteur privé. En effet, l'administration centralisée ignore les pratiques contractuelles de l'échange et de négociation. L'intégration à l'économie de marché a fait apparaître le besoin d'élaborer, entre les autorités publiques et le secteur privé, des relations commerciales sur une base égalitaire. Les marchés publics émergent au fur et à mesure de l'ouverture au marché mondial et de l'apparition progressive des fournisseurs privés.<sup>967</sup> Ainsi, les premiers contrats signés entre les autorités publiques vietnamiennes et les acteurs privés sont dans le cadre des aides publiques au développement. (APD) Ces ressources financières sont indispensables pour procurer les infrastructures nécessaires au développement de l'économie du Vietnam.

Les projets financés par l'APD ont été le terrain de coopération le plus important entre le gouvernement vietnamien et les acteurs étrangers.<sup>968</sup> C'est par le biais des projets de coopération que l'harmonisation des droits a été effectuée. Les institutions financières<sup>969</sup> accordent les subventions et des prêts en contrepartie d'un droit de regard sur les normes concernant la sélection des candidats.<sup>970</sup> La Banque Mondiale, acteur principal dans la distribution des fonds, impose l'application des procédures

---

<sup>965</sup> EMINESCU (Y.), POPESCU (T.), *Les codes civils des pays socialistes-étude comparative*, 1980, p.15, 16.

<sup>966</sup> NGUYEN (M.H.), « L'histoire et la philosophie du droit vietnamien des contrats », in *RDAI* n° 10, 2010, p. 358.

<sup>967</sup> NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous la dir.), *Droit comparé des Contrats publics*, Paris, Bruylant, 2010, p. 13.

<sup>968</sup> Voir PHAM (P.L.), *La réforme de l'Etat et des entreprises au Vietnam : le cas des infrastructures de transport*, op. cit., p. 65.

<sup>969</sup> Les trois premières institutions financières qui accordent les aides au Vietnam sont : la Banque Japonaise pour la Coopération internationale, La Banque mondiale, la Banque Asiatique pour le développement international.

<sup>970</sup> La loi 61/2005/QH 11 relative aux appels d'offres est la norme législative principale concernant la gestion de contrat public. Les autres règlements et ordonnances complètent, au fur et à mesure des besoins de la pratique. La décision 169/2006 QD-TTg du Premier ministre précise certaines dispositions pour les achats spéciaux : des matériels du secteur de la technologie de l'information. L'article 4.3 énonce le critère d'utilisation des matériels domestiques, la décision 223 /2006 QD-TTg modifie la disposition concernant les critères de sélection des candidats étrangers. L'article 4.3 précise : l'administration doit trouver un mécanisme qui permet de favoriser les candidats étrangers qui s'associent avec les entreprises internes, et qui s'engagent de réserver une part majoritaire à ces dernières.

d'appel d'offre harmonisées<sup>971</sup> avec les règles du marché. En effet, les « directives d'achats publics », basées sur le principe de transparence et celui de l'effectivité de la concurrence, sont obligatoires dans les projets financés par cette institution. Cependant, les normes, concernant la partie de l'exécution des projets ne sont pas soumises aux exigences d'harmonisation juridique.

## II) LES LACUNES JURIDIQUES DE LA GESTION DES PROJETS PUBLICS

Au Vietnam, il n'existe pas de règles pour définir les rôles et les compétences des organisations publiques dans le cadre des affaires publiques. En effet, l'essor du secteur de construction, notamment dans les infrastructures de transport, a révélé le vide juridique de ce domaine. En conséquence, à partir de 1994, des réglementations concernant la « gestion des investissements et de la construction » sont créées pour répondre aux besoins de la pratique. *Ces décrets constituent l'équivalent du Code des marchés publics en France.*<sup>972</sup> Selon ces normes, la réalisation des travaux publics est initiée par 'le maître d'investissement' qui décide le budget pour financer le projet. Ce dernier délègue la mise en œuvre du projet au 'maître d'ouvrage' qui dirige les travaux confiés à des Unités de gestion de projet (UGP) effectuant le rôle du maître d'œuvre. Il s'agit des entreprises de gestion de travaux publics qui sont créés au sein des ministères.<sup>973</sup> Dans la pratique, les projets importants sont réalisés au sein de l'administration, 'le maître d'ouvrage' confie le projet à une UGP existante ou procède à la création d'une nouvelle UGP pour le projet. La délégation de la mise en œuvre du projet à une UGP spécialisée est soumise à la validation du 'maître d'investissement'. Pour les projets plus modestes, le maître d'ouvrage peut l'effectuer par des moyens internes ou il peut passer un appel d'offre pour sélectionner une entreprise privée.<sup>974</sup>

Cependant, les relations entre ces différents acteurs sont ambiguës en raison de l'absence du régime juridique qui concerne la relation entre le maître d'investissement et le maître d'œuvre, entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre.<sup>975</sup> En effet, le maître d'ouvrage peut désigner par acte administratif un UGP ou négocier un contrat avec ce dernier.<sup>976</sup> Les modalités de réalisation de projets sont fixées selon le critère de compétence et du montant global du projet. Le classement officiel distingue trois catégories de projets.<sup>977</sup> Cependant, pour le besoin de la pratique, les organisations publiques ont mis en œuvre d'autres catégories en dehors des modèles officiels. Cette ambiguïté est source de confusion et ne permet ni d'encadrer la responsabilité des acteurs concernés ni de vérifier le fonctionnement des UGP. Au niveau local, le mode de fonctionnement reproduit la même organisation à un niveau plus modeste. La plupart

---

<sup>971</sup> V. CASAVOLA (H.C.), « Global rules for public procurement », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous la dir.), *Droit comparé des Contrats publics*, Paris, Bruylant, 2010, pp. 27 et s., p. 41.

<sup>972</sup> Voir thèse PHAM (P.L.), *La réforme de l'Etat et des entreprises au Vietnam : le cas des infrastructures de transport* op. cit., p. 56.

<sup>973</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>974</sup> Des projets de classe C. Ce type de marché correspond au marché « conception-réalisation » en France.

<sup>975</sup> L'article 61-3 du décret 07/2003/ND-CP.

<sup>976</sup> Voir PHAM (P.L.), *La réforme de l'Etat et des entreprises au Vietnam : le cas des infrastructures de transport*, op. cit., p. 86.

<sup>977</sup> Le décret n° 07/2003/ND-CP fixe le seuil des projets de groupe A de >400 milliards pour les BOT internes et de >600 milliards VND pour les autres projets, le groupe B de 20 à 400 milliards et de 30 à 600 milliards, le groupe C <20 milliard VND. Voir PHAM (P.L.), *La réforme de l'Etat et des entreprises au Vietnam : le cas des infrastructures de transport*, op. cit., p. 79.

des régions ont accès à des projets de taille modeste de groupe B ou C, du fait des difficultés budgétaires et de la procédure de délégation mise en place.<sup>978</sup>

Dans la réalité, les UGP sont devenues de plus en plus indépendantes du maître d'investissement. Elles s'occupent de projets hors du cadre de leur administration de rattachement,<sup>979</sup> et peuvent s'engager dans les projets internes comme dans les projets d'investissements étrangers. Ainsi, les lacunes juridiques et celles de l'organisation administrative ont une conséquence néfaste pour le Vietnam en raison de la corruption qui se réalise à grande échelle. En effet, les responsabilités des personnes publiques ne sont pas clairement définies et favorise les infractions en raison de leurs impunités légales. Par ailleurs, le droit pénal n'a pas prévu de sanctions contre l'administration, notamment en matière économique. Le droit privé des contrats ne fournit pas de solution pour résoudre les complexités de la gestion des projets publics au Vietnam.

## **Paragraphe 2) L'application du droit commun aux contrats de l'administration anglaise**

A la différence du système français, la gestion des activités de l'administration au Royaume-Uni ne relève pas du droit public. En effet, le système britannique est caractérisé par l'absence de corpus de règles spécifiques des contrats publics. (I) Cependant, le droit commun des contrats n'est pas complètement adapté pour gérer la relation contractuelle entre l'administration et les personnes privées (II).

### **I) L'ABSENCE DE CORPUS DE REGLES SPECIFIQUES DES CONTRATS PUBLICS**

Au Royaume Uni, les relations contractuelles entre l'administration et les fournisseurs privés sont considérées comme des activités commerciales dans laquelle l'administration anglaise ne dispose pas de prérogatives particulières. *Cette banalisation juridique du contrat public découle d'un système juridique qui, comme l'a montré précocement Dicey, traduit le lien opéré entre la conception du « Rule of Law » et la réticence à accepter l'existence d'un droit de la puissance publique.*<sup>980</sup> L'idée principale est que le contrat public doit être soumis aux mêmes règles que le contrat ordinaire, en conséquence le pouvoir unilatéral pour révision ou annulation du contrat n'est pas reconnu dans le système de droit *Common Law*.

L'absence d'un droit spécial appliqué au contrat de l'administration peut être expliquée par des raisons différentes. Dans les pays germaniques, c'est l'idée d'incompatibilité entre la notion de contrat et le droit public<sup>981</sup> qui en est la cause, tandis que dans les pays de Common Law, c'est l'idée que l'administration doit être

---

<sup>978</sup> Voir PHAM (P.L), *La réforme de l'Etat et des entreprises au Vietnam : le cas des infrastructures de transport*, op. cit., p. 98.

<sup>979</sup> Ce fut le cas du « contrat de gestion de projet » entre le PMU de la « Route de HoChiMinh » et le PMU n°4 de l'Administration des Routes, du fait que le projet de la Route de HoChiMinh est un très grand projet, et par conséquent dépasse la capacité de gestion du PMU de la « Route de HoChiMinh. Voir PHAM (P.L), *La réforme de l'Etat et des entreprises au Vietnam : le cas des infrastructures de transport*, op. cit., p. 97.

<sup>980</sup> AUBY (J.B.), BREEN (E.), « Actualité du droit anglais des contrats publics », *RFDA*, 2006, pp. 1013 et s.

<sup>981</sup> C'est l'atténuation de cette idée qui explique l'apparition timide d'une notion de contrat de droit public qui n'a d'ailleurs rien à voir avec la notion française. Voir FROMONT (M.), *Le contrat administratif au Royaume-Uni, droit administratif des Etats Européens*, Thémis, PUF, Paris, 2006, p. 313.

soumise aux mêmes règles que les personnes privées qui est retenue. *L'idée en particulier qu'il puisse y avoir une hiérarchie de tribunaux administratifs indépendants de la hiérarchie des cours ordinaires apparaît toujours aux Anglais comme devant être rejetée.*<sup>982</sup>

Les achats des biens et services des autorités publiques anglaises sur le marché sont placés sous le contrôle de l'*Office of Government Commerce* (OGC), une organisation du *Treasury*<sup>983</sup> qui supervise les contrats des autorités publiques.<sup>984</sup> *Il n'existe pas en droit anglais de pendant du corpus français des règles générales applicables aux contrats administratifs.*<sup>985</sup> Ainsi, le droit des achats publics au Royaume-Uni, constitué de lois cadres et de guides ministériels, laisse à l'administration une large manœuvre pour agir. La mise en œuvre du programme *PFI* a été favorisée par un cadre de normes souples, la loi ne fixe de limite que pour quelques domaines réservés<sup>986</sup>. En effet, *la législation n'a qu'une importance réduite en ce qui concerne la PFI, et quelques textes seulement lui sont directement ou indirectement liés.*<sup>987</sup>

A la différence des clauses réglementaires du droit des marchés publics en France, les cahiers de conditions générales dans les marchés publics anglais ont une simple valeur indicative. Dans le système anglais, l'application des règles particulières des contrats publics *n'est liée que de façon occasionnelle à celle des prérogatives de la puissance publique.*<sup>988</sup> Seules les institutions qui sont dotées de pouvoir réglementaire peuvent bénéficier de l'autonomie dans le cadre des achats publics. Celles qui n'ont pas cette prérogative sont obligées de respecter les normes qui leur sont destinées.<sup>989</sup> En général, les organisations appliquent les règles puisque la dérogation à ces normes nécessite des justifications complexes.

Au Royaume-Uni, la distinction entre le droit public et le droit privé des contrats n'est pas pertinente, le contrat est considéré comme un mécanisme neutre par rapport aux intérêts des parties. Cependant, lorsque l'objet de l'accord concerne la réalisation d'une activité publique, *l'intérêt poursuivi par l'un d'eux devient un élément d'importance décisive, qui ne peut que conditionner soit la validité de l'accord conclu,*

---

<sup>982</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, 2<sup>e</sup> édition, op.cit., p.68.

<sup>983</sup> Le *Treasury* britannique exerce son pouvoir de contrôle sur les ministères par le mécanisme de dotation budgétaire annuel. Voir WHITE (F.), HOLLINGSWORTH (K.), *Audit, Accountability and Government*, OUP, Oxford, 1999.

<sup>984</sup> OGC est plus spécifiquement chargé des marchés publics et aide les organisations à être commercialement plus efficaces. Il est en charge de la politique de meilleure Value for Money et des relations avec l'Union Européenne. Voir <http://ogc.gov.uk/>

<sup>985</sup> KIRAT (T.), *Economie et contrat administratif*, La documentation française, Paris, 2005, p. 238.

<sup>986</sup> FROMONT (M.), « L'évolution du droit des contrats », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 263 et s. p. 267.

<sup>987</sup> Les seules limites que le droit anglais pose à l'utilisation des contrats de PFI résultent de deux textes : la loi sur la déréglementation et celle de 1997 sur les contrats des autorités locales. En habilitant les ministres à autoriser, par voie réglementaire, la délégation contractuelle d'une partie de leurs attributions, la loi de 1994 est d'abord venue consolider les fondements juridiques des contrats de PFI, notamment lorsqu'ils portent sur des missions régaliennes.

<sup>988</sup> DAVIES (A.C.L.), COURRIER (A.E.), (traduc.), « Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation ? », in *RFDA*, 2006, pp. 1039 et s.

<sup>989</sup> Voir VINCENT-JONES (P.), *The New Public Contracting : Regulations, Responsiveness, Relationality*, OUP, Oxford, 2006.

*soit son régime.*<sup>990</sup> Il est évident que le contrat passé par l'administration publique ne peut avoir, en conséquence, les mêmes règles que celui des personnes privées. L'administration assume une mission publique avec un objectif d'intérêt général, en conséquence, ses actions doivent être régies par un régime particulier, différent de celui du secteur privé.

Dans le système libéral, le pouvoir arbitraire de l'administration n'est pas souhaitable dans les activités à caractère commercial. Cependant, *on ne peut régler de façon satisfaisante l'action de l'administration en appliquant purement et simplement les règles du droit privé.*<sup>991</sup> L'action publique a pour objectif la mise en œuvre des décisions concernant la *maximalisation du bien-être social*, *et ne sont à ce titre pas sujet au mécanisme de correction des décisions individuelles.*<sup>992</sup>

## II) LES LACUNES DU DROIT COMMUN POUR LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS

Le droit commun des contrats n'est pas adapté pour gérer les transactions entre l'administration et les fournisseurs privés. En effet, le contrat est plutôt réservé à la recherche des intérêts des parties et ne peut tenir compte du statut spécifique de l'administration contractante. Le droit anglais des contrats publics a deux inconvénients, d'une part le défaut des mécanismes de protection des intérêts du cocontractant privé (A), d'autre part les contraintes du droit des contrats privés dans la phase de l'exécution (B) sont des obstacles pour la gestion publique. (B)

### A) Le défaut des mécanismes de protection des intérêts du cocontractant privé

Au Royaume-Uni, le gouvernement central et les ministres (en tant que corporations et disposant de la personnalité juridique en propre) peuvent conclure des contrats sans avoir à en référer à une quelconque source législative.<sup>993</sup> La nécessité de légitimité du mandat démocratique est un critère inconnu du droit privé, ainsi l'application du droit commun dans le domaine des contrats publics ne permet pas d'encadrer la compétence légale des autorités publiques dans leurs relations contractuelles.

La liberté contractuelle de l'administration anglaise est encadrée par la règle de la compétence. Ainsi, les organisations publiques ne peuvent contracter en dehors des domaines légalement autorisés.<sup>994</sup> Cependant, le contentieux au motif de '*l'ultra-vires*' n'est pas adapté pour résoudre le fond des litiges et pour trouver une solution aux différends survenus dans les contrats publics.<sup>995</sup> En effet, l'*ultra-vire* est un mécanisme de contrôle de légalité qui a pour objectif la protection de l'intérêt public et il n'existe pas de mécanismes pour réparer les dommages subis par le cocontractant privé en cas de résolution des contrats entachés par ce vice.<sup>996</sup> Le recours pour obtenir des

---

<sup>990</sup>TORICELLI (S.), « Les limites à l'utilisation des instruments contractuels dans l'activité administrative », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous la dir.), *Droit comparé des Contrats publics*, Paris, Bruylant, 2010, pp. 125 et s., p.131.

<sup>991</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais, 2<sup>e</sup> édition*, op.cit., p.68.

<sup>992</sup> KIRAT (T.) *Le contenu et la portée économique des règles de droit*, op. cit., p. 47.

<sup>993</sup> FREEDLAND (M.), "Government by Contract and Public Law", op.cit., p. 86.

<sup>994</sup> Ibidem, p. 348.

<sup>995</sup> Ibidem, p.86.

<sup>996</sup> Ibidem, p.86.

indemnités n'est pas prévu dans le droit anglais des contrats, *le droit anglais ne connaît pas à proprement parler de régime général de responsabilité*. Ce problème relève du droit des « torts ». Ainsi, à côté de la responsabilité pour non-respect des obligations contractuelles, la responsabilité d'une personne ne peut être engagée que si elle rentre dans le cadre d'un tort (*tort of negligence, tort for breach of statutory duty, tort of misfeasance in public office*).<sup>997</sup> Par ailleurs, la perte des profits escomptés par le cocontractant privé ne donne pas droit à des réclamations des dommages-intérêts.

Dans les secteurs externalisés, les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire vis-à-vis des autorités locales pour faire maintenir un contrat *ultra-vires*,<sup>998</sup> ou imposer des clauses d'extinction appropriées, afin de protéger les intérêts publics,<sup>999</sup> puisque l'administration qui fait des transactions ne cesse d'être le garant de la gestion publique. Les juges peuvent aussi valider l'inexécution contractuelle de l'administration, dans ce cas ils doivent examiner la légitimité des agissements de l'autorité publique. *Cette approche plus rigoureuse doit être bien accueillie, mais elle devrait être accompagnée de jugements plus clairement motivés.*<sup>1000</sup>

Ainsi, *le droit semble accorder à l'administration une marge de manœuvre considérable afin d'exercer ses pouvoirs extracontractuels.*<sup>1001</sup> En effet, il est inconcevable que l'action gouvernementale puisse être limitée par les dispositions contractuelles, ce qui signifie que les dispositions contractuelles qui limitent l'action publique ne sont pas valides. En effet, *la Couronne n'a pas le pouvoir de passer un tel contrat, et pour les autorités créées par la loi, le moyen d'ultra vires exprime la même idée.*<sup>1002</sup>

La solution de l'annulation des contrats avec l'administration n'est pas favorable pour le cocontractant privé, dans le sens où l'annulation prononcée par le juge ne génère pas de droit d'indemnisation, ni de garantie au cocontractant privé.<sup>1003</sup> Par ailleurs, le cocontractant privé de l'administration ne peut réclamer *une révision du contrat, conclu lorsque, par suite d'événements dont il n'est pas responsable, l'équilibre du contrat peut se trouver rompu,*<sup>1004</sup> le cocontractant ne peut bénéficier du droit à l'équilibre financier comme le cas du droit français des contrats publics.

Par ailleurs, le droit anglais se caractérise par un encadrement très strict de la possibilité de recours.<sup>1005</sup> Il n'existait pas de dispositions pour le contentieux en ce qui concerne les passations de contrat. Les conditions de recevabilité des recours par la procédure de *judicial review* sont particulièrement rigoureuses.<sup>1006</sup> Il n'existe ni de possibilité d'obtenir l'annulation du contrat une fois que celui-ci est signé, ni de recours ouverts aux tiers pour demander cet annulation.<sup>1007</sup> Par ailleurs, la culture de contentieux, en particulier vis-à-vis des pouvoirs publics n'est pas dans les habitudes

---

<sup>997</sup> LICHERE (F.), «Le droit anglais des contrats publics comme modèle?», op. cit., p. 465.

<sup>998</sup> La procédure de *l'ultra-vires* est un mécanisme qui sanctionne l'excès de pouvoir de l'administration.

<sup>999</sup> FREEDLAND (M.), *Government by Contract and Public Law*, op.cit., p. 86.

<sup>1000</sup> Ibidem, p.1039.

<sup>1001</sup> DAVIES (A.C.L.), COURRIER (A.E.), (traduc.), *Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation ?*, op. cit., p. 1039

<sup>1002</sup> Voir CRAIG (P.), TRYBUS (M.), « Angleterre et Pays de Galles », op. cit., p. 348.

<sup>1003</sup> Ibidem, p.1039.

<sup>1004</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit., p.288.

<sup>1005</sup> LICHERE (F.), « Le droit anglais des contrats publics comme modèle? », op. cit.,p. 464.

<sup>1006</sup> Ibidem, p. 464.

<sup>1007</sup> Ibidem, p. 464.

des acteurs économiques. Les juges sont peu enclins à apprécier la légalité des décisions managériales de l'administration et justifient leur réticence par le fait que la procédure *judicial review*<sup>1008</sup> n'est pas appropriée à ce contrôle. Au Royaume-Uni, les procès sont très onéreux, ce qui explique la rareté des recours contentieux en matière de contrat public.

*S'agissant des règles d'exécution, le droit anglais se démarque fortement du droit français des contrats publics, du moins pour ceux qui sont de nature administrative. La jurisprudence a introduit la théorie du « reasonable man » selon laquelle des contrats peuvent contenir des clauses « implicites » qui permettent à une partie, dans certaines circonstances, de résilier le contrat. Elle met en œuvre la doctrine de la frustration.*<sup>1009</sup>

Le cocontractant n'est pas le seul à subir des dommages, l'intérêt public peut être concerné puisque le service en question est interrompu en raison de la nullité du contrat, sauf dans le cas de renégociation du contrat.<sup>1010</sup> En effet, le droit privé n'a pas vocation de prendre en compte la gestion des affaires publiques. Les principes généraux concernant la garantie des intérêts généraux sont étrangers au droit privé. Pour compenser des préjudices en raison de cette incapacité contractuelle de l'autorité publique, le cocontractant privé augmente le coût du contrat avec les organisations publiques.

## B) Les contraintes du droit des contrats privés dans la phase de l'exécution

Au Royaume-Uni, l'administration contractante se trouve dans une *situation d'égalité juridique avec son cocontractant, égalité qui serait immanente à la nature même du contrat.*<sup>1011</sup> L'application du droit commun au contrat public implique un traitement égalitaire des parties au contrat. *La tendance est aujourd'hui à la reconnaissance de l'idée suivante : « As a matter of fact, Administration is on equal terms with individual defending private interests. »*<sup>1012</sup> Cependant, les normes légales, (*Common Law, statutory*) ainsi que les directives du gouvernement, interviennent dans la réglementation de ces contrats.<sup>1013</sup>

Les contrats publics, présentent des aspects spécifiques en raison des pouvoirs et des missions de l'autorité publique contractante. Ces missions sont difficiles lorsque *les prérogatives de l'administration, notamment en ce qui concerne les contrôles qu'elle exerce et les obligations à son égard du cocontractant, dépendent strictement du contrat.*<sup>1014</sup>

---

<sup>1008</sup> BIRKINSHAW (P.), BREEN (E.), « Contrats publics et contractualisation de l'action publique : un point de vue anglais », RFDA 2006, p. 1015.

<sup>1009</sup> Ibidem, p. 462.

<sup>1010</sup> DAVIES (A.C.L.), COURRIER (A.E.), (traduc.), *Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation ?*, op. cit., p. 1039.

<sup>1011</sup> NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), « Propos introductif, introduction », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 1 et s. p. 12.

<sup>1012</sup> LANGROD (R.), « Administrative contracts – A comparative study », *American Journal International Law*, 1995, p.327.

<sup>1013</sup> Le droit des contrats est soumis au respect du droit européen.

<sup>1014</sup> MARCOU (G), FOLLIOT- LALLIOT (L.), SCHOONER (S.L.), SCHWARTZ (J.), YUKINS (Ch.), (sous la dir.) *Le Contrôle des marchés publics*, Paris, IRJS éd., Bib. De l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne –André Tunc, Tome 21, pp. 1 et s. p. 22.

L'inexistence du droit des contrats publics laisse à l'administration une marge de liberté contractuelle étendue, l'équivalence de celle des personnes privées. En revanche, la personne publique est *liée par un contrat implicite l'obligeant à se comporter de façon loyale et de bonne foi dès le début des négociations.*<sup>1015</sup>

Dans la phase de l'exécution des contrats publics, l'application du droit privé des contrats au Royaume-Uni soulève le problème de la modification des contrats en cours. En effet, *très attaché au principe de la force obligatoire des contrats (sanctity of contract) et ne connaissant pas la distinction entre contrats administratif et contrat de droit privé, le droit anglais n'offre que des possibilités exceptionnelles de modification.*<sup>1016</sup> Le droit anglais des contrats ne prévoit pas de régime spécifique pour les contrats publics, en conséquence, l'administration ne dispose pas de prérogatives qui lui permettent, en *certaines hypothèses, d'imposer à son contractant des modifications au contrat qui a été conclu*<sup>1017</sup>, ou de résilier unilatéralement le contrat quel que soit le motif de gestion publique. La rupture doit donner lieu à des indemnités au cocontractant.

Pour exercer ses prérogatives, l'administration contractante peut intégrer des clauses spécifiques dans les conditions générales.<sup>1018</sup> Ces clauses génèrent en contrepartie une *immobilisation excessive des éléments du contrat.*<sup>1019</sup> Cette rigidité constitue un obstacle à la gestion des affaires publiques, aux évolutions de la pratique<sup>1020</sup> qui exige une adaptation constante des actions publiques. En effet, l'administration est tenue par la gestion des missions publiques et *serait en droit de mettre fin à ces contrats, par décision unilatérale, toutes les fois qu'ils s'avèreraient contraires à l'intérêt général.*<sup>1021</sup>

Certains auteurs anglais défendent l'idée de la reconnaissance de la prérogative de l'autorité publique contractante, notamment le pouvoir de modification unilatérale lorsque la gestion publique, notamment le service public, sont concernés. *Mark Freedland plaide pour une meilleure prise en compte des valeurs du droit public dans l'action publique contractualisée.*<sup>1022</sup> *Le droit administratif anglais est en effet conçu comme un système de contrôle davantage que comme un système de règles. Il s'attarde moins que sa contrepartie française au déploiement formel du principe de légalité : les questions relatives aux sources du droit ou à la hiérarchie des normes n'y occupent pas la première place.*<sup>1023</sup>

Le principe de liberté contractuelle ainsi que l'idée selon laquelle le contrat doit être soustrait au contrôle du juge peut expliquer la réticence des Anglais à adopter la théorie des contrats publics. L'absence du droit public au Royaume-Uni est plutôt une conséquence du défaut des concepts de droit public. En effet, le droit anglais est

---

<sup>1015</sup> FROMONT (M.), « L'évolution du droit des contrats », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 263 et s. p. 267.

<sup>1016</sup> LICHERE (F.), « Le droit anglais des contrats publics comme modèle? », op. cit., p. 462.

<sup>1017</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais, 2<sup>e</sup> édition*, op.cit.,p.288.

<sup>1018</sup> Les *Model Contract Terms and Conditions* sont élaborées par l'*Office du Commerce de l'administration centrale*. Voir FROMONT (M.), « L'évolution du droit des contrats », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous dir.), op.cit., pp. 263 et s. p. 267.

<sup>1019</sup> KERHUEL (A.J.), *L'efficience stratégique du contrat d'affaires*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010, p. 504.

<sup>1020</sup> Ibidem, p. 504.

<sup>1021</sup> DAVID (R.), PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais*, op.cit., p.289.

<sup>1022</sup> FREEDLAND (M.), «Government by Contract and Public Law», op.cit., p. 86.

<sup>1023</sup> BREEN (E.), « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », *RFDA*, 2003, p. 1159 et s.

essentiellement jurisprudentiel et utilise rarement des concepts juridiques. Le contexte historique de ce pays n'a pas été le terrain favorable pour le développement des concepts de droit public, *notamment dans les domaines des contrats administratifs, et de la responsabilité civile de l'Etat, domaines dans lesquels la jurisprudence du Conseil d'Etat est remarquable.*<sup>1024</sup>

## **Sous-section 2) Les références du modèle français des contrats publics**

En droit français, l'engagement de l'administration dans les contrats nécessite l'application d'un régime de contrat public qui ne *peut jamais être entièrement assimilable aux contrats de droit privé conclus dans le seul intérêt de parties privées.*<sup>1025</sup> L'existence d'un régime spécifique des contrats contribue donc à la garantie de la sécurité juridique des contrats publics (Paragraphe 1) et à la prise en compte de l'intérêt général dans ces contrats (Paragraphe 2). L'efficacité de ces processus se trouve renforcée par le mécanisme de contrôle du juge administratif (Paragraphe 3). Au-delà du domaine de commande publique, le contrat public peut constituer un mode de modernisation des actions publiques (Paragraphe 4).

### **Paragraphe 1) La sécurité juridique des contrats publics**

Le droit français dispose d'un cadre juridique strict de la gestion publique (I) qui facilite l'accès au droit et qui garantit le respect des normes. En effet, la sécurité juridique ne peut être assurée sans un encadrement de la liberté contractuelle des personnes publiques. (II)

#### **I) UN CADRE JURIDIQUE STRICT DE LA GESTION PUBLIQUE**

L'existence du droit administratif et de la catégorie des contrats publics est une particularité du droit français qui se démarque du droit administratif anglais, limité à la question des contentieux.<sup>1026</sup> En effet, dans le système français, les expériences dans le domaine des affaires publiques ont contribué à l'élaboration de la théorie des contrats publics. Les domaines de l'application sont variés, tels que le marché public, l'exercice du service public, la gestion du domaine public.<sup>1027</sup> En effet, le droit français utilise *et adapte aussi bien qu'il le peut toutes pièces du droit ordinaire lorsqu'elles sont disponibles et conviennent davantage au but.*<sup>1028</sup> Ainsi, en matière de droit des contrats publics, *la tradition française est la seule à proposer un cadre théorique consistant, qui concerne faut-il ajouter, car cela devient de plus en plus important, à la fois l'élaboration des contrats, leur exécution et leur contentieux.*<sup>1029</sup>

La systématisation du droit français souligne la différence flagrante avec le caractère épars et dispersé du droit anglais. En effet, la codification des règles de

---

<sup>1024</sup> SPYRIDON (F.), *Administrative Law et droit administratif*, LGDJ, Paris, 1986, p. 112.

<sup>1025</sup> MARCOU (G.), FOLLIOU –LALLIOT (L.), GORDON (D.I.), SCHOONER (S.L.), SCHWARTZ J. et YUKING Ch., *Le contrôle des marchés publics*, op.cit., p. 20.

<sup>1026</sup> AUBY (J.B.), « Le droit administratif français vu du droit comparé », *AJDA*, 2013, p. 407 et s.

<sup>1027</sup> AUBY (J.B.), BREEN (E.), « Actualité du droit anglais des contrats publics », *RFDA* 2006, p. 1013.

<sup>1028</sup> LICHERE (F.), « Le droit anglais des contrats publics comme modèle? », op. cit., p. 462.

<sup>1029</sup> AUBY (J.B.), « Le droit administratif français vu du droit comparé », op.cit., p. 407 et s.

marchés publics permet d'éviter des erreurs, économise le temps et en conséquence les coûts lors de la phase de préparation, de passation et d'exécution des marchés.<sup>1030</sup> En effet, le code de marché public<sup>1031</sup> prévoit les types de marchés, leur mode de passation, les règles fixant le choix du mode d'achat, le critère de choix du meilleur fournisseur adapté pour le marché, les clauses contractuelles types pour obtenir les meilleurs résultats. Cet encadrement facilite la tâche de l'administration dans sa fonction d'achat public.<sup>1032</sup> L'existence d'un corpus de règles caractérisé par les principes de l'unité et de l'universalité est un élément favorable au bon fonctionnement des marchés publics. Dans ce système, les acteurs privés notamment les investisseurs étrangers ont une facilité d'accès à l'ensemble des règles qui sont applicables à toutes les catégories d'achat de biens et de services, à des niveaux différents.

Le droit français public a démontré sa capacité d'adaptation à l'évolution de la société. En effet, le code des marchés publics subissait des modifications à plusieurs reprises<sup>1033</sup> et en conséquence, s'épaississait avec le temps. Cependant, le droit est toujours en retard par rapport aux besoins des opérateurs économiques<sup>1034</sup> qui recherchent *l'équation juridico financière la plus aisée pour rendre viable une opération spécifique*.<sup>1035</sup> Le modèle de marché de travaux publics (METP)<sup>1036</sup> n'a pas été retenu en droit public après les célèbres affaires (notamment celle des marchés de construction des lycées publics d'Ile de France).<sup>1037</sup> Ce modèle a des points semblables avec le Cdp,<sup>1038</sup> cependant la philosophie qui amène à l'adoption du Cdp a fait de ce dernier un instrument très différent du METP.<sup>1039</sup>

La rigueur du droit des marchés publics limite les montages de financement et les structures contractuelles nécessaires pour la mise en œuvre des PPP. En premier lieu, la réglementation des marchés publics qui impose la séparation des différents types de marché de construction, d'exploitation ou de maintenance, n'est pas compatible avec

---

<sup>1030</sup> KIRAT (T.), *De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics*, Etude réalisée dans le cadre du programme « Attractivité du droit » de la Mission de recherche Droit et Justice, Juin 2007, p. 26.

<sup>1031</sup> *Toutes les dispositions réglementaires sont regroupées dans un « Code des marchés publics » (le dernier a fait l'objet d'un décret du 1<sup>er</sup> août 2006), sauf renvoi à quelques textes spécialisés. Voir KIRAT (T.), De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics*, op.cit., p. 26.

<sup>1032</sup> KIRAT (T.), *De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics*, op. cit., p. 26.

<sup>1033</sup> BESANCON (X.), op. cit., p. 431 et s.

<sup>1034</sup> TERNEYRE (P.), « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, pp. 43 et s.

<sup>1035</sup> INSTITUT DE GESTION DELEGUEE, « Les problèmes actuels des concessions d'infrastructures », *Rapport du groupe de travail*, Paris, 1999, p.21.

<sup>1036</sup> On a condamné les METP pour des motifs honorables, puisqu'un certain nombre de ces marchés avaient été passés en fraude à la loi pour servir de technique de financement des partis politiques. CE 28 avril 2003, *Fédération française des entreprises gestionnaires de services aux équipements, à l'énergie et à l'environnement* et al. Note MENEMENIS (A.), « Nouveau code : la suppression des METP », in *Dr. adm.* juillet 2003, p. 21.

<sup>1037</sup> Cons.d'Etat, 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de La Ciotat*, Lebon p. 19 ; *AJDA* 1999, p. 364, concl. C. Bergeal et note D. Chabanol ; *RFDA* 1999, p. 1172, obs. S. Braconnier ; *RTD com.* 1999, p. 661, obs. G. Orsoni.

<sup>1038</sup> BURY-LUCAS (E.), « Genèse d'une nouvelle catégorie de contrats dans l'univers français des financements de projets : les partenariats publics-privés », *Gazette du Palais*, 9 juin 2005, n° 160, p.141 et s., DELACOUR (E.) « L'apparition des contrats de partenariat dans le champ de la commande publique », *JCP G* 2004, I, 181.

<sup>1039</sup> Le METP est d'origine jurisprudentielle et remonte à 1963. Il s'agit d'un contrat par lequel une personne publique confie à une entreprise privée unique la construction et l'exploitation d'un ouvrage, moyennant une rémunération forfaitaire versée de manière fractionnée.

la globalisation des projets en partenariat. Ensuite, l'interdiction de paiement différé<sup>1040</sup> est un obstacle pour le dynamisme contractuel des PPP. Enfin, la restriction de l'attribution de gestion de service public au secteur privé limite le champ d'application du PPP. La création du Cdp est une réponse du droit français public au défi d'adaptation<sup>1041</sup> à l'évolution juridique de la globalisation. Le cadre strict des contrats publics doit cependant tenir compte de la liberté contractuelle des personnes publiques et ne pas l'entraver inutilement.

## II) L'ENCADREMENT DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DES PERSONNES PUBLIQUES

*Dans une économie de marché, la liberté contractuelle des personnes publiques semble indispensable à celle de leurs cocontractants privés.*<sup>1042</sup> En effet, la sécurité juridique du contrat public dépend de la valeur juridique des dispositions contractées par l'autorité publique. Dans les contrats de longue durée, la sécurité juridique est un élément important pour la stabilité des accords.

En droit français, les nouvelles lois ne sont pas appliquées aux contrats en cours.<sup>1043</sup> L'exception au principe de l'applicabilité immédiate de la loi<sup>1044</sup> aux situations en cours, est une garantie de la sécurité juridique des contrats publics. En effet, les contrats demeurent régis par les dispositions législatives et réglementaires applicables à la date de leur conclusion, ce qui implique que la loi en vigueur à cette date gouverne les effets du contrat jusqu'à son terme.<sup>1045</sup> Cependant, les parties au contrat ont la possibilité de prévoir l'application immédiate des normes nouvelles. Par ailleurs le législateur peut prévoir expressément l'application immédiate de la loi aux conventions en cours puisque le principe de non rétroactivité n'a pas de valeur constitutionnelle.<sup>1046</sup>

La sécurité juridique des contrats publics ne peut être assurée que si la loi reconnaît la valeur des situations contractées par la personne publique. Dans le système français, la valeur législative de la liberté contractuelle des personnes privées<sup>1047</sup> et des personnes publiques<sup>1048</sup> est reconnue par le juge administratif. Cependant si le principe

---

<sup>1040</sup> MASTOR (B.), THOUVENOT (S.), « Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public privé à la française », *RDAI*, n° 2, 2004, pp. 111 et s., p. 125.

<sup>1041</sup> RAPP (L.), « Aux origines du Contrat de partenariat », in *Droit et ville*, n° 60/2005, pp.29 et s. p. 41.

<sup>1042</sup> BRECHON-MOULENES (C.), « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 1998, p.643 et s.

<sup>1043</sup> GEFFRAY (E.), « A quelles conditions la loi nouvelle s'applique-t-elle aux contrats administratifs en cours d'exécution ? », *BJCP* n°65, 2009, pp. 287 et s., p.289.

<sup>1044</sup> « ...conformément au principe selon lequel nul n'a le droit au maintien d'une réglementation, sans que le principe de non-rétroactivité se trouve mis en cause. » Voir CE 25 juin, 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, op.cit.

<sup>1045</sup> CE 25 juin, 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, Rec. P.379, CE 20 mai 1966, *Hautbois*, Rec : p.346.

<sup>1046</sup> Le principe de non rétroactivité des lois nouvelles en matière pénale pour les lois plus sévères a valeur constitutionnelle .Voir CC N° 79-109 du 9 janvier 1980 ; Cons. Const. 30 décembre 1982, Rec. Cons. Cons. 1982, p.88.

<sup>1047</sup> CE 20 janvier 1989 Sté GPA, Berry-Loire : juris-Data n° 1989-641148 ; Rec. CE 1989, p. 26 ; CE 27 avril 1998, Cornette St Cyr : juris data n° 1998-050173, *AJDA* 1998, p. 831, concl. Chr. Maugué ; CE 2 octobre 2002, n° 231228, SARL Even Media : Juris-Data n° 2002-064571.

<sup>1048</sup> CE 6 juillet, 1977. Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés : Rec. CE 1977, p. 306 ; *ADJA* 1978, p. 105 ; RD public 1984, p. 212, note J.M. AUBRY ; CE 6 mars 1989, Union des transports en commun de voyageurs des Bouches du Rhône : Juris-Data n° 1989-641785, Rec. CE 1989, tables p. 956 ; CE 28 janvier 1998, Sté Borg Warner : Juris – Data n° 1998-050011 ; Rec. CE 1998, p.20 ; CE , 20 mars 2000, Mayer, Richer : Juris-Data n° 2000-060247 ; *AJDA*, 2000, p. 756.

de liberté contractuelle est acquis pour les collectivités territoriales,<sup>1049</sup> cette affirmation est moins nette pour les autres personnes publiques, notamment en ce qui concerne l'Etat.<sup>1050</sup> La liberté contractuelle n'a cependant pas de valeur constitutionnelle, ainsi, *pendant longtemps le Conseil constitutionnel avait purement et simplement refusé d'accueillir le moyen des requérants qui demandent l'invalidité des dispositions législatives portant atteinte à la liberté contractuelle.*<sup>1051</sup>

La liberté contractuelle des autorités publiques qui disposent des prérogatives de puissances publiques doit être encadrée, notamment par les règles de formes. Malgré une liberté accordée aux collectivités locales dans les années 1980 qui a mis fin aux contrats et clauses types obligatoires et malgré la suppression de la tutelle centrale sur les actes de ces dernières, les règles concernant la rédaction des contrats des collectivités locales restent applicables.

La liberté contractuelle ne peut remettre en cause le principe de concurrence dans la commande publique et ne doit pas être l'occasion de la conclusion d'un nouveau contrat. L'esprit essentiel du droit des contrats publics est la protection de l'intérêt public dans les transactions impliquées des opérateurs privés.

## **Paragraphe 2) La prise en compte de l'intérêt public dans les contrats avec le secteur privé**

Bien que cela ne soit pas toujours explicite, la commande publique est un mécanisme d'intervention dans l'économie,<sup>1052</sup> il s'agit d'un acte économique, juridique<sup>1053</sup> mais aussi politique. En effet l'achat public est un instrument d'incitation et de relance économique, soumis à des réglementations strictes, car il ne doit pas favoriser certaines catégories d'entreprises aux dépens des autres.<sup>1054</sup> Le contrat public est fondamentalement différent du contrat privé pour lequel le respect de l'engagement contractualisé est essentiel. En droit administratif, le contrat public est tenu avant tout par la garantie du service public, même au prix d'un *bouleversement des attentes légitimes que les contractants avaient placées dans le contrat.*<sup>1055</sup> Ainsi, *le contrat administratif ne se limite pas à garantir le respect des engagements, la force obligatoire des promesses échangées. Il n'est pas seulement le garant des promesses.*<sup>1056</sup>

La mission essentielle de l'administration est la garantie de l'intérêt général, en conséquence les contrats conclus par ce dernier sont caractérisés par cette fonction spécifique. En conséquence, l'autorité publique, investie de la gestion des affaires

---

<sup>1049</sup> Voir arrêt Union des transports publics urbains, Sté Borg Warner.

<sup>1050</sup> Ibidem.

<sup>1051</sup> PICARD (E.) « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental », *AJDA*, n°6, 1998, pp.651 et s., p. 660.

<sup>1052</sup> MARCOU (G.), « Introduction. Le contrôle des marchés publics. Ses buts et ses moyens », in MARCOU (G), FOLLIOU- LALLIOT (L.), SCHOONER (S.L.), SCHWARTZ (J.), YUKINS (Ch.), (sous la dir.) *Le Contrôle des marchés publics*, op.cit., pp. 1 et s., p. 9.

<sup>1053</sup> SCHULTZ (P.), *Eléments du droit des marchés publics*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2002, 2<sup>ème</sup> éd., p. 21.

<sup>1054</sup> Voir DEVOLVE (P.), « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », in *Revue de droit immobilier*, 2003, p. 481 et s.

<sup>1055</sup> SEUBE (J.B.), « Contrats privés- contrats administratifs : point de convergence », in CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), *Contrats publics, mélanges en l'honneur du professeur Guibal*, pp. 367 et s. p. 368.

<sup>1056</sup> GARAPON (A.), *Le gardien des promesses Justice et démocratie*, éd. Odile Jacob, Paris, 1996.

publiques et de la mission de service public<sup>1057</sup> ne peut agir de la même manière qu'un contractant privé. En effet, le contrat public *doit assurer le bon fonctionnement du service public et permettre la mise en œuvre de l'action administrative.*<sup>1058</sup> La logique contractuelle est donc guidée par *les principes généraux garantissant l'intérêt public.*<sup>1059</sup> Ainsi, le droit des marchés publics est soumis aux principes constitutionnels tels que le principe d'égalité d'accès à la commande publique, la protection des propriétés publiques, le bon usage des deniers publics.<sup>1060</sup> Ces principes servent de cadre pour l'interprétation du droit et s'appliquent dans les flous juridiques. Les innovations qui touchent à ces principes fondamentaux<sup>1061</sup> ne sont admis que dans des cas fixés par la loi.<sup>1062</sup>

Pour assurer les missions d'intérêt général, l'administration dispose des prérogatives,<sup>1063</sup> tel que le pouvoir de contrôle, de sanction et de modification unilatérale.<sup>1064</sup> Dans les contrats publics, face aux puissances publiques, le cocontractant privé n'est pas de force égale. En effet, l'autorité publique peut *édicter unilatéralement certaines mesures qui ont des répercussions sur le contrat à plusieurs titres.*<sup>1065</sup> Ainsi, en application du principe de mutabilité du service public, l'administration peut éventuellement modifier les clauses du contrat, ou parfois résilier un contrat en cours.<sup>1066</sup> En effet, *le pouvoir modificateur du contrat administratif est reconnu au maître d'ouvrage public.*<sup>1067</sup> Ce pouvoir existe même dans le silence du contrat,<sup>1068</sup> non seulement en raison du principe de mutabilité, lorsqu'il s'agit d'un contrat de service public et des activités accessoires ou connexes, mais aussi en raison du fait que l'administration peut exercer sa mission d'organisation du service qui est, par nature, extérieur au contrat, sans remettre en cause le contrat.<sup>1069</sup>

---

<sup>1057</sup> Le rôle de la notion 'SP' dans l'exécution du contrat : justifier la dérogation de l'application de la règle énoncée par l'article 1162 du cciv : dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. Voir LEBRETON (J.P.), *Le contrat administratif*, La documentation française, n° 2.11, édition 1993, Paris, p. 17.

<sup>1058</sup> CONSEIL D'ETAT, « Le contrat, mode d'action publique et de production des normes », *Rapport public* 2008, La Documentation française, Paris, 2008, p. 95.

<sup>1059</sup> DAVIES (A.C.L.), COURRIER (A.E.), (traduc.), *Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation ?*, op. cit., p. 1039

<sup>1060</sup> DEVOLVE (P.), « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », op. cit.

<sup>1061</sup> Les trois principes de base sont : libertés, égalité, publicité. Voir DEVOLVE (P.), « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *Revue de droit immobilier* 2003, p. 481 et s.

<sup>1062</sup> CE, 10 janvier 1978 Syndicat national de l'enseignement technique agricole public, *Lebon*, p. 22, *AJDA*, 1979, n° 1, p. 37, *Concl. Denoix de Saint Marc*. Voir DEBOUZY (O.), GUILLOT (P.), *Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public*, in *Recueil Dalloz* 2005, p. 319 et s.

<sup>1063</sup> *Les prérogatives contractuelles ne s'identifient pas aux obligations que le contrat a pu fait apparaître qui correspondent à la créance elle-même, c'est-à-dire à ce que le doit le débiteur au créancier.* Voir BUCHER (C.E.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, thèse op.cit. p. 33.

<sup>1064</sup> CE 11 mars 1910 Compagnie générale des tramways. Voir DREYFUS (J.D.), « L'exécution des contrats 'les pouvoirs de contrôle de l'administration en France ' », in MARCOU (G.), FOLLIOU-LALLIOT (L.), GORDON (D.I.), SCHOONER (S.L.), SCHWARTZ (J.), YUKINS (Ch.), (sous la dir.), *Le Contrôle des marchés publics*, op. cit., pp. 235 et s. p. 235.

<sup>1065</sup> BUCHER (C.E.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, thèse op.cit., p. 35.

<sup>1066</sup> Voir RAPP (L.), « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », in *Contrats et Marchés publics*, n°7, Juillet 2008, Etude 7.

<sup>1067</sup> *Ce pouvoir qui fait échec au principe d'immutabilité des conventions sacré par l'article 1134 du code civil, est certes discuté.* Voir DUFAU (J.), « Le pouvoir de modification unilatéral de l'administration et les contrats de concession de service public », in *AJDA*, 1955.I, p. 65.

<sup>1068</sup> Voir *conclu. Genevois* sous CE section 9 décembre 1984, *RFDA* 1984, p.39.

<sup>1069</sup> UBAUD-BERGERON (M.), *La mutabilité du contrat administratif*, thèse Montpellier, 2004.

D'autres principes sont appliqués dans les contrats publics. Les principes des contrats de droit privé, notamment l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat... mais aussi des principes propres au contrat public, notamment celui de *la prérogative de la partie publique au nom du principe de continuité du service public*.<sup>1070</sup> *Le substrat des engagements ne se résume pas au souci de sécurité juridique et à leur conformité au droit officiel*.<sup>1071</sup> L'intérêt public est privilégié par rapport à l'accord des volontés dans les contrats publics. Notamment en matière de marchés publics où *l'on se trouve souvent en présence de contrats d'adhésion, l'administration imposant purement et simplement le contenu de son cahier des charges à son prestataire*.<sup>1072</sup>

Autre cas significatif des règles strictes appliquées dans la protection de l'intérêt général est l'interdiction de négocier des contrats de marché public. La négociation précontractuelle qui est au centre des relations contractuelles privées est interdite pour les marchés publics. L'intérêt général ne peut être négocié et, en conséquence, il n'est pas accepté que les intérêts du cocontractant privé puissent être aux dépens de l'intérêt général. Ces rigidités sont difficilement conciliables à *la dynamique contractuelle qui prévaut dans des systèmes comme celui de la PFI. Si le constat est vrai, les conséquences de la déconnexion apparente entre cette dynamique contractuelle et le droit des contrats publics ne doivent pourtant pas être surestimées*.<sup>1073</sup>

Cependant, une évolution vers plus de flexibilité dans les pratiques de commande publique se confirme. *Le Code des marchés publics qui résultent du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 fait à la négociation une place plus large que les textes précédents*<sup>1074</sup> : *de nombreux cas dans lesquels la personne publique contractante peut avoir recours à la négociation*.<sup>1075</sup> Lorsque la procédure de publicité et de mise en concurrence est définie par l'autorité publique concédante, la négociation est tolérée.

La supériorité contractuelle n'est pas sans limite, le régime des contrats publics impose des contraintes à l'administration contractante. Selon le concept de l'Etat de droit, les privilèges et les prérogatives de l'administration contractantes sont soumises au principe de légalité et susceptibles de recours devant le juge. Les contrats de l'administration sont soumis à des règles de la comptabilité publique qui sont réputées pour leur lourdeur, de l'encadrement réglementaire strict des personnes publiques, des règles de responsabilité administrative qui rendent imputable le dommage à l'administration de manière automatique. *Dans le contexte de l'Etat régulateur, ces dernières apparaissent désormais plus lourdes que les avantages*.<sup>1076</sup>

---

<sup>1070</sup> GAUDEMET (Y.), *Partenariat public privé en France*, Dalloz, Paris, 2008.

<sup>1071</sup> BELLEY (J.G.), *Le contrat entre droit économie et société*, Yvon Blais, Paris, 2006, p. 198.

<sup>1072</sup> PEYRICAL (J.M.), « Régime de passation des contrats publics : le droit des délégations comme modèle ? », in *AJDA*, 2004, p.2136 et s.

<sup>1073</sup> LEQUIEN (M.), CUCHE, Etude 22 « La notion de « bancabilité » dans les opérations de financement privé d'équipements publics », *Droit Administratif* n° 12, Décembre 2004.

<sup>1074</sup> FORT (F.X.), « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », in CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Guibal*, Université Montpellier 1, Montpellier, 2006, pp. 27 et s., p.37.

<sup>1075</sup> OLIVIER (F.), « La place de la négociation dans le code des marchés publics », in *Contrats et marchés publics*, novembre 2004, p. 32 et s.

<sup>1076</sup> BUCHER (C.E.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, thèse op.cit., p. 33.

En droit des contrats privés, les tiers au contrat ne peuvent intervenir sur l'exécution de ce dernier en raison de l'effet relatif du contrat.<sup>1077</sup> Ainsi, *dans les pays où les contrats de l'administration sont entièrement soumis au droit civil, les tiers lésés peuvent au mieux obtenir une indemnisation s'ils se trouvent au regard du contrat dans une situation où la responsabilité de l'administration, ou du cocontractant de celle-ci, peut être engagée.*<sup>1078</sup> Ce n'est pas le cas du droit français des contrats publics qui accorde aux tiers, notamment au préfet, à l'usager ou au contribuable, mais aussi *aux entreprises candidates à l'attribution d'un marché public irrégulièrement attribué,*<sup>1079</sup> un droit d'intervenir dans le contrat. Ainsi, en droit français public, *l'affirmation et surtout la protection de la liberté contractuelle résulte de l'office du juge administratif.*<sup>1080</sup>

### Paragraphe 3) Le contrôle par le juge administratif

Selon le professeur Auby, la spécificité propre du droit administratif français n'est pas la dualité de juridiction, mais *le recrutement des juges administratifs en dehors des filières de sélection des juges ordinaires et le fait que le juge administratif suprême soit en même temps conseiller du gouvernement.*<sup>1081</sup>

A la différence du droit administratif anglais, qui *est un expédient du Bench anglais, souvent étranger au processus administratif et peu sensible à ses besoins,*<sup>1082</sup> le droit administratif français a été élaboré pour une fonction spécifique, par des juges experts dans ce domaine et par l'administration active. Le domaine contentieux est donc structuré en deux branches distinctes : l'excès de pouvoir et le plein contentieux. Le premier est un moyen de contrôle de compétence de l'administration, le second est un moyen dynamique de protection du droit des administrés. Cette fonction n'existe pas dans le mode de règlement des contentieux en matière des contrats avec l'administration en droit anglais.

Les cocontractants de l'administration peuvent avoir un « recours de plein contentieux » pour l'ensemble du contrat ou pour certaines clauses particulières, notamment des clauses réglementaires.<sup>1083</sup> Par cette procédure, les personnes aux litiges peuvent faire *valoir un droit à l'encontre de l'administration.*<sup>1084</sup> Ce mécanisme a pour but de censurer les illégalités *dont peut être entaché le contrat.* Les stipulations contractuelles non conformes aux règles constituent aussi un motif de recours plein

---

<sup>1077</sup> Le droit communautaire a mis en place des recours permettant aux tiers d'avoir des recours contre la décision d'attribution des marchés publics. Voir MARCOU (G.), FOLLIOT-LALLIOT (L.), GORDON (D.I.), SCHOONER (S.L.), SCHWARTZ J. Et YUKING Ch., *Le contrôle des marchés publics*, op. cit., p. 16.

<sup>1078</sup> MARCOU (G.), FOLLIOT-LALLIOT (L.), GORDON (D.I.), SCHOONER (S.L.), SCHWARTZ J. Et YUKING Ch., *Le contrôle des marchés publics*, op. cit., p. 16.

<sup>1079</sup> UBAUD BERGERON (M.), « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Guibal*, Université Montpellier 1, Montpellier, 2006, pp. 575 et s., p.588.

<sup>1080</sup> FORT (F.X.), « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », in CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Guibal*, op.cit., pp. 27 et s., p.39.

<sup>1081</sup> AUBY (J.B.), « Le droit administratif français vu en droit comparé », in *AJDA*, 2003, p.407.

<sup>1082</sup> LICHERE (F.), « Le droit anglais des contrats publics comme modèle? », op. cit., p. 462.

<sup>1083</sup> Voir CE Ass, 10 juillet 1996, Cayzeele » : *Lebon* p. 274, *AJDA* 1996, p. 732, chron. CHAUVAUX (D.) et GIRARDOT (T.X.).

<sup>1084</sup> NOGUELLOU (R.), in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 675 et s. p. 694.

contentieux.<sup>1085</sup> *Il existe, un authentique contrôle juridictionnel sur le contrat déjà conclu.*<sup>1086</sup> *Jusqu'ici, un contrat administratif n'était pas en principe susceptible de recours malgré les diverses critiques que suscitait cette position.*<sup>1087</sup>

Le mécanisme du plein contentieux est un recours subjectif réservé à des parties au contrat qui peuvent saisir la justice dans le but de faire valoir leurs intérêts litigieux. En conséquence, les tiers au contrat, notamment les candidats évincés des appels d'offre, n'ont pas accès à ce recours, n'ayant pas de droit subjectif à faire valoir.<sup>1088</sup> Depuis la jurisprudence « Tropic travaux signalisation », le contentieux subjectif est enrichi d'une nouvelle voie de recours, *ouverte à certains tiers, 'les candidats évincés', directement contre le contrat lui-même.*<sup>1089</sup>

L'intervention du juge administratif est d'autant plus pertinente qu'il dispose du pouvoir d'injonction sur l'administration par la procédure du référé précontractuel.<sup>1090</sup> Ainsi, le juge peut adresser des injonctions à l'administration contractante lorsqu'il constate des illégalités dans la procédure de passation de marché.<sup>1091</sup> Le pouvoir de contrôle du juge administratif est étendu à tous les domaines dans lesquels l'administration dispose du pouvoir de contracter, sauf dans les domaines de *compétences de souveraineté et les domaines à statut légal et réglementaire.*<sup>1092</sup>

Le contentieux administratif en matière de contrat est une matière vivante qui ne cesse de s'adapter aux évolutions de la gestion publique. En effet, les juges ne se contentent pas d'appliquer strictement les réglementations juridiques et ont su faire preuve d'innovation. Par exemple, par le biais de la pratique jurisprudentielle, le droit de contrat public a intégré les principes du contrat de droit privé ainsi que *de nombreux concepts empruntés à d'autres matières, et aux sciences dures en priorité, le hasard, l'incertitude, le prévisible, l'imprévisible, le surmontable, l'insurmontable, le raisonnable, la confiance, etc., autant de standards reliés aux faits de l'espèce, grille de lecture utilisée également par la science économique.*<sup>1093</sup>

---

<sup>1085</sup> MARCOU (G), FOLLIOU-LALLIOT (L.), SCHOONER (S.L.), SCHWARTZ (J.), YUKINS (Ch.), (sous la dir.) *Le Contrôle des marchés publics*, op.cit., p. 57.

<sup>1086</sup> CE Ass. 16 juillet 2007, Sté Tropic Travaux signalisation, « AJDA, 2007, p. 1577, chron. LENICA (F.), BOUCHER (J.), RFDadm. 2007, p. 696, concl. CASAS (D.), et p. 917 et s., études MODERNE (F.), POUYAUD (D.) et CANEDO-PARIS (M.).

<sup>1087</sup> Voir TERNEYRE (P.), *Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs* : Etudes et documents du Conseil d'Etat n° 39, p. 249 et s. La documentation française, 1988 ; GOURDOU (J.), PERNEYRE (P.), *Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle*, CJEG, 1999, p. 249 et s.

<sup>1088</sup> NOGUELLOU (R.), « France », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous dir.), *Droit comparé des contrats publics*, op.cit., pp. 675 et s., p. 694.

<sup>1089</sup> FROMONT (M.), « L'évolution du droit des contrats », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous dir.), op.cit., pp. 263 et s. p. 696.

<sup>1090</sup> L'article L.551-1 et L.551-2 du Code de justice administrative prévoit des recours lors des formations des marchés publics, ces dispositions sont issues du droit communautaire. La loi n° 95-125 du 8 février 1995, JO 9 février 1995, p. 2175 reconnaît le pouvoir injonction du juge administratif dans la phase de l'exécution des contrats publics.

<sup>1091</sup> Voir FORT (F.X.), « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », in CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Guibal*, op.cit., pp. 27 et s., p.40.

<sup>1092</sup> FORT (F.X.), « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », in CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Guibal*, op.cit., p.41.

<sup>1093</sup> KIRAT (T.), VIDAL (L.), *Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées*, Annales de l'Institut André TUNC – Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005, p. 4.

Ainsi, le juge administratif a contribué à faire évoluer la matière contentieuse en droit de contrat public de manière dynamique et réaliste. Par l'intermédiaire de la jurisprudence, le *droit des contrats constitue même l'un des terrains les plus fertiles en matière d'innovation juridiques*.<sup>1094</sup> L'instrument contractuel a contribué ainsi à améliorer la gestion publique traditionnelle basée sur le recours à l'acte unilatéral. On peut constater que *le contrat est devenu un instrument de modernisation administrative*.<sup>1095</sup>

## Paragraphe 4) Le contrat : mode de modernisation de la gouvernance administrative

*La montée en puissance du contrat comme mode de relation entre personnes publiques, et entre personnes publiques et privées, constitue un phénomène désormais pleinement reconnu*.<sup>1096</sup> Dans la relation contractuelle, la personne publique doit maîtriser les techniques de négociation et de gestion. Ainsi, la pratique contractuelle a contribué à l'amélioration de la gestion publique (I) et de la relation entre l'Etat et les collectivités locales. (II)

### I) L'AMELIORATION DE LA GESTION PUBLIQUE

La gestion publique en France a révélé, à travers les péripéties de son histoire, sa capacité d'adaptation à l'évolution constante de l'économie mondiale. Ainsi, soumis constamment à la mutation, le rôle de la puissance publique ne cesse de se transformer. Dans la représentation classique, l'action publique est mise en œuvre par les dispositions normatives. Le recours au contrat n'est qu'un *acte marginal ; c'est pourquoi la définition du contrat administratif définit un régime juridique distinct des contrats civils. Le contrat de l'administration était donc conçu dans la mouvance de la vision unilatéraliste de l'Etat gendarme*.<sup>1097</sup> Les contrats publics apportent un nouveau fondement juridique en droit administratif, il s'agit du consensus qui implique que l'autorité publique contractante doit respecter ses engagements. Cette condition est indispensable à la coopération avec les opérateurs privés, notamment en ce qui concerne les partenariats public-privé.<sup>1098</sup>

Dans le contexte de la mondialisation et du recul de l'interventionnisme, le mode de fonctionnement de l'administration devient de plus en plus consensuel, *ceci explique la forme complexe du droit de l'administration*.<sup>1099</sup> Dans les contrats d'externalisations des actions publiques, les administrés ont davantage l'occasion de contribuer, de

---

<sup>1094</sup> Cette réalité sémantique ne se veut pas fidèle d'une réalité pratique. Bien souvent, la formule contractuelle est considérée comme un simple « habillage du lien hiérarchique », produit d'une « fausse négociation », CAILLOSSE (J.) et HARDY (J.), « *Droit et modernisation administrative* », La Documentation Française, Collection. 'perspectives', Paris, 2000.

<sup>1095</sup> Ibidem.

<sup>1096</sup> COLSON (A.), « Contrat et négociation », in CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), *CONTRATS PUBLICS Contrats publics mélanges en l'honneur du professeur M.Guilbal*, Presses de l'université de Montpellier, 2006, Montpellier, pp. 13 et s., p.14.

<sup>1097</sup> FERAL (F.), « Contrat public et action publique : au cœur d'une administration régulatrice », CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), *Contrats publics , Mélanges en l'honneur du Professeur Guibal*, op.cit., pp. 527 et s., p.529.

<sup>1098</sup> BUCHER (C.E.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, thèse op.cit., p. 505.

<sup>1099</sup> Ibidem, p.536.

participer aux affaires administratives. Ils peuvent apporter les expertises, les savoir-faire, les initiatives pour compléter la gestion des affaires publiques.<sup>1100</sup>

La relation contractuelle, encadrée par le droit public, impose à l'administration et au cocontractant privé des obligations *dont le niveau d'exigence est différent de celui des lois*.<sup>1101</sup> En effet, le contrat offre *la souplesse et la réactivité nécessaire pour définir celle qui convient le mieux, à un instant précis, pour des acteurs donnés et une transaction déterminée*.<sup>1102</sup> Cependant, le recours au contrat exige des compétences, des savoir-faire spécifiques. La personne qui représente l'administration au contrat a besoin d'être formée aux techniques de négociation et de gestion. En effet, le négociateur peut *se retrouver démuné face à des interlocuteurs rompus, eux à des techniques de négociation*.<sup>1103</sup> La préparation des négociations est donc primordiale pour la réussite du contrat. Pour réaliser la mission d'intérêt public, le négociateur doit chercher à optimiser le contrat et doit maîtriser les limites de son mandat pour ne pas se trouver en porte à faux. Ainsi, le fait de ne pas maîtriser les techniques de négociations augmente le risque de contentieux par la suite, notamment dans le cas où les intérêts d'autres personnes absentes de la négociation ne sont pas pris en compte dans cette phase.

Le contrat public peut être un instrument d'innovation en apportant une souplesse à l'unilatéralisme trop rigide de l'action administrative. En effet, le contrat permet à l'administration de prendre des initiatives pour combler les lacunes normatives dans la gestion des affaires publiques. Ensuite, ces initiatives peuvent créer un précédent juridique sur le droit en cours. En effet, les lois sont souvent en retard par rapport à l'évolution de la pratique sociétale ou parfois trop générales et n'ont pas encore prévu toutes les dispositions nécessaires pour leur mise en œuvre, ou lorsqu'elles n'ont pas traité tous les cas éventuels concernés par le sujet. Dans les contrats, *l'administration peut discuter des modalités concrètes de la réalisation d'une mission avec l'administré de gré à gré, suivant l'orientation donnée par les réglementations*.<sup>1104</sup>

Le contrat n'est pas réservé uniquement aux affaires économiques, la souplesse de cet instrument permet d'élargir les champs de compétences des personnes publiques.<sup>1105</sup> Ainsi, le contrat peut être un instrument de gestion qui permet d'optimiser des modes de gouvernance dans le contexte de contrainte budgétaire. La pratique des contrats peut être facteur d'amélioration de la relation entre l'administration et les administrés. Les mesures de publicité des contrats administratifs sont des garanties de la transparence des activités publiques. En effet, par le biais de ces mesures, le public peut avoir accès aux informations concernant les contrats, il peut ainsi détecter les irrégularités éventuelles des activités administratives.

Il existe, dans le système français, une échelle d'administrativité des contrats qui s'étend, du plus au moins exorbitant, de la délégation de service public au marché

---

<sup>1100</sup> Voir VIAU (J.), « Pratiques relationnelles et commande publique : enjeux et perspectives », *ESKA, Market management*, Vol. 3, 2003/2, pp. 3 et s., p. 15.

<sup>1101</sup> YANG (J.), « Essai sur l'introduction du contrat dans le droit administratif », in *Science juridique chinoise*, 2002-2, p. 100.

<sup>1102</sup> COLSON (A.), « Contrat et négociation », in *Contrats publics mélanges en l'honneur du professeur M. Guibal*, op.cit., pp. 13 et s. p. 14.

<sup>1103</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>1104</sup> YANG (J.), « Essai sur l'introduction du contrat dans le droit administratif », in *Science juridique chinoise*, 2002-2, p. 100.

<sup>1105</sup> Tel l'appel à des contractuels pour occuper l'emploi de responsable de la police municipale, la filière statutaire ne couvrant que la catégorie C, *AJFP* mars- avril 1997, p. 52 .

public, en passant au niveau intermédiaire par le contrat d'occupation du domaine public et le contrat de louage de services. Son existence confirme que si l'exorbitance du droit des contrats administratifs demeure, elle est surtout une question de degrés ou de nuances.<sup>1106</sup> Le mode contractuel n'est donc pas une substitution au mode d'action par acte unilatéral de l'administration. *Il s'agirait plutôt d'une complémentarité, au prix peut être d'une autolimitation du contenu de la règle, mais de précision clairement explicitées dans le contrat.*<sup>1107</sup>

## II) L'AMELIORATION DE LA RELATION ENTRE L'ETAT ET LES COLLECTIVITES LOCALES

En France, la politique de l'Etat Providence de la période de l'après-guerre implique des dépenses publiques importantes. Le processus de « faire faire » de déconcentration<sup>1108</sup> a cédé la place à celui de « laisser faire » de décentralisation.<sup>1109</sup>

Dans le passé, les contrats entre personnes publiques sont des cas isolés. La décentralisation a fait émerger les concepts du consensus, de la conciliation, de persuasion dans le mode de fonctionnement des autorités publiques.<sup>1110</sup> En effet, le contrat peut être un instrument alternatif à la loi, pour gérer des rapports entre l'Etat et les collectivités locales. Il s'agit des contrats de plan Etat/régions qui sont des instruments d'exécution du plan.<sup>1111</sup> Les régions peuvent aussi conclure des contrats interrégionaux avec les départements, les communes ou des entreprises publiques.<sup>1112</sup> Le terme de « contractualisation », qui est une forme d'institutionnalisation du contrat, une généralisation de la relation contractuelle,<sup>1113</sup> est plus adapté pour désigner ce phénomène.

Le processus contractuel est un instrument pour le transfert des services extérieurs de l'Etat à des autorités décentralisées. Entre ces dernières, le contrat est aussi un outil de coopération. En effet, ces dernières peuvent conclure « des conventions par lesquelles l'une d'elles s'engage à mettre à la disposition d'une autre collectivité ses services et moyens, afin de lui faciliter l'exercice de ses compétences.<sup>1114</sup> Ainsi, les champs d'action des collectivités territoriales sont élargis au-delà de la frontière nationale. Par ailleurs, la coopération transfrontalière leur ouvre un nouveau domaine : la possibilité de contracter avec les régions étrangères leur est désormais reconnue.<sup>1115</sup>

Par le biais des discussions des objectifs à atteindre, la logique consensuelle du contrat favorise la coopération entre les différentes institutions et transforme la relation hiérarchique entre les niveaux de l'administration. En effet, formé d'un commun accord

---

<sup>1106</sup> BRENET (F.), « La théorie du contrat administratif, évolutions récentes », *AJDA*, 2003, p. 919 et s.

<sup>1107</sup> RENARD (V.), « Quelques aspects économiques », in *Partenariat Public Privé et Collectivités territoriales*, La Documentation Française, Paris, 2002, pp. 91 et s., p. 104.

<sup>1108</sup> DOUENCE (J-CL.), *L'action économique locale : décentralisation ou recentralisation*, Economica, 1988, p. 544.

<sup>1109</sup> COLSON (A.), « Contrat et négociation », in *Contrats publics mélanges en l'honneur du professeur M. Guilbal*, op. cit., p. 14.

<sup>1110</sup> POULET-GIBOT LECLERC (N.), « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », in *RFDA*, 1999, p. 551 et s.

<sup>1111</sup> Loi n° 82-653. Voir MESCHERIAKOFF (A.S.), *Droit public économique*, PUF, 1994, p. 188.

<sup>1112</sup> DOUENCE (J-CL.), *L'action économique locale : décentralisation ou recentralisation*, Economica, 1988, p. 195.

<sup>1113</sup> POULET-GIBOT LECLERC (N.), « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », op.cit.

<sup>1114</sup> Art. 6 de la loi du 7 janvier 1983.V. POULET-GIBOT LECLERC (N.), « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », op.cit.,p.551 et s.

<sup>1115</sup> Ibidem, pp. 551 et s.

entre les parties, le contrat peut être modifié de la même manière. Cette souplesse permet à l'administration de s'adapter aux éventuelles évolutions de la situation. *A la logique verticale de contrainte inhérente à ces procédés, tend à faire place une logique horizontale de coordination, qui transforme la nature même entre le centre et la périphérie.*<sup>1116</sup> En effet, les collectivités locales peuvent gérer les moyens attribués à leurs services techniques *en fonction des résultats atteints.*<sup>1117</sup>

Pour le Vietnam, le fait de disposer d'un cadre juridique efficace de gestion publique est un élément indispensable pour améliorer l'efficacité de l'action publique. La coopération contractuelle permet d'avoir plus de cohérence dans la relation entre l'autorité centrale et les grandes villes provinciales qui ont acquis une autonomie économique. Au niveau interrégional, ce mode de relation peut inspirer le cadre de coopération entre les provinces du Vietnam, notamment en matière de gestion des projets d'investissements. Au niveau international, la coopération décentralisée qui a pris un essor depuis une vingtaine d'années en France est un instrument pour développer les domaines culturels, économiques entre les collectivités locales et leurs homologues français. *La loi Aménagement du Territoire de la République (ATR, 1992) propose un cadre juridique qui ouvre aux collectivités territoriales la possibilité d'aider des collectivités étrangères dans les domaines d'intérêt collectif comme l'éducation, la santé et l'eau. La loi Oudin de 2005 élargit les possibilités d'intervention des collectivités territoriales dans le financement des actions dans le domaine de l'eau.*<sup>1118</sup>

La relation contractuelle dans les contrats de longue durée, notamment dans les projets PPP, présente des particularités qui doivent être prises en compte par le régime juridique des contrats publics.

## **SECTION 2) LES REFERENCES DU DROIT COMPARE : LA TRADITION FRANÇAISE DU PARTENARIAT DANS LES CONTRATS RELATIONNELS**

L'approche *Law& Economics*<sup>1119</sup> est intéressante pour le système vietnamien dans le sens où cette discipline se focalise plus *sur la dimension partenariale des PPP que sur la dichotomie public-privé.*<sup>1120</sup> Les apports *Law& Economics* sont utiles pour identifier les *conditions à remplir pour qu'un réel partenariat s'instaure entre les parties contractantes.*<sup>1121</sup> Cette discipline permet de comprendre l'interaction des

---

<sup>1116</sup> CHEVALLIER (J.), « Loi et contrat dans l'action publique », *Etudes et doctrine, Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 17, p. 3.

<sup>1117</sup> AFD, « La contractualisation : une clé pour la gestion durable des services essentiels », *Rapport du groupe de travail*, 2008, p. 34.

<sup>1118</sup> GUESNIER (B.), « L'eau et le développement durable : un couple en rupture sans gouvernance sociétale et coopération décentralisée », *Développement durable et territoires*, Vol. 1, n° 1, Mai 2010, disponible sur le site <http://developpementdurable.revues.org/8376>, mis en ligne le 07 mai 2010, consulté le 08 février 2016.

<sup>1119</sup> Voir KOROBKIN (R.), *Empirical Scholarship in Contract Law : Possibilities and Pitfalls* University of California, Los Angeles School of Law, *Research Paper Series*, Research Paper n° 01-22; POSNER (E.A.), "Economic Analysis of Contract Law after Three Decades : Success or Failure?", *The Yale Journal* Vol 112, January 2003.

<sup>1120</sup> SAUSSIER (S.), PIRON (V.), BRUX (J. de), *Une analyse économique des partenariats public-privé*, 2011, disponible sur le site [www.ipp.org/docu/analyse\\_2011](http://www.ipp.org/docu/analyse_2011), consulté le 19/3/2015, p 17 et 18.

<sup>1121</sup> *Ibidem*, p 17 et 18.

partenaires au contrat et de trouver les solutions juridiques pour optimiser cette relation. *L'enjeu du développement des pratiques relationnelles est de collaborer sans se compromettre. Les règles doivent chercher à catalyser les comportements dans le sens de la cohésion des actions et de l'efficacité des objectifs recherchés.*<sup>1122</sup>

L'analyse *Law & Economics* ne sépare pas la naissance des contrats de leur exécution, parce que pour elle, fondamentalement, un contrat est un moyen d'organiser une coopération dans la durée : elle tient que le début, le cours et la fin du contrat ne peuvent se comprendre, s'analyser séparément.<sup>1123</sup> Cependant, il est impossible de compter uniquement sur l'efficacité du contrat pour gérer un projet de longue durée. La réussite de ces projets dépend, d'une part, de la coopération indispensable entre les partenaires (Sous-section 1) et, d'autre part, de la stabilité de la relation contractuelle (Sous-section 2).

## **Sous-section 1) Une coopération indispensable entre les partenaires des PPP**

La pratique contractuelle dans les projets PPP est différente de celle qui est appliquée dans les autres types de contrat. En effet, le succès des premiers est subordonné à la qualité de coopération entre les parties. Dans ce mode de relation, la continuité du projet doit être privilégiée par rapport à la recherche des intérêts propres des parties. L'appréhension par la science économique des blocages dans les PPP (Paragraphe 1) constitue un préalable qui permet de *dégager les solutions efficaces du droit.*<sup>1124</sup> La transcription en droit des solutions proposées par les sciences économiques (Paragraphe 2) est, cependant, différente selon la particularité des systèmes juridiques.

### **Paragraphe 1) L'appréhension par la science économique des blocages dans les PPP**

Les apports de la science économique au droit des contrats (I) permettent de comprendre les problèmes dans certains types de relations économiques. En effet, les renseignements apportés par ces études ont mis en évidence les obstacles majeurs dans les contrats PPP. (II)

#### **I) LES APPORTS DE LA SCIENCE ECONOMIQUE AU DROIT DES CONTRATS**

Plusieurs théories ont contribué à enrichir l'analyse économique des contrats. Dans les années trente, les travaux de Coase concernant les dispositifs de coordination dans une économie décentralisée<sup>1125</sup> ont été développés ensuite par Williamson dans les années soixante-dix.<sup>1126</sup> L'école des droits de propriété de Demsetz<sup>1127</sup> a aussi repris les

---

<sup>1122</sup>VIAU (J.), « Pratiques relationnelles et commande publique : enjeux et perspectives », *Market Management* 2003/2 (Vol. 3), p. 3 et s. p. 28.

<sup>1123</sup>KIRAT (T.), « L'allocation des risques dans les contrats « incomplets » à la pratique des contrats administratifs », *Revue internationale de droit économique*, 2003, pp. 11 et s., p. 14.

<sup>1124</sup>RAMBAUD (R.), *L'institution juridique de régulation*, L'Harmattan, Paris, 2012, p. 66

<sup>1125</sup>COASE (R.H.), *The nature of the Firms*, *Economica*, vol.4, 1937, pp. 386 et s.

<sup>1126</sup>WILLIAMSON (O.E.), *The Economics Institutions of Capitalism*. Free Press New York, 1985, *Economic organization*, Wheatsheafbooks, 1986, "Strategizing, economizing and economic organization", *Strategic Management Journal*, vol 12, p. 75 et s., "Transaction cost economics and

analyses des problèmes d'externalités de Coase. Les auteurs de l'analyse économique se sont inspirés des travaux des autres disciplines, notamment la science de gestion, la sociologie, les sciences administratives, les sciences politiques, l'ethnologie...<sup>1128</sup> Les trois courants les plus connus en matière de l'analyse économique des contrats sont la théorie des incitations (TI), la théorie des contrats incomplets (TCI) et la théorie des coûts de transactions (TCT).

La TCT émet trois hypothèses, en premier lieu les agents économiques cherchent avant tout leurs propres intérêts, ensuite qu'ils évoluent dans un cadre informationnel imparfait et enfin, les actifs engagés sont spécifiques. Cette théorie met l'accent sur l'insuffisance des dispositifs privés de règlement des différends entre les parties et la nécessité d'un cadre institutionnel qui fournit, d'une part, *des règles de coordination de base qui permettent de ne pas avoir à tout créer ou recréer à l'intérieur de leurs relations contractuelles*,<sup>1129</sup> et d'autre part qui garantit l'exécution des sanctions. Ainsi, en l'absence de ces garanties, la transaction n'aura pas lieu. Cette théorie se préoccupe simultanément de l'*efficacité des ajustements ex post et des contraintes d'exécution des accords*,<sup>1130</sup> Cependant, la théorie TCT *exclut toute véritable stratégie de la part des organisations et des acteurs publics impliqués*.

Cette lacune est identifiée dans les développements de la TI qui *tentent de remédier à ces défauts*.<sup>1131</sup> En effet, cette théorie analyse les problèmes de coordination dans les contrats *entre une partie sous informée, dénommée le 'principal', [qui] met au point un schéma d'incitation pour conduire la partie informée « l'agent », soit à révéler son information (modèle d'anti sélection), soit à adopter un comportement conforme à l'intérêt du principal (modèle de risque moral)*.<sup>1132</sup>

La TCI place l'étude des contrats dans le contexte institutionnel qui l'encadre. Cette théorie *établit un lien direct entre la capacité d'observation et d'évaluation des institutions judiciaires, la nature des contrats réalisables et leur efficacité. Lorsque certaines variables sont inobservables, les contrats sont incomplets*.<sup>1133</sup> Dans ce type de relation, les parties sont obligées de réadapter les conditions du contrat à des changements survenus en cours du contrat. Il est impossible de tout anticiper dans le contrat initial. La TCI *analyse les droits de propriété comme un dispositif permettant d'assurer la crédibilité des engagements*,<sup>1134</sup> et cherche à déterminer l'existence de

---

organization theory", *Industrial and Corporate Change*, vol. 2, pp. 107 et s., "Hierarchies, market and power in the economy, an economic perspective", *Industrial and Corporate Change*, vol. 1 n° 1, pp. 21 et s.

<sup>1127</sup>DEMSETZ (H.), "Toward a theory of Property rights", *American Economic Review*, 57, 1967, pp. 347 et s.

<sup>1128</sup>Voir BROUSSEAU (E.), GLACHANT (J.M.) « Introduction : Économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », in *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2e et 3eme trimestre, 2000, pp. 23 et s., p. 28.

<sup>1129</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>1130</sup> Voir BROUSSEAU (E.), GLACHANT (J.M.) « Introduction : Économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », in *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2e et 3eme trimestre, 2000, pp. 23 et s., p. 32.

<sup>1131</sup> VIAU (J.), « Pratiques relationnelles et commande publique : enjeux et perspectives », *Market Management* 2003/2 (Vol. 3), p. 3 et s., p. 31.

<sup>1132</sup>Voir BROUSSEAU (E.), GLACHANT (J.M.), « Introduction : Économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », op.cit., p. 28.

<sup>1133</sup>Ibidem, p. 32.

<sup>1134</sup> GROSSMAN (S.) et HART (O.), «The Cost and Benefits of Ownership : A Theory of Vertical et lateral Integration » , *Journal of Political Economy* , 1986, 94 (4), pp. 691 et s. HART (O.), "Incomplete

*solutions contractuelles à ces problèmes d'engagement*<sup>1135</sup> selon différentes modalités d'intervention du juge chargé de vérifier et de faire exécuter le contrat.<sup>1136</sup>

La vision et l'analyse réaliste de ces théories économiques permettent la création des outils juridiques nécessaires à des transactions efficaces,<sup>1137</sup> notamment pour le cas des contrats PPP qui relèvent d'un mode de relation spécifique. Selon Brousseau, *l'analyse des contrats réexamine la nature précise des difficultés de la coordination économique, et approfondit notre connaissance des fonctions ou des raisons d'être des dispositifs de coordination.*<sup>1138</sup>

## II) LES OBSTACLES MAJEURS A LA COOPERATION DANS LES PPP

Les obstacles sont de deux ordres, en premier lieu il s'agit des coûts de transactions importants (A) et ensuite il s'agit des comportements opportunistes des parties (B).

### A) Des coûts de transactions importants

En raison de l'incertitude concernant les risques dans un projet complexe et à longue durée, les parties sont obligées de prévoir dans le contrat, le maximum des événements concernant leurs obligations et leurs droits, de gérer au mieux les risques éventuels. L'analyse économique de ces relations, selon la TC, *conduit à la conclusion que pour pouvoir accéder aux avantages des PPP, il faut accepter de supporter les coûts de transaction qui leur sont associés et chercher à les minimiser.*<sup>1139</sup> Ces coûts sont présents à différentes phases du PPP. En premier lieu, la spécification du service à réaliser, la définition des objectifs, la recherche des solutions technologiques adaptées aux besoins sont des démarches qui génèrent des coûts non négligeable, notamment lorsque l'administration n'est pas bien organisée. Ensuite, il s'agit des coûts engagés lors de la procédure de sélection du concessionnaire et de la rédaction du contrat. En effet, *organiser un mécanisme de négociation implique une certaine duplication des efforts. Les deux parties doivent s'informer sur l'état de leur environnement, calculer des solutions,*<sup>1140</sup> d'autant plus que les expertises spécifiques ne sont maîtrisées que par un faible nombre d'opérateurs. *Plus le marché est concentré, plus forte sera la marge entre le prix qui ressortira du processus de mise en concurrence et les coûts de l'opérateur sélectionné.*<sup>1141</sup> Ces coûts additionnels peuvent aller de 3% à 25 % de la valeur totale du PPP.<sup>1142</sup> Enfin, pendant la phase de l'exécution du contrat, *des coûts de*

---

Contracts and the Theory of Firm", in *Journal of law, Economics and Organization*, 1988, 4(1), pp. 119 et s.

<sup>1135</sup> HART (O.), MOORE (J.), « Incomplete Contracts and Renegotiation », *Econometrica*, 1988, 56, pp. 755 et s.

<sup>1136</sup> BROUSSEAU (E.), FARES (M.), « Règles de droit et inexécution du contrat : l'apport de la théorie économique des contrats au droit comparé », *REP*, 112 (6), nov-déc. 2002, pp. 823 et s., p. 825.

<sup>1137</sup> KIRAT (T.), *Economie et droit du contrat administratif*, op. cit., p. 13.

<sup>1138</sup> BROUSSEAU (E.), GLACHANT (J.M.), « Introduction : Économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », op.cit., p. 25.

<sup>1139</sup> SAUSSIER (S.), PIRON (V.), BRUX (J. de), *Une analyse économique des partenariats public-privé*, 2011, op.cit., p. 14.

<sup>1140</sup> BROUSSEAU (E.), « L'économiste, le juriste et le contrat », in GHESTIN (J.), *Le contrat au début du XXème siècle*, LGDJ, Paris, 2001, p. 171.

<sup>1141</sup> MARTY (F.), SPINDLER (J.), Bilan et perspectives des contrats de PFI britanniques 1992-2012, *Gestion&finances publiques*, n° 6, Juin 2013, pp. 43 et s., p. 44.

<sup>1142</sup> TORRES (L), PINA (V), "Public private partnership and private finance initiatives in the eu and spanish local governments", in *The European Accounting Review*, 10(3), 2001, pp. 601 et s.

communication, d'information, des coûts d'incitation et de surveillance, des coûts de garantie d'exécution et des coûts liés à la perte résiduelle<sup>1143</sup> sont des coûts difficilement évaluables.

Au Vietnam, ces tâches exigent l'intervention des cabinets d'avocats et d'experts étrangers, ce qui augmente de manière considérable le coût des transactions sans apporter des solutions satisfaisantes pour l'avancement des projets *BOT*.

## B) Des comportements opportunistes des parties

Les économistes de la TI représentent la relation entre une autorité publique qui délègue l'exploitation d'un service public et le concessionnaire qui assume le fonctionnement par le modèle de type principal-agent.<sup>1144</sup> L'asymétrie informationnelle génère un rapport de force entre les partenaires. *Ce n'est pas l'aspect le moins utile de l'analyse économique que de montrer que les situations asymétriques ne sont pas toujours dans le même sens.*<sup>1145</sup> En effet, dans les relations économiques, la recherche de bénéfice est le souci central des agents économiques qui sont souvent dotés d'une rationalité limitée. Les investissements spécifiques impliqués dans les PPP ainsi que l'absence des sanctions par le marché favorisent l'opportuniste qui peut relever de tricheries ou de manque de loyauté de la part des partenaires pendant les différentes phases des PPP.<sup>1146</sup>

Dans la phase d'attribution du contrat, les opérateurs peuvent profiter de la situation pour faire des offres opportunistes, notamment pour surévaluer les coûts annoncés dans le contrat et pour s'approprier des rentes.<sup>1147</sup> En effet, lorsque la sélection des candidats est basée uniquement sur le critère de prix, le candidat opportuniste n'hésite pas à proposer un prix extrêmement bas,<sup>1148</sup> sachant que ce prix n'est pas réalisable, l'objectif principal étant de remporter le marché. Dans la grande majorité des cas, ce candidat n'est pas le plus efficace pour le marché concerné.<sup>1149</sup> La science économique identifie ce phénomène comme étant la malédiction du vainqueur. Le choix d'un candidat optimiste est doublement nuisible pour les intérêts des autorités publiques : ne pas trouver le meilleur candidat possible<sup>1150</sup> et risquer une renégociation en raison des calculs irréalisables. Il est nécessaire d'associer les dispositifs de surveillance et des mesures d'incitatives pour dissuader les opérateurs privés d'adopter

---

<sup>1143</sup> KIRAT (T.) AUBY (J.B.), VIDAL (L.), MARTY (F.), *Le contenu et la portée économique des règles de droit, application à la répartition des risques dans les contrats administratifs*, GIP Mission de recherche et justice, 2003, p. 55.

<sup>1144</sup> BREUIL (L.), NAKHLA (M.), « Concilier efficacité et service public dans les concessions de service d'eau et d'assainissement dans un environnement institutionnel incertain », in *Revue d'économie industrielle*, Vol 111, 3<sup>ème</sup> trimestre 2005, pp. 9 et s., p. 14.

<sup>1145</sup> DEFFAINS (B.), « Pour une théorie économique de l'imprévision en droits des contrats », *RTDCiv.*, 2010, pp. 719 et s.

<sup>1146</sup> VIDAL (L.), *L'équilibre financier des contrats dans la jurisprudence administrative*, op. cit., p.140.

<sup>1147</sup> VIDAL (L.), « L'économie de la répartition des risques dans les contrats : les liens entre droit et économie », in VIDAL (L.), AUBY (J.B.), KIRAT (T.), MARTY (F.), *Economie et droit du contrat administratif*, LDF, 2005, pp. 59 et s., p. 62.

<sup>1148</sup> MARTY (F.), VOISIN (A.) *Les partenariats public-privé dans les pays en développement : Les enjeux contractuels*, 2006, p. 17, disponible sur le site <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00010365>, consulté le 30/10/2014.

<sup>1149</sup> SAUSSIER (S.), PIRON (V.), BRUX (J. de), *Une analyse économique des partenariats public-privé*, op.cit., p. 17.

<sup>1150</sup> Ibidem, p. 17.

un comportement opportuniste.<sup>1151</sup> Le problème de l'aléa moral<sup>1152</sup> se produit lors de l'exécution du contrat, la personne publique ne peut pas déterminer les efforts mis en œuvre par le partenaire privé pour réduire les coûts ou pour investir.

Le rapport de force entre les parties est en fonction des types de projets. Dans les projets de type infrastructure routière, l'autorité publique garde une position dominante sur le partenaire privé. En effet, dans ce contexte, les entreprises privées ne sont pas en mesure de s'opposer au pouvoir exorbitant de l'administration concédante, notamment en cas de concurrence. En revanche, dans les projets techniques, le rapport de force est en faveur des opérateurs privés qui détiennent la spécialité par rapport aux autorités publiques. En effet, les autorités publiques locales ne sont pas dotées de connaissances, d'expertises nécessaires face aux partenaires privés lorsqu'il s'agit des grandes entreprises multinationales. Les grandes entreprises internationales, partenaires dans les projets PPP, peuvent profiter de sa position de force, non seulement lors de la phase de négociation du contrat, mais aussi lors de la renégociation en l'absence de pressions concurrentielles.<sup>1153</sup> Ainsi, plus le projet est complexe et de haute technicité, plus la rente de détention de l'information est importante et peut inciter à un comportement opportuniste des opérateurs privés. Ces derniers peuvent profiter de *la disparition de la pression de ses concurrents et de l'information acquise lors des premiers mois de contrats pour augmenter tant son pouvoir de négociation que son avantage informationnel pour capturer le régulateur.*<sup>1154</sup>

Dans les pays en développement, les asymétries informationnelles dans les projets PPP, notamment dans les projets de haute technicité, sont aux dépens de l'autorité publique concédante. Les risques liés au comportement opportuniste des firmes prestataires sont plus importants que dans les pays développés qui sont dotés d'une organisation administrative efficace. A travers les expériences de la pratique des PPP dans ces pays, on peut relever des attitudes opportunistes telles que le refus *de prendre en charge certaines obligations contractuelles, l'instauration de tarifs excessifs eu égard à la nécessaire accessibilité financière du service public voire de comportements de faillite stratégique et d'abandon de concessions.*<sup>1155</sup>

Les études menées par des auteurs américains et européens<sup>1156</sup> ont démontré qu'il existe une *complémentarité entre un haut niveau de formalisme des contrats et le contenu en confiance de la relation nouée entre cocontractants.*<sup>1157</sup> Des dispositifs juridiques sont mis en œuvre pour prévenir le comportement opportuniste des agents économiques et ainsi améliorer l'efficacité des PPP. Dans la phase d'attribution, *ces améliorations passent par des dispositifs permettant la sélection de l'opérateur le plus*

---

<sup>1151</sup> V. VIDAL (L.), « L'économie de la répartition des risques dans les contrats : les liens entre droit et économie », op. cit., p. 74.

<sup>1152</sup> Voir SAUSSIÉ (T.), TIROLE (J.), *Renforcer l'efficacité de la commande publique*, Les notes du Conseil d'analyse économique, n° 22 avril 2015, p. 7 et s.

<sup>1153</sup> MARTY (K.), VOISIN (A.), *Les partenariats public-privé dans les pays en développement : Les enjeux contractuels*, op. cit., p. 2.

<sup>1154</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>1155</sup> GUASCH (J.L.), LAFFONT (J.J.), STRAUB (S.), « Renegotiation of Concession Contracts in Latin America », *Working Paper*, University of Edinburg, 2003.

<sup>1156</sup> Voir DEAKIN (S.), WILKINSON (F.), « Coopération, droit des contrats et performances économiques », in KIRAT (T.), SERVERIN (E.) (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, pp. 159 et s.

<sup>1157</sup> Voir KIRAT (T.), *Economie et droit du contrat administratif*, op. cit., p. 54, note 22.

*efficace et par l'organisation d'un appel d'offres qui attire le maximum d'enchérisseurs.*<sup>1158</sup>

La coopération entre les partenaires nécessite des engagements crédibles et des sanctions crédibles de la part de l'autorité publique contractante. En ce qui concerne les premiers, les engagements publics doivent tenir compte des intérêts publics mais aussi les intérêts de son partenaire, notamment par la garantie de la durée des contrats, la possibilité de révision périodique des prix,<sup>1159</sup> le maintien de l'équilibre financier du contrat. Les sanctions crédibles se manifestent par le fait que l'autorité publique peut recourir à ses pouvoirs exorbitants pour procéder à une résiliation pour faute ou une reprise en gestion interne dans le but de l'intérêt public.

## **Paragraphe 2) La transcription en droit des solutions de la science économique**

En fournissant les *outils utiles à l'analyse des arrangements contractuels*, la théorie économique a contribué à la recherche des solutions à des difficultés des projets PPP.<sup>1160</sup> Ainsi, les retours de longues expériences ont permis de réaliser la normalisation des contrats PPP au Royaume-Uni (I). Tandis que la France a choisi de s'appuyer sur la tradition de coopération des contrats publics (II) qui est un atout de gestion publique.

### **I) LA NORMALISATION DES CONTRATS PPP AU ROYAUME-UNI**

En droit anglais des contrats, les parties sont obligées de tout prévoir dans les clauses en raison de l'absence de cadre normatif global à l'instar du code. Ainsi, les contrats concernant des projets PPP sont des documents volumineux, rédigés de manière minutieuse par des experts compétents. Le contrat PPP exige du temps, de l'expertise et de l'argent. Il est nécessaire de développer des mécanismes de pilotage à toutes les étapes déterminantes, pour assurer une confiance mutuelle entre les parties.<sup>1161</sup> En effet, la coordination des actions entre les différentes parties impliquées au projet requiert la mise en place de différents dispositifs tels que les mesures d'incitation, de coercition, les principes d'autorité, les routines de pratiques usuelles<sup>1162</sup>

Pour économiser une perte de temps et de coût dans les négociations,<sup>1163</sup> les ministères anglais ont établi des contrats standards<sup>1164</sup> qui permettent de diminuer de

---

<sup>1158</sup>HUET (F.), *Partenariats public-privé et performances, théories et application au secteur de l'approvisionnement d'eau potable en France*, Thèse en sciences économiques, Universités de Paris I, Panthéon, Sorbonne, p.28.

<sup>1159</sup> Voir JOLLS (C), "Contracts as Bilateral Commitments : a New Perspective on ContractModification", *Journal of Legal Studies*, vol. 26, 1997, pp.203 et s.; GUASH (J.L), "Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions : Doing it Right", *WORLD BANK INSTITUTE, WBI Development Studies*, 2004. Ces auteurs proposent d'encadrer les renégociations dans les cas sérieux et de l'interdire dans les autres cas.

<sup>1160</sup>SAUSSIER (S.), PIRON (V.), BRUX (J. de), *Une analyse économique des partenariats public-privé*, op.cit., p. 3.

<sup>1161</sup> Ibidem, p 17 et 18.

<sup>1162</sup> BROUSSEAU (E.), GLACHANT (J.M.), « Introduction : Économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », in *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2e et 3eme trimestre, 2000, pp. 23 et s., p. 25.

<sup>1163</sup> Selon les statistiques anglaises, 95% des éléments d'un contrat PPP sont similaires à un autre contrat du même type, notamment en ce qui concerne les procédures d'allocation de risques et les mécanismes de paiement.

<sup>1164</sup> HM-TREASURY, *Standardisation of PFI Contracts*, Version 4, March 2007, disponible sur le site :

moitié le temps de préparation du contrat. Par le biais des clauses contractuelles, les parties vont *désigner les règles de comportement qui les dispenseront à chaque nœud de décision, de calculer et d'imaginer la meilleure solution possible*.<sup>1165</sup> Les clauses qui sont considérées comme une réussite dans la pratique, sont reprises dans le contrat standard pour économiser du temps et des coûts d'expertises. En effet, selon le rapport "*Standardisation of PFI Contracts*",<sup>1166</sup> ces modèles permettent de mieux appréhender les complexités du processus PPP et surtout de réduire le temps de négociation *ex ante*. Les contrats standards sont adaptés selon le secteur dans lequel ils seront appliqués, ainsi, le gouvernement dispose une typologie de contrats PPP pour les différents secteurs.<sup>1167</sup> Ces modèles sont quasi obligatoires pour chaque type de projet<sup>1168</sup> et pour les autorités régionales. Ces contrats, dans une certaine mesure, représentent un exemple de réglementation spécifique sur les PPP.<sup>1169</sup>

Le recours au contrat standard, élaboré à partir des expériences cumulées des projets PPP réalisés au Royaume-Uni est un facteur de réduction des coûts de préparation, de négociation et de la conclusion de contrat. Ces contrats standards ont évolué au fur et à mesure que des retours d'expériences des PPP apportent de nouveaux éléments au modèle initial. Le premier contrat type était une version de test dans laquelle les cas de changement de normes, les cas de fin de contrats ne sont pas prévus. La troisième version en 2004 complète les cas de refinancements et les changements de nature des relations contractuelles. La dernière version PF2<sup>1170</sup> en 2012 affiche une nouvelle approche du gouvernement dans la politique de relance des PPP.<sup>1171</sup>

Les contrats standards sont utiles car ils permettent d'optimiser le choix de la structure de financement des contrats PPP. Ainsi, *on est donc dans le cas d'une gouvernance bilatérale, avec un contrat standardisé mais dont le contenu permet une adaptation précise en fonction du secteur et des aléas*.<sup>1172</sup> Cependant, le mécanisme des contrats types présente des limites. L'hypothèse selon laquelle les risques sont semblables d'une année à l'autre n'est pas toujours avérée. La survenance de nouveaux risques est fréquente et, dans ces cas, le contrat standard n'est plus adapté. Dans certains cas, les contrats sont prévus pour une longue durée en raison des amortissements des actifs onéreux engagés dans le projet. Dans ces contrats, il est impossible de tout prévoir lors de la négociation initiale.

---

hm-treasury.gov.uk.

<sup>1165</sup> VIDAL (L.), « L'économie de la répartition des risques dans les contrats, les liens entre droit et économie », in AUBY (J.B.), KIRAT (T.), MARTY (F.), VIDAL (L.), (sous dir), *Economie et droit du contrat administratif*, op.cit., p. 67.

<sup>1166</sup> HM-TREASURY, *Standardisation of PFI Contracts*, op.cit.

<sup>1167</sup> COSSALTER (P.), MARAIS (B. de), *La private finance initiative*, IGD, 2001, p.20.

<sup>1168</sup> Ibidem, p.20.

<sup>1169</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, *Les bonnes pratiques en matière de relations entre les collectivités locales/régionales et le secteur privé (partenariats public-privé)*, disponible sur le site : <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBloobGet&InstranetImage=2566582&SecMode=1&DocId=1423644&Usage=2>, consulté le 30/6/2015.

<sup>1170</sup> HM Treasury : *Standardisation of PF2 contracts : Draft*, disponible sur le site [http://cdn.hm-treasury.gov.uk/infrastructure\\_standardisation\\_of\\_contracts\\_051212.pdf](http://cdn.hm-treasury.gov.uk/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.pdf)

<sup>1171</sup> HM Treasury : *A new approach to public-private partnerships*, disponible sur le site : <http://cdn.hm-treasury.gov.uk/>

<sup>1172</sup> COSSALTER (P.), MARAIS (B. de), *La Private finance initiative*, op. cit., p. 21.

Selon les études de Knight, dans le cas d'un avenir incertain, *la complétude des contrats est une utopie qui, au demeurant, peut être contre-productive*.<sup>1173</sup> Ainsi, le fait de prévoir toutes les éventualités pose le problème de la rigidité des contrats. Dans ces types de contrat, les parties vont tenter de prévoir les obligations pour toutes les éventualités possibles. Cette rigidité offre peu de possibilité d'adaptation aux changements et parfois, la seule solution d'ajustement en cas d'inefficacité reste la rupture unilatérale. Dans les PPP, la rigidité contractuelle offre une garantie limitée pour les parties, ce qui implique une réticence de leur part pour investir dans les actifs du projet. Par ailleurs, le contrat standard annule les bénéfices du mécanisme de dialogue compétitif qui est nécessaire dans les contrats PPP.

Dans le cas du Vietnam, les expertises techniques, financières et contractuelles nécessaires pour élaborer des contrats standards ainsi que les retours d'expériences des PPP mis en œuvre au Royaume-Uni sont inexistantes dans ce pays. En conséquence, il est difficile d'élaborer des contrats standards pour les projets BOT. Les références du système de droit français des contrats publics fournissent des pistes de réflexion éventuelle pour améliorer le droit vietnamien.

## II) LA COOPERATION EN DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS PUBLICS

En France, le droit et la jurisprudence ont élaboré des solutions comportant des points similaires avec celles de la science économique, notamment en ce qui concerne le maintien de la coordination des contrats publics.<sup>1174</sup> Ainsi, les mécanismes de coopération du droit français des contrats publics sont basés sur les techniques de sanctions, d'aide à la décision et d'incitation.

Lors de l'exécution du contrat, *lorsque routines et règles de conduite ne sont plus pertinentes*, la science économique suggère le recours à un mécanisme d'autorité. En droit français, l'administration dispose d'une autorité pour décider en cas d'incertitude dans les transactions, pour garantir la continuité du service public. Les clauses les plus courantes dans les contrats publics sont celles qui concernent l'obligation d'assurer le service public. *Il en est de même pour les clauses qui définissent les pouvoirs de surveillances et de contrôle dévolus au concédant<sup>1175</sup> ou encore celles qui évoquent la possible survenance d'un événement de force majeure.*<sup>1176</sup> Par ailleurs, il existe d'autres clauses qui *rappellent expressément la fonction d'autorité résiduelle détenue par le juge.*<sup>1177</sup>

Pour les économistes, le recours à l'autorité unilatérale n'est fondé ni sur le pouvoir de marché, ni sur la domination économique, il s'agit plutôt *du résultat d'un arbitrage entre coûts de prise de décision et coûts induits par la mauvaise qualité potentielle de ces décisions, qualifiés de coûts « mal adaptation »*.<sup>1178</sup> La partie qui a le pouvoir de décision en cas d'imprévu, devrait maîtriser les informations nécessaires pour trouver une issue adéquate à la situation, et il est nécessaire de *garantir à l'autre*

---

<sup>1173</sup> Voir WILLIAMSON (O. E.), *Markets and Hierarchies: Analysis and antitrust implications*. The Free Press, New York, 1975, "Transaction cost economics: The governance of contractual relations", *J.L.E.*, n°2, 1979.

<sup>1174</sup> Voir KIRAT (T.), « L'allocation des risques dans les contrats « incomplets » à la pratique des contrats administratifs », *op.cit.*, p.60.

<sup>1175</sup> FRANCE, Direction générale des Collectivités locales, *Recueil des modèles de cahier des charges et règlements de service*, La Documentation française, coll. « Décentralisation », Paris, 1986.

<sup>1176</sup> VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, *op.cit.*, p.1094.

<sup>1177</sup> *Ibidem*, p. 1094.

<sup>1178</sup> BROUSSEAU (E.), *L'économiste, le juriste et le contrat*, in GHESTIN (J.), *Le contrat au début du XXème siècle*, *op.cit.*, p. 171-172.

*partie une option de défaut excluant qu'il profite de manière opportuniste de son droit de décision.*<sup>1179</sup> Dans le cas contraire, lorsque *le pilotage de la coordination exige l'association de capacités cognitives et d'informations très hétérogènes, ou s'il n'est pas possible de garantir une option de défaut crédible protégeant les parties contre l'exploitation abusive des droits de décision asymétriquement distribués, alors il devient nécessaire d'implémenter un mécanisme de négociation.*<sup>1180</sup>

Dans ce sens, le cadre juridique du droit français des contrats publics est un facteur de réduction des risques de « mal adaptation » puisque le pouvoir de décision de l'autorité publique concédante est encadré. Ainsi, dans les contrats DSP, l'administration détient le pouvoir d'ordonner la poursuite des services publics concernés. En ce qui concerne les projets PPP, il *s'agit d'un droit résiduel de commandement*<sup>1181</sup> *juridiquement établi, qui, en situation imprévue, permet à l'un des contractants de décider de l'usage des actifs apportés par chacun.*<sup>1182</sup>

On peut observer que le droit français des contrats administratifs intègre dans sa logique les dimensions multiples : organisationnelle, institutionnelle et individuelle.<sup>1183</sup> En effet, l'administration doit tenir compte de plusieurs objectifs dans ses actions. En premier lieu, il s'agit de la mission de défense des intérêts publics et des deniers publics, ensuite celle du gardien de l'intérêt des usagers du service public. Dans la pratique, cela implique une vigilance dans l'optimisation des prix et services et dans la surveillance des externalités négatives des mécanismes incitatifs mis en place dans le contrat de service public.<sup>1184</sup>

La coopération dans les relations partenariales implique que l'administration ne doit pas abuser de ses prérogatives pour imposer des contraintes à son contractant. Il est dans son intérêt de le ménager, de le traiter comme un collaborateur. Ces techniques instaurent une *référence « collectivement reconnue » qui tire son efficacité du fait qu'elle arrête temporairement la logique spéculaire mise à l'épreuve des intentions de l'autre.*<sup>1185</sup> *Les acteurs du contrat administratif ne sont dès lors déterminés ni par de la pure rationalité instrumentale, ni à l'opposé, par des normes imposées du dehors.*<sup>1186</sup> On peut dire que dans l'ensemble, il s'agit d'un *mélange de convention, d'institution et de hiérarchie, et que la coordination marchande et non marchande se côtoient au sein du contrat administratif.*<sup>1187</sup>

---

<sup>1179</sup> BROUSSEAU (E.), L'économiste, le juriste et le contrat », in GHESTIN (J.), *Le contrat au début du XXème siècle*, op.cit., p. 171-172.

<sup>1180</sup> Ibidem, p. 171-172.

<sup>1181</sup> GROSSMAN (S.J.) & HART (O.D.), "The costs and benefits of ownership" a theory of vertical integration", *J.Pol. E.*, vol. 94, n° 4, 1986, pp. 691 et s. et HART (O.D.), "Incomplets contracts and renegotiation", *Econometrics*, vol. 56, n°4, 1988, pp. 755 et s.

<sup>1182</sup> WILLIAMSON (O. E.), *Markets and Hierarchies: Analysis and antitrust implications*, op.cit.

<sup>1183</sup> VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, op.cit., p. 1096.

<sup>1184</sup> Voir KIRAT (T.), *Economie et droit du contrat administratif*, op. cit., p. 83.

<sup>1185</sup> ORLEAN (A.), "Vers un modèle général de la coordination économique par les conventions", in ORLEANS (A.) (sous la direc.), *Analyse économique des conventions*, Paris, PUF, 1994, pp. 9 et s., p. 26.

<sup>1186</sup> A cet égard, voir ELSTER (J.), *The Cement of Society. A study of Social order*, Cambridge university Press, Cambridge, 1989.

<sup>1187</sup> VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 1096.

## Sous-section 2) La stabilité dans les contrats PPP

Dans les projets PPP, il est quasi impossible de spécifier l'ensemble des obligations pour toute la durée du projet. En effet, les conditions dans lesquelles les consentements initiaux sont échangés peuvent être bouleversées de manière imprévisible tout au long du contrat. *Le caractère égalitaire du contrat initial est de nature à disparaître, au détriment de l'une des parties. Dans une telle hypothèse se pose inévitablement la question de savoir si la convention initiale doit être maintenue dans son état initial.*<sup>1188</sup> La préservation de la pérennité des contrats de longue durée est subordonnée à la capacité des parties de trouver des mécanismes pour remédier à la rigidité des contrats. (Paragraphe 1) Cependant, il est nécessaire de prévoir des techniques de gestion des ruptures éventuelles du contrat, (Paragraphe 2) puisque l'incertitude est un élément inhérent et important dans ces types de contrat.

### Paragraphe 1) Des mécanismes pour remédier à la rigidité des contrats

Le contrat est l'instrument pour gérer les incertitudes de l'avenir. La rigidité du contrat est une garantie de la réalisation des accords consentis par les parties. Cependant, la *logique de l'engagement ne doit pas s'opposer à une adaptation efficace des obligations des parties aux circonstances changeantes de leur environnement économique, technique, concurrentiel.*<sup>1189</sup> L'approche relationnelle des contrats PPP (I) implique l'insertion des clauses de renégociation (II) pour préserver la continuité du contrat, cet élément constitue la valeur essentielle des contrats PPP.<sup>1190</sup>

#### I) L'APPROCHE RELATIONNELLE DES CONTRATS PPP

La théorie des contrats relationnels, développée par le professeur américain Ian R. Macneils,<sup>1191</sup> défendait la différence de ce type de contrat par rapport au modèle classique, développé par la jurisprudence et la doctrine américaine au XIX<sup>ème</sup> siècle et au début du XX<sup>ème</sup> siècle. *Toutefois la notion de contrat relationnel qu'a élaborée la doctrine américaine est essentiellement descriptive.*<sup>1192</sup> *Cette notion n'est cependant pas étrangère à certaine doctrine en droit français*<sup>1193</sup> *au sein duquel, le centre d'intérêt porté sur le contrat s'est déplacé de la formation vers l'exécution du contrat.*<sup>1194</sup>

Le développement de la liberté contractuelle a favorisé le développement des contrats relationnels<sup>1195</sup> dont le caractère principal est la durée dans le temps. L'essor de

<sup>1188</sup> ANTOINE (J.), « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties, analyse entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *RFDA*, 2004, pp. 80 et s.

<sup>1189</sup> BROUSSEAU (E.), « L'économiste, le juriste et le contrat », in GHESTIN (J.) *Le contrat au début du XX<sup>ème</sup> siècle*, op.cit., p. 172.

<sup>1190</sup> AYNES (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, Paris, 1984, p. 18.

<sup>1191</sup> MAC NEIL (I.R.), *The new social contract. An inquiry into Modern Contractual Relation*, Yale University Press, 1980, spec. p. 20 et s. ; Voir MUIR-WATT (H.), « Du contrat relationnel », in *La relativité du contrat*, Travaux Association. H. Capitant, LGDJ, 1999, p. 69 et s.

<sup>1192</sup> Voir note 39 BOUTIGON-DUMAS (H.), *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, op. cit., p. 353.

<sup>1193</sup> BOUTIGON-DUMAS (H.), *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, op. cit., p. 353

<sup>1194</sup> JAMIN (Ch.), « Pour en finir avec la formation du contrat », in n° spécial *Le contrat. Liberté contractuelle et sécurité juridique*, *Petites Affiches*, n° 54, 1998.

<sup>1195</sup> Voir HOEPFFNER (H.), *La modification du contrat administratif*, Paris, LGDJ, Biblio. De droit public t.260, 2009, p.33, note 214, *Un courant doctrinal américain qui a proposé la distinction « contrats*

ces contrats s'est considérablement accentué en raison du développement de montages contractuels complexes.<sup>1196</sup> Les contrats relationnels nécessitent la préservation des relations, en conséquence, ces contrats imposent aux parties *d'ajuster leurs prestations de manière à ce que la relation contractuelle soit aussi satisfaisante que possible.*<sup>1197</sup> Ainsi, la pérennité de la relation et le compromis des intérêts individuels sont deux valeurs essentielles des contrats relationnels. En conséquence, les exigences de stabilité du contrat prime sur les termes concernant les obligations des parties. Selon le professeur Macneil, *en cas de conflit entre les normes ordinaires du contrat et ces exigences, ce sont ces dernières qui doivent prévaloir.*<sup>1198</sup>

Les processus PPP peuvent être qualifiés de type relationnel. En effet, le partenariat est un concept qui dépasse la relation échange classique du droit des contrats. Dans les contrats partenariats, la dimension relationnelle se situe dans le caractère personnel de la relation tout autant que dans la dimension temporalité.<sup>1199</sup> En effet, les PPP sont utilisés dans les projets à grande échelle, avec des enjeux financiers, économiques, politiques importants. Dans ces projets, les actifs sont spécifiques au domaine concerné et ne pourront donc pas être déployés dans d'autres projets ou sur un autre site. Cependant, la valeur du projet n'est pas limitée à la valeur vénale des actifs ou de l'ouvrage, elle réside dans la continuité du contrat. En effet, aux yeux des financiers, la bancabilité du projet est basée non pas sur les actifs mais sur la capacité des projets de générer du *cash flow*. Ainsi, dans les montages de type financement de projet, c'est dans la phase de l'exploitation que l'opérateur privé obtient les retours de l'investissement. Dans les projets PFI/PPP, une durée assez longue est nécessaire pour l'étalement des échéanciers d'une dette globale importante. Pour ces raisons, le contrat PPP en lui-même a une valeur intrinsèque.

Dans ce mode de relation, les parties vont agir selon des critères de motivation qui dépassent les seules préoccupations de recherche d'intérêts personnels. L'intérêt mutuel nécessite un choix d'action différent de celui de l'intérêt d'individuel.<sup>1200</sup> Le principe de l'équité respecté par les parties est une garantie pour que *chaque cocontractant puisse obtenir une plus grande satisfaction que s'il suivait une stratégie dictée par l'intérêt personnel.*<sup>1201</sup> L'aspect relationnel est primordial, ainsi, le succès de la relation, basée sur des montages contractuels et financiers complexes, est subordonné à la coopération de parties.

La relation dans les PPP *ne se résume pas à une multiplicité d'obligations naissant du contrat.* On peut dire que *certaines conventions créent, en plus des obligations, une relation entre les parties.*<sup>1202</sup> Cela demande des adaptations et des

---

*relationnels/transactionnels* », les premiers supposant la mise en place d'une collaboration de longue durée, les seconds un simple échange de biens. (MacNEIL(I.R.), « *The new social contract. An inquiry into modern contractual relation* », Yale Univ. Press, 1980).

<sup>1196</sup> BOUCHER (L.) « Construction publique, l'impact des montages innovants », in *MTPB* 24 déc. 1993, p. 32 ;DEVOLVE (P.), « Les contrats globaux », in *RFDA*, 2004.1079,TERNEYRE (Ph.), « Les montages contractuels complexes », in *AJDA*, 1994, n° spéc. p. 43.

<sup>1197</sup> NIMROD (T.R.Y), *Build, Operated, Transfert, Modalité de Partenariat public-privé, approche laws and economics*, Larcier, Bruxelles, 2013, paragraphe 1106.

<sup>1198</sup> Ibidem, paragraphe 1106.

<sup>1199</sup> LOISEAU (G.), « Contrats de confiance et contrats conclus intuitu personae », in *D.* 2007, p. 197, not. P. 100.

<sup>1200</sup> VIDAL (L.), « L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative », op. cit., p. 1069

<sup>1201</sup> GAUTHIER (D.), *Morals by Agreement*, Oxford University Press, Oxford, 1986.

<sup>1202</sup> TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, thèse en droit et en Science politique, Université d'Aix Marseille, 2012, p. 277.

ajustements en permanence, par le biais des normes de comportement acceptées par les parties.<sup>1203</sup> Dans les contrats PPP, *les parties sont incapables de déterminer, de façon exhaustive, les termes importants du contrat en obligations bien définies.*<sup>1204</sup> Il est difficile de fixer par avance toutes les contingences du contrat puisque l'essentiel ne réside pas dans la fonction de l'échange mais dans le maintien de la relation.<sup>1205</sup>

Le contrat relationnel est un contrat pour lequel il n'y a pas forcément de lien entre la complétude des clauses contractuelles et la force de la relation. Il est établi avec la volonté de durer, de maintenir la flexibilité et d'inciter la renégociation.<sup>1206</sup> Toute technique qui aboutit à l'anéantissement du contrat ne saurait être considérée comme pleinement satisfaisante dans le cas des contrats relationnels.<sup>1207</sup> Le contrat relationnel suggère que la flexibilité et l'adaptabilité ne soient pas sacrifiées au profit de l'intangibilité.<sup>1208</sup> Les exigences spécifiques de ces contrats ne sont pas prises en compte par les autorités publiques vietnamiennes. Cette lacune nécessite une prise de conscience de la part des pouvoirs publics dans la mise en œuvre des PPP au Vietnam

## II) L'INTEGRATION DES CLAUSES DE RENEGOCIATION DANS LES CONTRATS PPP

Les prestations réalisées dans les PPP sont échelonnées dans le temps.<sup>1209</sup> Ces types de contrat créent un « *rapport permanent d'obligations* »<sup>1210</sup> *entre les parties, ce qui suppose « une continuité du contrat, sans intervalle » entre les diverses prestations.*<sup>1211</sup> La difficulté centrale dans ce contexte est le maintien de la relation dans des conditions satisfaisantes pour les parties.

Dans le long terme, il est certain que les conditions initiales prévues dans le contrat ne sont plus adaptées. *Les contrats doivent donc être incomplets et aménager des mécanismes de décision a posteriori chargés de spécifier au fur et à mesure des interactions les droits et devoirs concrets des parties.*<sup>1212</sup> L'optimisation de la rentabilité des ressources implique la comparaison de *l'utilité effectivement reçue par chaque partie, la somme des deux devant être positive. Dans cette analyse économique, le*

---

<sup>1203</sup> AMBROISE (L.), MAQUE (I.), PRIM-ALLAZ (I.), *Ian Macneil et la théorie du contrat social : Proposition d'un outil d'analyse des relations pour l'ensemble des domaines de gestion*, p. 2, disponible sur le site <http://www.strategie-aims.com/events/conferences/3-xviiieme-conference-de-l-aims/communications/298-ian-macneil-et-la-theorie-du-contrat-social-proposition-dun-outil-danalyse-des-relations-pour-ensemble-des-domaines-de-gestion/download>. Consulté le 16/3/2015.

<sup>1204</sup> Ibidem, p.2.

<sup>1205</sup> SEUBE (J.B.), « Contrats privés-contrats administratifs : points de convergence », CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), CONTRATS PUBLICS, Mélanges en l'honneur du Professeur Guibal, Université Montpellier 1, Montpellier, 2006, pp. 367 et s., p.378.

<sup>1206</sup> AMBROISE (L.), MAQUE (I.), PRIM-ALLAZ (I.), *Ian Macneil et la théorie du contrat social : Proposition d'un outil d'analyse des relations pour l'ensemble des domaines de gestion*, p. 2.

<sup>1207</sup> BOUTIGON-DUMAS (H.), *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, op. cit., p. 344.

<sup>1208</sup> TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., p. 280.

<sup>1209</sup> TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), op. cit., n° 70, p. 83 ; CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, t. IV, 22<sup>ème</sup> éd. Refondue, PUF, 2000, n° 138.

<sup>1209</sup> ROCHFELD (J.), « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC*, 2004, p. 51.

<sup>1210</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, t. IV, 22<sup>ème</sup> éd. Refondue, PUF, 2000, n° 138, p. 271.

<sup>1211</sup> TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., p. 280.

<sup>1212</sup> BROUSSEAU (E.), « L'économiste, le juriste et le contrat », in GHESTIN (J.), *Le contrat au début du XXème siècle*, LGDJ, Paris, 2001, p. 172.

*simple fait que le déséquilibre apparaisse devait suffire pour admettre l'adaptation du contrat.*<sup>1213</sup>

Dans la pratique, il est indispensable que l'action publique déléguée ou externalisée dans les projets PPP ne soit pas limitée par les clauses contractuelles. L'action publique ne peut être figée pendant une si longue durée. En conséquence, l'éventualité de la renégociation est un fait qui doit être pris en compte dans les contrats publics, notamment ceux qui concernent les prestations complexes. Du côté des entreprises privées, les stratégies commerciales ne peuvent être élaborées sur un terme aussi long que les contrats PPP. Des événements non prévus peuvent survenir au cours du contrat et donc remettre en cause le contenu initial.<sup>1214</sup> Les modifications nécessaires pour maintenir la relation contractuelle sont en conséquence inévitables. Cette situation est encore plus marquée dans le contexte de l'économie en transition du Vietnam.

La possibilité d'ajuster les obligations contractuelles lors des renégociations est essentielle dans les contrats de longue durée, d'autant plus lorsque l'avenir est incertain. L'incertitude est un élément important pour les parties qui s'engagent dans un contrat à long terme, en conséquence, l'éventualité de la renégociation est un fait qui doit être pris en compte dans ces contrats, notamment ceux qui concernent les prestations complexes. Cependant, ces réadaptations augmentent les coûts de transaction et posent le problème des risques d'opportunisme des partenaires qui profitent des rapports de force éventuels pour tirer avantage du cocontractant.

Dans les projets en cours, le fait d'avoir engagé des investissements importants dans les actifs spécifiques aux projets peut être un avantage qui incite à l'opportunisme. En effet, sachant que le contractant public est lié par l'obligation de garantir la continuité du service concerné par le projet, ou que la rupture du contrat l'obligera à verser des indemnités importantes, le prestataire peut imposer des conditions qui lui sont avantageuses lors de la renégociation du contrat. Cette stratégie *de hold up*<sup>1215</sup> est considérée comme une pathologie contractuelle et doit être distinguée de la renégociation qui fait partie inhérente des contrats incomplets et qui permet d'ajuster les termes du contrat à des événements non existants au moment de la signature de ce dernier.<sup>1216</sup>

Dans les PED, en raison de la rareté des sources de financement, les autorités publiques sont obligées d'accepter des conditions imposées par les firmes privées, notamment les tarifs excessifs, ou encore le refus *de prendre en charge certaines obligations contractuelles*.<sup>1217</sup> Certaines adoptent des *comportements de faillite stratégique et d'abandon de concessions*.<sup>1218</sup> Dans certains secteurs tels que les télécommunications, *près de 40% des contrats ont fait l'objet de renégociations*.<sup>1219</sup>

---

<sup>1213</sup> VIDAL (L.), « *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative* », op. cit., p. 222

<sup>1214</sup> Ibidem, p. 1034.

<sup>1215</sup> VOISIN (A.), MARTY (F.), *Les partenariats public-privé dans les pays en développement : déterminants, risques, difficultés d'exécution*, p. 30, disponible sur le site <http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/WP-anciens/WP-Gredeg-2005-09.pdf>, consulté le 30/10/2014.

<sup>1216</sup> MARTY (F.), VOISIN (A.), *Les partenariats public-privé dans les pays en développement : Les enjeux contractuels*, op.cit., p.17.

<sup>1217</sup> GUASCH (J.L.), LAFFONT (J.J.), STRAUB (S.), « Renegotiation of Concession Contracts in Latin America », op. cit.

<sup>1218</sup> Ibidem.

<sup>1219</sup> MARTY (F.), VOISIN (A.), *Les partenariats public-privé dans les pays en développement : Déterminants, Risques et Difficultés d'exécution*, op. cit., p. 30.

Dans le système anglais, la structure rigide du contrat enferme les parties dans une perspective figée du cadre social au moment où les parties négocient les clauses du projet. Cette situation est irréversible. Le pouvoir public est doté des mêmes possibilités de résilier ou changer les termes du contrat que son cocontractant, c'est à dire en acceptant de payer des indemnités calculées de la même manière, comme pour le cas de résiliation pour faute.

En droit français des contrats publics, le pouvoir de modification unilatérale par la personne publique contractante dans le Cdp doit être prévu dans les clauses obligatoires.<sup>1220</sup> Les partenaires doivent négocier d'avance *les conditions dans lesquelles, il peut être procédé par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant.*<sup>1221</sup> Cependant, ce pouvoir ne peut se permettre de bouleverser l'économie générale du contrat.<sup>1222</sup> En effet, la modification doit être justifiée par l'obligation d'adapter le service public auquel le contrat concourt.<sup>1223</sup> Pour trouver un équilibre dans le cas des changements en cours du contrat, les deux parties peuvent départager les actions : aux opérateurs revient la décision de renégociation et à la personne publique concédant le droit de diriger la renégociation pour la poursuite du *contrat sur une base mutuellement avantageuse.*<sup>1224</sup>

En ce qui concerne les avenants aux contrats des marchés publics, le pouvoir de modification de l'administration est encadré,<sup>1225</sup> seules les sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties peuvent permettre des changements qui bouleversent l'économie du marché ou en changer l'objet. Lorsque les adaptations ne s'avèrent plus possibles, il est nécessaire de prévoir les mesures concernant les terminaisons du contrat.

## **Paragraphe 2) Des techniques de gestion des ruptures éventuelles du contrat**

Dans les contrats, les parties prévoient souvent les situations dans lesquelles l'exécution de l'obligation s'avère impossible. Certaines *délivrent des partenaires de leurs obligations, d'autres donnent lieu à compensation financière, d'autres enfin délivrent temporairement le partenaire de ses obligations mais il doit assumer alors la charge financière.*<sup>1226</sup> Les solutions du système anglais sont basées sur la recherche de l'efficacité économique (I) tandis que le droit français favorise la continuité des contrats dans l'objectif de l'intérêt public. (II)

---

<sup>1220</sup> Ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008.

<sup>1221</sup> Art.11h ordonnance du 17 juin 2004.

<sup>1222</sup> CAA Douai, 16 novembre 2006, syndicat mixte d'exploitation des transports en commun de la communauté urbaine de Lille, n° 05DA00233, inédit au Lebon, *BJCP* 51/2007p.106 concl. J. Lepers, obs. P. Terneyre.

<sup>1223</sup> ORTEGA (O.), « Contrats de la commande publique », Le moniteur, Paris, 2010, p.209.

<sup>1224</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>1225</sup> Article 20 du code des marchés publics.

<sup>1226</sup> Pour l'approche gouvernementale du gouvernement, voir LICHERE (F.), "Le droit anglais des contrats publics comme modèle ?", in *Mélange Guibal*, op. cit., p. 449 et s., p. 460, note 583.

## D) LA RECHERCHE DE L'EFFICACITE ECONOMIQUE DU DROIT ANGLAIS

Dans les projets PPP, il est dans l'intérêt des deux parties au contrat de préserver sa pérennité et donc d'éviter le cas extrême de la rupture. Dans le cas d'une résiliation inévitable, notamment en cas de faute grave, les parties doivent négocier le montant versé pour les indemnités des investissements engagés dans le projet.<sup>1227</sup>

Le droit de *Common Law* est favorable à une rupture de contrat lorsque *celle-ci semble préférable économiquement à son maintien (l'efficient breach)*.<sup>1228</sup> En effet, dans ce système, le contrat est considéré *comme un échange économique et non comme un échange de consentement*.<sup>1229</sup> Les objectifs essentiels des contrats sont en conséquence tournés vers les intérêts économiques, il s'agit de *fixer les conditions et les procédures d'une révision différée* dans le but d'*adapter directement le contrat à un environnement défavorable en cours d'exécution*.<sup>1230</sup> Les adaptations peuvent être des clauses substantielles, notamment les clauses de variation ou d'indexation des prix<sup>1231</sup> ou des clauses procédurales, notamment des clauses *hardship* ou *clauses de rendez-vous, au nombre desquelles figurent les clauses de révision des prix*.<sup>1232</sup>

Au stade de la formation du contrat, la théorie de *consideration* est un instrument qui permet de vérifier que les prestations contractuelles sont équivalentes.<sup>1233</sup> Les juges anglais peuvent aussi recourir à la notion « *undue influence* » pour annuler les contrats déséquilibrés.<sup>1234</sup> L'équilibre contractuel pendant l'exécution n'est pas la priorité principale dans le système anglais. Par ailleurs, le système *Common Law* qui a peu recours à des principes<sup>1235</sup> *semble beaucoup plus réticent à admettre le principe d'équilibre contractuel*.<sup>1236</sup> En raison du principe de '*sanctity of contract*' de *Common Law*, *les circonstances qui permettent de libérer les parties de l'exécution future de leurs obligations*<sup>1237</sup> sont limitées à certains cas précis.

En droit anglais, la notion de frustration *permet aux parties de mettre fin au contrat dès lors que son exécution est impossible et que cette impossibilité n'est pas imputable aux parties*.<sup>1238</sup> L'impossibilité peut être physique, comme dans le cas de la destruction de l'objet ou juridique, comme dans le cas de la survenance d'évènements *qui rendent l'exécution des prestations illégales*<sup>1239</sup> ou par la survenance d'un

---

<sup>1227</sup> LICHERE (F.), "Le droit anglais des contrats publics comme modèle?", in *Mélange Guibal*, op. cit., p. 449 et s., p. 463.

<sup>1228</sup> SALAH ELDIN CAMAL (C.), *Le partenariat public privé et le mécanisme de l'équilibre contractuel en droit interne et international*, Thèse de droit public, Université d'Aix Marseille, 2010, p. 230.

<sup>1229</sup> VIDAL (L.), « *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative* », op.cit., p. 222.

<sup>1230</sup> LEQUIEM (M.), CUCHE (P.), « La notion de bancabilité dans les opérations de financement privé d'équipement publics », op. cit., p. 14 et s.

<sup>1231</sup> SALAH ELDIN CAMAL (C.), *Le partenariat public privé et le mécanisme de l'équilibre contractuel en droit interne et international*, op.cit., p. 305.

<sup>1232</sup> Ibidem, p. 306.

<sup>1233</sup> Ibidem, p. 229.

<sup>1234</sup> Ibidem, p. 229.

<sup>1235</sup> Ibidem, p. 228.

<sup>1236</sup> FINLANGER (L.), *Le statut de l'équilibre contractuel*, LGDJ, Paris, 2002, p. 458.

<sup>1237</sup> DEAKIN (S.), WILKINSON (F.), « Coopération, droit des contrats et performances économiques », in KIRAT (T.), SERVERIN (dir.), *Le droit dans l'action économique*, CNRS, 2000, pp. 159 et s., p. 169.

<sup>1238</sup> ZECEVIC (S.), « Le contrat de *Common Law*, forces et faiblesses » in, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 38, 17 Septembre 2004, 1438.

<sup>1238</sup> SALAH ELDIN CAMAL (C.), *Le partenariat public privé et le mécanisme de l'équilibre contractuel en droit interne et international*, op.cit., p. 305.

<sup>1239</sup> Ibidem, p. 229.

*changement radical de circonstances, de sorte que la base du contrat [est] vicié<sup>1240</sup> ou commercialement stérile.<sup>1241</sup> Ainsi, la technique de frustration permet de prendre en compte l'évolution conjoncturelle pour exonérer une partie de ses obligations si un contrat n'a plus aucun sens économique en raison d'un évènement perturbateur, ou lorsque les conditions contractuelles subissent une modification significative (a radical change in the obligation).<sup>1242</sup>*

En général, le principe de compensation est appliqué lorsqu'une partie utilise son droit de modification ou de résiliation unilatérale du contrat. Les contrats standards élaborés par le gouvernement anglais ont prévu des dispositions concernant le droit de compensation du cocontractant en cas de résiliation. Cependant, ce droit est soumis à des conditions strictes. La compensation ne couvre pas uniquement que les dommages directs causés par la résiliation du contrat et les dommages non couverts par les assurances,<sup>1243</sup> ce qui signifie que le cocontractant doit être assuré pour les cas de résiliation du contrat.

Les cas de « force majeure » ou « d'imprévision » sont des cas de frustration qui libèrent les parties de leurs obligations.<sup>1244</sup> Cependant, *la notion de frustration, en couvrant des situations qui ne correspondent pas à l'impossibilité de performance, devient donc plus large que la notion de force majeure.<sup>1245</sup>* La technique de frustration en droit anglais est l'équivalence de la technique de l'imprévision en droit français. La différence est l'idée de la continuité du contrat sur laquelle est basée la dernière tandis que la première aboutit à la rupture du contrat.<sup>1246</sup> Le contrat frustré ne peut plus être modifié ou réadapté à la nouvelle situation, tandis que dans les cas de force majeure, *les parties ont la possibilité, en vertu de leur volonté, de renégocier et d'adapter leurs contrats aux nouveaux évènements.<sup>1247</sup>*

Le droit anglais privilégie les solutions qui ont des avantages économiques. Cependant, cette priorité peut être aux dépens de la pérennité des contrats à long terme. Ainsi on peut observer que *la pratique anglo-saxonne basée sur des clauses de substitution (step in right) ou celles relatives à la contractualisation des aléas susceptibles d'affecter les conditions de l'exécution du contrat<sup>1248</sup>, résulte de l'absence d'un mécanisme parallèle au mécanisme traditionnel de l'équilibre de contrat administratif, à l'instar du système français.*

---

<sup>1240</sup> SALAH ELDIN CAMAL (C.), *Le partenariat public privé et le mécanisme de l'équilibre contractuel en droit interne et international*, op.cit., p. 409.

<sup>1241</sup> Ibidem, p. 229.

<sup>1242</sup> KIRAT (T.), MARTY (F.), VIDAL (L.), KIRAT (T.), *Economie et droit du contrat administratif*, op.cit.

<sup>1243</sup> CRAIG (P.), « Specific powers of public contractor », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 173 et s., p. 183.

<sup>1244</sup> ZECEVIC (S.), « Le contrat de Common Law, forces et faiblesses », op.cit.

<sup>1245</sup> SALAH ELDIN CAMAL (C.), *Le partenariat public privé et le mécanisme de l'équilibre contractuel en droit interne et international*, op. cit., p. 409.

<sup>1246</sup> KIRAT (T.), MARTY (F.), VIDAL (L.), *Economie et droit du contrat administratif*, La documentation française, 2005.

<sup>1247</sup> Ibidem, p. 410.

<sup>1248</sup> LEQUIEN (M.), CUCHE (P.), « La notion de bancabilité dans les opérations de financement privé d'équipement publics », op. cit., p. 14 et s.

## II) LA CONTINUITÉ DU CONTRAT DANS L'OBJECTIF DE L'INTERET PUBLIC EN DROIT FRANÇAIS

L'exécution des contrats globaux dans le long terme<sup>1249</sup> implique des adaptations aux évolutions ou aux changements des conditions économiques, juridiques, techniques, législatives. Cependant, la question n'est pas si évidente car la flexibilité des termes contractuels est en contradiction avec la doctrine de l'immutabilité du contrat.

Le droit français des contrats publics a élaboré des dispositions concernant les aléas internes et externes survenus pendant l'exécution du contrat.<sup>1250</sup> La théorie du fait du prince est appliquée dans le cas où l'équilibre du contrat est rompu par le fait de l'administration contractante qui agisse à un autre titre que celui de partie au contrat<sup>1251</sup> ou par une personne publique extérieure au contrat.<sup>1252</sup>

La théorie de l'imprévision traite les aléas économiques survenus au cours du contrat. Cette notion constate le déséquilibre du contrat, *mais elle n'entraîne pas nécessairement la libération du débiteur et la résolution du contrat : l'exécution reste possible et peut être exigée, mais elle est devenue très onéreuse pour le débiteur.*<sup>1253</sup> La spécificité du concept d'imprévision par rapport à celui de la force majeure est la continuité des obligations dans le premier cas. En effet, selon le premier, le cocontractant est tenu d'exécuter ses obligations sans pouvoir invoquer les difficultés rencontrées,<sup>1254</sup> tandis que la seconde évoque les événements qui *libèrent le débiteur et entraînent nécessairement la résolution du contrat.*<sup>1255</sup>

La théorie jurisprudentielle de l'imprévision<sup>1256</sup> élabore une approche différente des déséquilibres de la relation contractuelle. Dans cette approche, la *dimension formelle de la convention s'efface alors totalement pour laisser place à l'expertise économique et financière.*<sup>1257</sup> L'idée centrale n'est pas *de savoir si la convention doit s'exécuter aux conditions primitivement fixées, mais d'établir si les modalités contractuelles peuvent être adaptées, afin que subsiste un rapport acceptable entre ces modalités et les conditions générales de l'exploitation telles que sont déterminées par la conjoncture économique.*<sup>1258</sup> En effet, l'évolution économique ou autre événement qui aggrave les charges financières d'une partie au contrat n'applique pas systématiquement la théorie de l'imprévision et peut invoquer les techniques d'indexation de prix.

---

<sup>1249</sup> En ce sens, voir BOUTHINON-DUMAS (H.), « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », in RIDE, 2001/3, p. 343. L'auteur vise toutefois quant à lui, très précisément, les contrats dits relationnels.

<sup>1250</sup> VIDAL (L.), « La tension entre l'impératif économique d'adaptation du contrat et sa réglementation : l'encadrement récent des avenants et des décisions de poursuivre », in KIRAT (T.), MARTY (F.), VIDAL (L.), *Economie et droit du contrat administratif*, La documentation française, 2005. pp. 251 et s. p. 14.

<sup>1251</sup> CE, 18/01/85, arrêt association Le relais culturel d'Aix-en-provence.

<sup>1252</sup> CE, 15/07/49, Ville Elbeuf.

<sup>1253</sup> Ibidem, p. 437.

<sup>1254</sup> CE 10 avril 1923 Société d'éclairage d'Oloron, p. 682.

<sup>1255</sup> VIDAL (L.), « *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative* », op.cit., p. 437.

<sup>1256</sup> CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Lebon p. 125 ; D. 1916. 25, concl. P. Chardenet ; RD publ. 1916. 206 et 388, concl. P. Chardenet, note G. Jèze ; S. 1916. 3, p. 17, concl. P. Chardenet, note M. Hauriou.

<sup>1257</sup> VIDAL (L.), « *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative* », op. cit., p. 437

<sup>1258</sup> Ibidem, p. 437.

L'objectif recherché par l'imprévision est l'adaptation des obligations contractuelles pour préserver la continuité du contrat par les moyens de renégociation, *versement d'une indemnité de prévision qui présente ainsi un caractère subsidiaire.*<sup>1259</sup> Cette indemnisation est l'effet le plus caractéristique attaché à la survenance d'un événement imprévisible.<sup>1260</sup> Cependant, le droit à l'équilibre financier du contrat ne signifie pas que l'administration peut être considérée comme 'assureur' de son cocontractant.<sup>1261</sup> Ce droit doit être considéré dans le contexte des pouvoirs exorbitants de l'administration et celui de l'intérêt des services publics.

*Le fondement de la théorie est, en effet, la nécessité d'assurer la continuité du service public.*<sup>1262</sup> Dans les contrats DSP, en cas de difficulté imprévue pendant l'exécution du contrat, le délégataire peut demander soit une révision des termes du contrat, soit une résiliation si les conditions économiques de son exécution ne permettent plus d'en assurer l'équilibre.<sup>1263</sup> On peut dire que par une délicate alchimie, le droit des contrats administratifs a réussi à concilier le principe de la force obligatoire nécessaire à la vigueur du lien contractuel, avec une certaine adaptabilité du contrat mêlant justice contractuelle et respect de l'intérêt général, la théorie de l'imprévision témoigne en ce sens.<sup>1264</sup> En effet, à la différence de la jurisprudence administrative qui semble admettre le concept de contrat 'évolutif',<sup>1265</sup> la jurisprudence civile ne reconnaît pas l'imprévision comme une cause de révision ou de résiliation du contrat dans le domaine civil. *L'imprévision ouvre la possibilité pour l'une des parties de tenter un hold-up sur la rente mutuelle créée par le contrat. Un droit des contrats qui s'ouvrirait largement à l'imprévision devrait naviguer entre ces deux écueils.*<sup>1266</sup>

Les contrats PPP sont des contrats incomplets, puisqu'il est impossible de tout définir lors de la phase de négociation du contrat, compte tenu de la longue durée de ce type de relation. Dans le cas des Cdp, la théorie de l'équilibre du contrat en droit français qui couvre un domaine plus large que la matrice de l'allocation de risque élaborée dans les contrats, présente un avantage par rapport au modèle anglais. En effet, les risques non prévus dans cette matrice peuvent être pris en compte par les théories jurisprudentielles du droit des contrats publics.<sup>1267</sup>

---

<sup>1259</sup> Voir BUCHER (C.E.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, op. cit., p. 194.

<sup>1260</sup> Voir NOGUELLOU (R.), « L'imprévision en droit public », in colloque *Les imprévus contractuels à l'épreuve de la crise économique*, RDC, 2010, 494.

<sup>1261</sup> RAPP (L.), « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », *Contrats et marchés publics*, n°7 juillet, 2008, étude 7.

<sup>1262</sup> IGD, *Partenariats public-privé : Mode d'emploi juridique et approche économique*, La documentation française, Paris, 2006, p. 41.

<sup>1263</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>1264</sup> JULIEN (A.), « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties, Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *RFDA*, 2004, p. 80 et s.

<sup>1265</sup> MENARD (C.), « Imprévision et contrats de longue durée », in GHESTIN (J.), *Le contrat au début du XXème siècle*, LGDJ, Paris, 2001, pp. 661 et s., p. 670.

<sup>1266</sup> DEFFAINS (B.), « Pour une théorie économique de l'imprévision en droits des contrats », *RTDCiv.* 2010, pp. 719 et s.

<sup>1267</sup> SALAH ELDIN CAMAL (C.), *Le partenariat public privé et le mécanisme de l'équilibre contractuel en droit interne et international*, op. cit., p. 306.

## CONCLUSION TITRE 2

L'approche de propriété publique du modèle français permet d'élargir la problématique de la gestion foncière du gouvernement vietnamien. Ainsi, l'élaboration d'un code de propriété publique peut être l'occasion pour mettre à plat la masse des normes concernant la propriété publique au Vietnam. En effet, la codification permet d'intégrer *de valeurs et de principes fondateurs de l'organisation politique et sociale*,<sup>1268</sup> dans le champ du droit public. Ces éléments sont fondamentaux pour la construction d'un système juridique stable pour le pays.

L'évolution de la gestion foncière en France peut inspirer les dirigeants vietnamiens dans leurs démarches de recherche des outils juridico-économiques manquant dans le système vietnamien. Par ailleurs, l'expérience de l'évolution de la gestion de biens publics en France peut soulever des débats par rapport à la construction d'un système de gestion de biens publics, au-delà de la question foncière.

En raison de la relative nouveauté du droit de contrat au Vietnam, les dispositions dans le code civil ne sont pas suffisantes pour la prise en compte des droits et des obligations des autorités publiques concédantes, parties au contrat. Dans ce sens, les principes du contrat administratif sont utiles pour le cadre des contrats PPP au Vietnam en ce qui concerne le développement d'un ensemble de principes qui constituent un régime spécifique des contrats publics.<sup>1269</sup>

Le droit français peut apporter de nombreuses références au système vietnamien dans la mesure où il s'agit d'*un modèle qui semble avoir trouvé l'équilibre entre un Etat fort, une administration centralisée, d'une part, et le respect des libertés publiques et des droits des citoyens, d'autre part*.<sup>1270</sup> La construction d'un système juridique s'inspirant du modèle de droit public français caractérisé par *la structuration forte de l'organisation économique et sociale autour du rôle de la puissance publique*<sup>1271</sup> correspond à l'objectif de réforme des pouvoirs publics au Vietnam.

---

<sup>1268</sup> CONSEIL D'ETAT, *L'avenir du modèle français de droit public en Europe*, Colloque organisé par la chaire Mutations de l'action et du droit public de Sciences Po, sous le patronage du Conseil d'Etat avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice, 2011.

<sup>1269</sup> DAVIES (A.C.L.), COURRIER (A.E.), (traduc.), « Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation ? », op.cit., p. 1039.

<sup>1270</sup> SOLEIL (S.), *Manéga en Bessarabie, Bello au Chili et Boissonade au Japon. Trois réformateurs du XIXème siècle face au modèle juridique français*, disponible sur le site <http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/soleil.pdf>, consulté le 6/1/2016.

<sup>1271</sup> CONSEIL D'ETAT, *L'avenir du modèle français de droit public en Europe*, op.cit.

## CONCLUSION : PREMIERE PARTIE

Le questionnement sur la relation entre le pouvoir public et le secteur privé dans le cadre des PPP peut éclairer les débats sur l'élaboration d'un système juridique adapté au processus de transition du gouvernement vietnamien. Les réformes concernant le droit des contrats ainsi que le droit des biens sont plus cohérentes lorsqu'elles intégreront la distinction public-privé dans le système juridique.

Cette séparation est utile pour la fonction de l'élaboration des normes du législateur, dans la mesure où elle permet de réadapter les institutions de propriété et des contrats de l'ancien système. La construction d'un cadre de droit administratif selon les références du droit français, est utile pour combler le vide juridique dans le processus de l'harmonisation du droit, lorsque les normes publiques du système socialistes sont appliquées en droit privé.

Dans le contexte de l'ouverture à l'économie de marché, la création normative ne doit pas être soumise à la vision du droit 'utilitaire' qui a pour objectif de servir l'économie. En effet, le droit doit porter des valeurs de la société pour fonder, en termes juridiques, les rapports de l'Etat avec la société civile. *Sur ce point, la France confirme sa spécificité avec l'élaboration d'un droit public face au droit civil, amorcée dès l'Ancien régime, et qui prend son envol au XIXème siècle. L'Angleterre, elle, n'a qu'un système de règle pour résoudre les questions publiques et privées.*<sup>1272</sup>

L'analyse économique permet d'expliquer l'interaction des partenaires au contrat et son mode de fonctionnement. Elle peut apporter un regard analytique sur les dysfonctionnements juridiques et les améliorations éventuelles. En effet, l'analyse économique *ne se contente pas d'avoir des visées analytiques, descriptives. Elle est aussi une science normative, en ce sens qu'elle s'efforce de juger les régimes contractuels, les modèles contractuels.*<sup>1273</sup> Ces apports peuvent apporter une vision différente de la relation public-privé dans ces types de contrat. L'approche économique des contrats relationnels est un point de vue encore nouveau pour le Vietnam. Cette discipline peut apporter un regard analytique sur les dysfonctionnements juridiques et les améliorations éventuelles dans les contrats complexes auxquels appartient le *BOT*.

La construction de l'Etat de droit ne peut être l'objet de réformes sporadiques, elle ne se forme pas par des décrets, *c'est un processus social*<sup>1274</sup> qui se construit à long terme. Il ne suffit pas d'élaborer des lois, il faut qu'elles soient appliquées, respectées même par les dirigeants. En effet, *l'Etat de droit signifie que tout membre de la société est soumis à la loi, le dirigeant comme celui qu'il dirige. Si les lois ne règlent ni ne limitent la conduite du dirigeant, le pays ne peut accéder à l'Etat de droit.*<sup>1275</sup>

Dans le système français, l'Etat assume un rôle central dans l'organisation politique, économique et sociale de la société. Pour les dirigeants vietnamiens, cette particularité est importante car elle se rapproche de la politique de transition du Vietnam qui maintient l'idée d'un Etat fort.

---

<sup>1272</sup> MARTINE (G.), « Pierre Legendre, Trésor historique de l'Etat en France. L'administration classique », *Annales, économies, Sociétés, Civilisations*, année 1992, vol. 47, n° 6, p. 1253 et s., p. 1254.

<sup>1273</sup> KIRAT (T.), MARTY (F.), VIDAL (L.), *Economie et droit du contrat administratif*, op.cit., p. 14.

<sup>1274</sup> NGUYEN (D.T.J.), « Etat de droit au Vietnam et économie de marché », in ALBAGLI (C.), *La transition chaotique*, Panthéon Assas Paris 2, LGDJ, Paris, 1994, pp. 67 et s., p. 77.

<sup>1275</sup> YONGNIAN (Z.), KEMPF (D.), « Du gouvernement par la loi à l'Etat de droit ? L'évolution de l'environnement juridique en Chine », *Perspectives chinoises*, n°54, 1999, pp. 31 et s., p. 35.

**DEUXIEME PARTIE :**  
**L'INTERVENTION DE L'ETAT DANS**  
**LES PARTENARIATS PUBLIC-**  
**PRIVE : LES APPORTS DU MODELE**  
**ETATIQUE FRANÇAIS**

La relation entre le secteur public et le secteur privé dans les PPP au Vietnam a une dimension particulière. Elle est différente de celle qui existe dans les PPP des pays développés. En effet, au Vietnam, les domaines qui ont besoin de recourir aux PPP sont des activités stratégiques pour l'économie et parfois pour la souveraineté de l'Etat. En conséquence, le gouvernement a longtemps limité le développement des projets *BOT*.

La voie de la réussite économique, selon le modèle néolibéral qui préconise la libre économie de marché et la libre concurrence, ne semble pas être applicable dans les pays de culture orientale asiatique.<sup>1276</sup> La réussite des pays en Asie a révélé le modèle « des états développeurs », caractérisé par une volonté étatique forte dans le soutien des activités commerciales et industrielles, visant une compétitivité à long terme des secteurs stratégiques.

Ce modèle a inspiré les réformes de la politique industrielle au Vietnam. Cependant, l'imitation est difficile car le Vietnam est un pays socialiste qui préfère adopter des réformes progressives sans rupture avec le passé. Cette politique a accumulé des retards en matière de développement économique et de cohésion sociale. En conséquence, il est impératif pour le gouvernement vietnamien de trouver une solution pour débloquer la situation. On peut dire que la politique de transition au Vietnam est un processus en mouvement constant et qui cherche un équilibre entre l'adaptation aux contraintes internationales et le maintien de la particularité nationale. Dans ce contexte, les PPP pourraient être des pistes pour améliorer les compétences institutionnelles, facteur central du concept des Etats développeurs.

Dans les pays développés, les PPP sont à la fois de *nouveaux dispositifs de la commande publique et de nouveaux instruments d'action publique*.<sup>1277</sup> La notion d'*instruments ou d'instrumentation de l'action publique*<sup>1278</sup> renvoie à une conception plus normative. Elle vise davantage des procédures *top down* entre le gouvernement central – ou d'autres acteurs associés à la production de cette instrumentation – et les acteurs du terrain.<sup>1279</sup> Ainsi, la réussite des PPP s'inscrit dans le cadre de l'amélioration et du dynamisme de l'action publique. *En termes savants, le développement du partenariat public-privé peut être interprété comme un indicateur des problèmes de gouvernance, voire de « gouvernance polycentrique » en Europe*.<sup>1280</sup> Par ailleurs, pour consolider des relations partenariales, il est nécessaire non seulement d'avoir un cadre de normes fiables mais aussi des principes de bonne gouvernance efficaces.<sup>1281</sup> L'approche de l'action publique élargit les domaines d'application des processus *BOT*, considéré comme un instrument d'investissement public au Vietnam. En effet, les instruments de l'action publique sont un moyen d'orienter les relations entre les dirigeants politiques et la société civile et économique.

---

<sup>1276</sup> REGNIER (P.), « Histoire de l'industrialisation et succès asiatiques de développement : une rétrospective de la littérature scientifique francophone », *Monde en développement* 2007/3, n° 139, p. 73 et s., p. 77.

<sup>1277</sup> CAMPAGNAC (E.), « Contribution à l'analyse des contrats de partenariat public-privé en France et au Royaume-Uni », op.cit., p. 366.

<sup>1278</sup> LASCOUMES (P.), LE GALES (P.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p. 21.

<sup>1279</sup> CAMPAGNAC (E.), « Contribution à l'analyse des contrats de partenariat public-privé en France et au Royaume-Uni », op.cit., p. 366.

<sup>1280</sup> LE GALES (P.), « Aspects idéologiques et politiques du partenariat public-privé », *Revue d'économie financière*. Hors-série, 1995. Partenariat public-privé et développement territorial, pp. 51 et s., p. 60.

<sup>1281</sup> BREWER (B.), HAYLLAR (M.), « Renforcer la confiance grâce aux partenariats public-privé », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2005/3, vol. 71, p. 543-562, p. 2.

*Les services publics de réseau sont au carrefour du développement économique et de la réduction des inégalités sociales.*<sup>1282</sup> Dans les pays développés, les offres de services par les opérateurs privés dans les secteurs de réseaux, notamment de l'électricité, de l'eau et de télécommunication posent la question de la légitimité à terme de la définition des politiques publiques dans ces secteurs.

Le recours aux PPP dans les secteurs de réseaux soulève la question de la politique de l'externalisation des services publics au Vietnam. L'Etat doit intervenir pour gérer les questions liées à l'indépendance énergétique, à la protection de l'environnement, à la sécurité d'approvisionnement,<sup>1283</sup> des facteurs déterminants de la politique économique vietnamienne. Le gouvernement vietnamien a longtemps refusé l'idée du recours aux PPP pour le développement des industries de réseaux, en effet, il est exclu de confier au secteur privé des activités centrales de la politique économique du pays. Cependant, ces domaines ont besoin non seulement d'investissements matériels (capital, équipements) mais aussi d'investissements immatériels (expertises, savoir-faire, technologies innovantes). Les PPP sont, dans ce cas, une solution à étudier et à expérimenter.

Cependant, l'intervention de l'Etat dans ces secteurs ne doit pas entraver la concurrence nécessaire et la création de nouveaux marchés. La déréglementation dans ces secteurs est accompagnée de la régulation,<sup>1284</sup> l'intervention de l'Etat doit être maintenue mais de manière différente. *Le néo libéral n'a pas abouti à une disparition de l'Etat mais à une nouvelle forme d'intervention étatique.*<sup>1285</sup> La garantie de ces missions justifie l'existence de principes juridiques propres ainsi que l'intervention étatique en général dans les PPP.<sup>1286</sup>

Les PPP peuvent apporter des réponses aux importants besoins de développement économique au Vietnam. Cependant, cet instrument ne peut être fonctionnel sans un environnement institutionnel et juridique adapté. La relation partenariale ne fonctionne que si le pouvoir public maîtrise ses fonctions, ses objectifs et sa capacité à piloter le projet. L'histoire de l'évolution de l'étatisme français pour s'adapter à la globalisation est riche d'enseignements pour la politique de transition au Vietnam. En effet, le modèle du service public français considéré comme une contrainte dans le contexte de mondialisation est cependant une des pistes de réformes non seulement pour le développement des PPP au Vietnam mais aussi dans la réflexion pour la mutation vers un mode d'intervention étatique adapté à la politique choisie par le Vietnam. Ainsi, les expériences de la mise en œuvre des PPP en France peuvent être utiles pour les réformes vietnamiennes en ce qui concerne les domaines :

Titre 1) L'impact des Partenariats public-privé sur le management public : les références françaises pour la mise en œuvre de l'action publique au Vietnam

Titre 2) Les Partenariats public-privé pour le développement des services de réseaux : les références françaises pour la mutation des tutelles au Vietnam

---

<sup>1282</sup> SABART (G.), « Les services publics de réseau », Thèse en droit à l'université d'Aix en Provence, 2003, p. 387.

<sup>1283</sup> LORRAIN (D.) et al., « Grands groupes privés et action publique », *Entreprises et histoire*, 2002/3 n° 30, p. 153 et s., p. 161.

<sup>1284</sup> GLACHANT (J.M.), « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux », *Revue économique*, 2002/3 Vol. 53, p. 425 et s. p. 425.

<sup>1285</sup> ISODORO (C.), *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire*, Paris, 2006, p. 1171.

<sup>1286</sup> ZIAMI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, Issy les Moulineaux, 2015, p. 51.

**TITRE I) L'IMPACT DES  
PARTENARIATS PUBLIC-PRIVEE SUR  
LE MANAGEMENT PUBLIC : LES  
REFERENCES FRANÇAISES POUR LE  
DYNAMISME DE L'ACTION PUBLIQUE  
VIETNAMIENNE**

L'avènement des PPP est lié à la situation de rareté des budgets publics. Dans les pays Anglo-saxons, l'idée initiale des programmes PFI/PPP a été de remédier aux déséquilibres des finances publiques et aux prélèvements sur l'économie.<sup>1287</sup> Au Royaume-Uni, les PPP succèdent à la vague de privatisation qui a généré des déficits au niveau de l'investissement public. En Europe continentale, en revanche, la préoccupation financière n'est venue que plus tardivement, notamment sous la pression des critères de Maastricht. Par ailleurs, la situation était perçue comme moins grave que dans les pays Anglo-saxons.<sup>1288</sup>

La notion d'action publique est une nouvelle approche dans les réformes administratives au Vietnam. La mise en œuvre des PPP implique des réformes du budget et de la comptabilité. Ces chantiers ne sont pas encore en adéquation avec la politique de lancement des PPP du gouvernement en 2011. Dans ce sens, les PPP pourraient être des instruments pour améliorer le fonctionnement de l'administration.

Les principes mis en avant dans les PPP est la réduction de l'intervention étatique, cependant il ne s'agit pas de retrait de l'Etat mais plutôt, une intervention publique plus efficiente et plus efficace.<sup>1289</sup> Les retours d'expériences des PPP au Royaume-Uni ont abouti à la conclusion que le problème n'est pas de savoir comment les projets sont financés, mais comment on peut améliorer leur conception et leur pilotage.<sup>1290</sup> Ainsi, les réformes de l'action publique sont donc de première importance dans le cadre des PPP. En effet, face aux partenaires privés puissants qui offrent des opportunités d'action intéressantes, il est nécessaire d'avoir une action publique adéquate. On a constaté dans les projets PPP, les secteurs privés sont prédominants dans les aspects essentiels suivants :

Chapitre 1) la prédominance du financement privé dans les partenariats public-privé

Chapitre 2) la prédominance du management privé dans les partenariats public-privé

---

<sup>1287</sup> ISODORO (C.), *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire*, op.cit., p. 81.

<sup>1288</sup> LEROY (A.M.), « Les réformes administratives dans les pays de l'OCDE : une tentative de synthèse », in *Etat et gestion publique*, op.cit., pp. 27 et s.

<sup>1289</sup> ROUBAN (L.), « Les paradoxes de l'État postmoderne », *Cités* 2004/2, n° 18, pp. 11 et s., p. 15.

<sup>1290</sup> DUMEZ (H.), JEUNEMAÎTRE (A.), « Combinaison harmonieuse des vertus du public et du privé, ou mélange des genres ? Les partenariats public/privé, nouveaux venus du management public », *Politiques et management public*, vol. 21 n° 4, 2003, pp. 1 et s., p. 12.

## **CHAPITRE I) LA PREDOMINANCE DU FINANCEMENT PRIVE DANS LES PPP**

En 2013, le gouvernement a estimé les *besoins du Vietnam en investissement dans le domaine des infrastructures à 170 Milliards de US dollars jusqu'à 2020, dont seulement la moitié pourrait être satisfaite par le budget de l'Etat et l'aide officielle au développement.*<sup>1291</sup> Cependant le contrôle étatique du système financier et des investissements est un obstacle qui n'est pas résolu malgré la politique de l'ouverture à l'économie de marché. Cette situation limite donc l'accès des acteurs économiques au capital, et enrave le moteur de développement économique du pays.

Dans les pays développés, l'argument en faveur des PPP n'est pas tant au niveau du financement privé ou public, puisque l'approche économique conduirait à les rapprocher, mais dans la maîtrise des dérives de coûts. Dans les marchés publics traditionnels, les surcoûts dus aux dérives de coûts et de délais ne sont pas évalués financièrement, et représentent des charges non maîtrisées pour le budget public.

Il y a une grande attente de la part des autorités publiques vietnamiennes dans les projets *BOT*, pour le développement social et économique du pays.<sup>1292</sup> Cependant, pour parvenir à un stade opérationnel et optimal, le processus PPP a besoin d'un système bancaire et d'un marché financier fonctionnels. En effet, ces projets sont *particulièrement sensibles à la situation du marché des fonds prêtables, non seulement du fait de l'ampleur des investissements requis mais également du fait de l'ingénierie financière mobilisée.*<sup>1293</sup>

Le blocage des projets *BOT* au Vietnam en raison du contrôle étatique des flux financiers (Section 1) est un obstacle pour financer les besoins en infrastructure au Vietnam. L'analyse comparée de l'impact des PPP sur les finances publiques au Royaume-Uni et en France (Section 2) peut apporter des enseignements instructifs pour améliorer la gestion des finances publiques au Vietnam.

### **SECTION 1) LE BLOCAGE DES PROJETS BOT AU VIETNAM : LE CONTROLE ETATIQUE DES FLUX FINANCIERS**

Le recours au PPP pour le développement des infrastructures au Vietnam se heurte à des obstacles institutionnels et conjoncturels du sous-développement et de la transition socialiste. La mise en œuvre du *BOT* remet en évidence la problématique de la réforme du régime économique sans une réforme parallèle de l'appareil étatique

---

<sup>1291</sup> CAMPBELL (S.), « Le secteur des infrastructures en Asie du Sud-est », *Campus International Asie* 2014, p. 11.

Disponible sur le site : [http://avocatcampusinternational.org/interventions/13\\_Samantha\\_Campbell.pdf](http://avocatcampusinternational.org/interventions/13_Samantha_Campbell.pdf), consulté le 21/02/2015.

<sup>1292</sup> PHAM (P.L.), *Les réformes de l'Etat et les entreprises au Vietnam*, thèse op.cit., p. 55.

<sup>1293</sup> MARTY (F.), « L'évolution des conditions de financement des contrats de PPP », Chaire Economie des PPP DP N° 2014-08, septembre 2014, p. 2.

vietnamien.<sup>1294</sup> En effet, malgré les avantages tels que le dynamisme de l'économie ou la taille du marché, l'importance des risques par rapport à la rentabilité<sup>1295</sup> est un facteur qui décourage les investisseurs étrangers. Notamment en ce qui concerne les phénomènes de l'inflation, de la corruption galopante. Les lacunes institutionnelles et juridiques ne fournissent pas de protection des intérêts des acteurs économiques. Par ailleurs, *à la faible croissance de la productivité du travail, s'ajoutent un système bancaire fragile car fortement dollarisé, et un environnement macro-économique marqué par la vulnérabilité de la dette publique au risque de change.*<sup>1296</sup>

Le gouvernement vietnamien privilégie la stabilité politique par rapport au développement économique. Cependant, le carcan de l'intervention étatique empêche la mise en œuvre des réformes nécessaires et risque de saper l'objectif de l'attraction des investissements étrangers. En effet, le contrôle strict des mouvements de capitaux implique un dirigisme maintenu dans le domaine des investissements étrangers (Sous-section 1) ainsi que dans le domaine financier (Sous-section 2).

## **Sous-section 1) Le dirigisme dans le domaine des investissements étrangers**

A l'instar des modèles de développement asiatiques, la politique du commerce extérieure du Vietnam est caractérisée par la mise en œuvre des barrières sélectives à des importations ainsi que par la fermeture du marché intérieur aux entrées de capitaux spéculatifs étrangers.<sup>1297</sup> Comme tous les sujets concernant la relation internationale, l'investissement étranger direct est au centre de la politique de développement économique du Vietnam et ainsi reste sous contrôle strict de l'Etat. En effet, le maintien de la politique protectionniste (Paragraphe 1) du gouvernement vietnamien est incompatible avec l'engagement de diminution des barrières douanières dans le cadre l'OMC. Par ailleurs, cette politique constitue un obstacle à la politique de l'attraction des investissements étrangers. (Paragraphe 2)

### **Paragraphe 1) Le maintien de la politique protectionniste**

Au Vietnam, les entreprises étatiques contribuent aux ressources étatiques et constituent des instruments de pouvoirs de l'Etat.<sup>1298</sup> En conséquence, malgré une volonté d'ouverture, le gouvernement vietnamien établit un régime discriminatoire

---

<sup>1294</sup> Voir CAO (H.T.), SWIERCZEK (F.W.), "Critical success factors in project management: implication from Vietnam", *Asia Pacific Business Review*, Vol. 16, n° 4, October 2010, pp. 567 et s.

<sup>1295</sup> JACQUET (P.), CHARNOZ (O.), *Infrastructures, croissances et la réduction de la pauvreté*. Article pour le forum Franco-vietnamien, 6-13 septembre 2003, version du 18 août 2003.

<sup>1296</sup> MINISTERE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE (MOCI), Vietnam, un pays prometteur, en attendant le libre-échange, disponible sur le site : <http://www.lemoci.com/vietnam-un-pays-prometteur-en-attendant-le-libre-echange/#sthash.aEIHg7fz.dpuf>, publié le 20/2/2015, consulté le 20/8/2015.

<sup>1297</sup> VERON (J.B), « Le Vietnam : une nouvelle réussite du modèle de développement asiatique » in *la Revue Jaune et la Rouge*, Magazine n°609, avril 2005, disponible sur le site : <http://www.lajauneetlarouge.com/article/le-vietnam-une-nouvelle-reussite-du-modele-de-developpement-asiatique#.VI291eN5PLo>, consulté le 1/12/2015.

<sup>1298</sup> Voir Titre 2, chapitre 2, section 1 ci-dessous.

envers les investisseurs étrangers (I) et applique des dispositions en faveur des entreprises étatiques (II).

#### I) UN REGIME DISCRIMINATOIRE ENVERS LES INVESTISSEURS ETRANGERS

*L'investissement direct étranger est généralement la composante la plus prisée des flux de capitaux internationaux, par nature, il est réalisé à long terme et contribue à la stabilité.*<sup>1299</sup> Ces ressources sont en conséquence, indispensables pour la politique de développement basé sur l'industrie au Vietnam. En effet, *les autorités vietnamiennes de tous échelons ont d'ambitieux objectifs en matière d'investissement en infrastructures ; conformément aux planifications de développement et de l'économie : entre 2011 et 2020, près de 160 milliards de dollars sont estimés nécessaires.*<sup>1300</sup> Ainsi, pour relancer l'économie du Vietnam et pour sortir du marasme du sous-développement, les dirigeants vietnamiens ont misé sur les aides publiques internationales mais surtout sur les investissements privés. Cependant, le caractère contraignant de la réglementation vietnamienne dans ce domaine décourage les investisseurs,<sup>1301</sup> d'autant plus que le cadre institutionnel et juridique est défavorable aux activités économiques. Ces faiblesses augmentent le handicap de la taille du marché interne et exposent le Vietnam à la concurrence du marché chinois.

Au Vietnam, le flux abondant des investissements directs étrangers (IDE) dans les années 90 a laissé penser que le financement privé pouvait *se substituer aux flux d'aide publique au développement et fournir des ressources plus abondantes que cette dernière.* Cependant, *la crise asiatique et celle de l'Argentine ont montré les limites de ce mode de financement et font abaisser les flux IDE dans le monde comme au Vietnam.*<sup>1302</sup> Pour ce pays, la souveraineté économique est un défi essentiel dans la politique de l'ouverture à l'économie de marché. Trouver un compromis pour répondre aux besoins gigantesques en capitaux, en expertises technologiques et en même temps, maintenir le régime de l'interventionnisme, est un défi majeur. Ainsi, le gouvernement a choisi une politique de prudence pour éviter les désastres économiques non maîtrisable lors d'une déréglementation trop hâtive, *notamment en termes d'indépendance et d'exportation aux flux internationaux de capitaux.*<sup>1303</sup> Ce qui se traduit par un contrôle strict des opérations concernant les devises étrangères.

La pratique des discriminations dans le domaine des investissements, est motivée par le protectionnisme et la politique de contrôle des secteurs considérés comme stratégiques. Dans certains cas, la discrimination est favorisée par la méfiance des fonctionnaires envers les étrangers, une attitude de l'idéologie communiste qui persiste de manière latente. Ainsi, au sein du PCV, les partisans de l'intervention étatique sont réticents aux activités du secteur privé, notamment en ce qui concerne des entreprises

---

<sup>1299</sup> VAN DIJK (P.), « Flux financiers et marchés émergents en Asie », *Revue d'économie financière*, Vol. 44, n° 44, 1997, pp. 159 et s. p. 162.

<sup>1300</sup> THANH HA, *La loi sur l'investissement public, garante d'efficacité*, disponible sur le site : <http://vovworld.vn/fr-ch/Economie-Vietnamienne/La-loi-sur-linvestissement-public-garante-defficacite/264007.vov> , publié le 19/8/2014, consulté le 28/3/2015.

<sup>1301</sup> VERON (J.B.), *Le Vietnam, une nouvelle réussite du modèle de développement asiatique*, op.cit.

<sup>1302</sup> JACQUET (P.), « Infrastructure, croissance et réduction de la pauvreté », AFD, Forum franco-vietnamien, HCM ville, septembre 2003.

<sup>1303</sup> FEUCHE (C.), « Rattrapage, transition et décollage, analyse de la croissance vietnamienne (1990-2002) », in GIRONDE (C.), MAURER (J.L.), (sous dir.), *Le Vietnam à l'aube du XXIème siècle*, Paris, pp. 75 et s. p.100.

étrangères.<sup>1304</sup> Les vestiges de l'économie planifiée, de la prédominance étatique restent vivaces malgré la politique de l'ouverture à l'économie de marché. Par ailleurs, la résistance des organisations qui défendent leurs privilèges ont été des obstacles importants dans la mise en œuvre des réformes.

Les discriminations se manifestent sous de différentes formes, notamment il s'agit de la restriction des domaines réservés aux investisseurs étrangers. En effet, la loi n°59/2005/QH11<sup>1305</sup>, concernant les investissements, limite les domaines ouverts aux investisseurs étrangers.<sup>1306</sup> Seulement en 2011, de nouveaux domaines sont accessibles aux investisseurs étrangers, notamment l'éducation, la formation, la culture, le sport.<sup>1307</sup> En général, seuls les projets de haute technologie, font appel aux étrangers, les secteurs moins concernés par les technologies modernes, notamment la construction des bâtiments, des routes, sont réservés aux entreprises vietnamiennes.

La discrimination se fait aussi par le biais des licences d'investissement. En effet, les autochtones pourraient obtenir des licences auprès des autorités locales ou des responsables des zones industrielles aménagées, tandis que les investisseurs étrangers sont obligés de suivre le circuit très long des demandes de licence qui sont gérées par le Ministère des Plans et des investissements (MPI). Pour les projets à grande échelle, le dossier doit obtenir l'accord des ministères concernés. L'accord de la licence doit être notifié par décision du Premier ministre. Ces procédures génèrent des coûts officiels mais surtout des dépenses en raison de la corruption, sans compter le rallongement des délais d'attente qui constitue une perte financière non négligeable. En plus de cette difficulté, les opérateurs étrangers sont obligés d'effectuer des procédures préalables au niveau local.

Dans le cas des projets *BOT*, en plus des informations indispensables concernant la demande de licence,<sup>1308</sup> l'opérateur privé doit fournir le préaccord du projet *BOT*, ainsi que les conventions de coopération avec une entreprise nationale et les autres contrats annexes. Le MPI coordonne la procédure de vérification et accorde des licences et valide les conditions contractuelles des projets *BOT*. Sans la validation du pouvoir central, les termes du contrat n'ont pas de valeur juridique malgré l'accord au niveau local.

Ce formalisme pose la question de la valeur contractuelle du contrat à l'état préaccord. A partir de quel moment ce document prend-il effet ? Quelles sont les valeurs des termes engagés par les autorités publiques ? Tant que ces paramètres ne sont pas fixés de manière définitive, les prêteurs ne peuvent fixer les termes de l'accord financier avec l'investisseur.

L'absence de transparence dans les procédures, dans les formalités officielles favorise les décisions arbitraires, surtout au niveau des administrations locales, et constitue une source d'insécurité juridique. Le flou juridique favorise la corruption, un

---

<sup>1304</sup> Voir PARKER (S.), « Vietnam's Road to International Economic Integration with a Socialist Orientation : Are WTO Accession and Market Socialism Compatible? », op.cit., p. 206.

<sup>1305</sup> Loi 59/2005/QH11 concernant les investissements, ce texte est élaboré et accompagné d'un décret n° 108/2006/ND-CP du 22 septembre 2006 qui définit les mesures de mise en œuvre des investissements

<sup>1306</sup> Article 27 à 30, loi n° 59/2005/QH 11. Les investissements étrangers sont limités à des formes suivantes : contrat de coopération d'affaires, société mixte, l'entreprise 100% étrangère et les contrats *BOT*, *BTO* et *BT*. Le 'bureau de représentation' peut aussi être une forme initiale d'investissement étranger.

<sup>1307</sup> Article 4 décret 15/2015.

<sup>1308</sup> Il s'agit des renseignements sur l'identification de l'investisseur et la société de projet, le certificat d'entreprise, le lieu du projet.

phénomène qui entre dans les mœurs des opérateurs économiques vietnamiens et devient un facteur de discrimination ‘de fait’. En effet, les entreprises domestiques, habituées à la pratique de corruption obtiennent toujours plus facilement les autorisations par le biais des réseaux de relations ‘officieuses’. Les opérateurs locaux ont des relations beaucoup plus faciles avec les interlocuteurs publics et disposent des connaissances culturelles qui font défaut à des investisseurs étrangers.

Le risque de change est un élément qui peut compromettre la réussite des projets *BOT* étrangers, en effet, les prêts ne sont pas dans la même monnaie que les recettes dégagées par le projet. Ainsi, les opérateurs vietnamiens ne sont pas soumis à ces risques et ne doivent pas faire face aux problèmes de rapatriement des profits, de risque de change comme les investisseurs étrangers.

Par ailleurs, les procédures de création d’entreprise sont plus simples pour les autochtones que pour les investisseurs étrangers. En effet, le gouvernement fait pression sur les investisseurs étrangers pour permettre à des entreprises nationales de se familiariser avec les savoir-faire étrangers. Le décret et le règlement de 1999 sur les marchés publics obligeaient les entrepreneurs étrangers à s’associer à des entrepreneurs vietnamiens ou à s’engager à employer des sous-traitants vietnamiens pour participer aux appels d’offres. Cependant, le protectionnisme n’incite pas les entreprises nationales à être compétitives et par ailleurs, ce phénomène décourage les entreprises étrangères qui contribuent pourtant au développement de la technologie moderne, élément qui fait défaut dans les entreprises locales.

## II) DES DISPOSITIONS EN FAVEUR DES ENTREPRISES PUBLIQUES

Au Vietnam, les grands groupes d’entreprises sont formés et gérés selon le mode de gestion privé tout en restant sous la tutelle de l’Etat.<sup>1309</sup> En effet, les dirigeants vietnamiens ont tenté de créer un réseau constitué des ‘champions nationaux’ qui *seront les acteurs de premier plan dans le développement de la production de matériels importants et dans les industries de haute technologie.*<sup>1310</sup> Ces groupes sont des piliers de la politique d’industrialisation du Vietnam et bénéficient en conséquence, du soutien de l’Etat par le biais des apports de capital social et des subventions. Ainsi, ces entreprises ont des facilités d’accès au crédit bancaire pour le financement à court et à moyen terme, grâce à des relations privilégiées et grâce aux garanties gouvernementales.<sup>1311</sup> L’Etat met à leur disposition, par l’intermédiaire des organismes financiers, des lignes de crédit à taux administrés.<sup>1312</sup>

Dans le contexte vietnamien, les terrains sont de plus en plus difficilement accessibles aux investisseurs. Les entreprises étatiques disposent non seulement de facilité d’accès au sol mais aussi de l’usage gratuit ou de loyer modéré des terrains. Ce qui constitue une aide étatique considérable et qui constitue une distorsion de la concurrence. Par ailleurs, en l’absence d’objectifs de résultats, les entreprises détournent les droits d’usage du sol mis à leur disposition pour se livrer à des spéculations

---

<sup>1309</sup> Il existe au Vietnam 94 *compagnies générales, regroupant 28,4% des entreprises d’Etat soit 1600 entreprises ; elles monopolisent à elles seules 65% des financements de l’Etat et 61% de la main d’œuvre dans le secteur public ; l’objectif de ces compagnies générales est de créer des synergies entre les entreprises travaillant dans le même secteur. Voir de PHAM (P.L.), Les réformes de l’Etat et les entreprises au Vietnam, thèse op.cit. p. 10.*

<sup>1310</sup> Plénum du PCV février 2002.

<sup>1311</sup> FEUCHE (C.), « Rattrapage, transition et décollage, analyse de la croissance vietnamienne (1990-2002) », op.cit., p. 86.

<sup>1312</sup> ALBRECHT (D.), HOCQUARD (H.), PAPIN (P.), AFD, *Les acteurs publics locaux au cœur du développement urbain vietnamien*, Focales 5, 2010, p. 31.

immobilières. Certaines ont développé des activités hors de leurs champs de compétence dans le but de la recherche de rentabilité spéculative.<sup>1313</sup>

Dans les projets d'infrastructures de type *BOT*, les autorités publiques travaillent uniquement avec les entreprises étatiques dont les dirigeants sont des membres du PCV et sont nommés par le gouvernement. Le modèle *BOT* est dans ces cas un partenariat public-public conclu entre l'administration et un consortium constitué des sociétés publiques.<sup>1314</sup> En effet, la réalisation des grands projets d'infrastructures est assumée de manière collégiale par les différents ministères.<sup>1315</sup> Ces derniers disposent de compétences réglementaires et élaborent des circulaires d'application qui constituent en réalité un corpus de normes quasi-autonome.<sup>1316</sup> Ces pratiques génèrent des conflits d'intérêt lorsque les ministères utilisent leurs compétences réglementaires en faveur des entreprises qui sont sous leur tutelle respective. Ces dernières obtiennent des marchés sans passer par les procédures d'appels d'offre.

Le corporatisme des grands ministères, qui est une conséquence du système centraliste au Vietnam, constitue le monopole public dans les projets *BOT*. En effet, l'ingénierie publique au Vietnam est le monopole des unités de gestion des projets (UGP), placées sous tutelle de ces ministères. Ces derniers gèrent les dix UGP et dirigent les trois grandes corporations d'Etat<sup>1317</sup> qui regroupent l'ensemble des entreprises publiques, fleurons du secteur de construction, de génie civil tels que : CIENCO, TRANSICO, TEDI, TRANSMECO ... Ces sociétés bénéficient de la quasi-totalité des marchés importants.<sup>1318</sup> *Dans les projets internationaux, leur participation est souvent imposée par la maîtrise d'ouvrage publique, ce que les consultants étrangers vivent plus ou moins bien.*<sup>1319</sup> Comme le reste des entreprises publiques, ces sociétés bénéficient du réseau de relation au sein du lieu de haute puissance publique.

Au niveau régional, les entreprises qui relèvent de la compétence des autorités locales ont le monopole des projets d'investissement locaux. Ces groupes sont placés sous le contrôle des autorités locales et *peuvent contracter des emprunts, en général auprès des établissements publics*. Le flou juridique concernant les mesures de contrôle et de fixation des responsabilités<sup>1320</sup> a laissé propager des défaillances au niveau de

---

<sup>1313</sup> FEUCHE (C.), « Rattrapage, transition et décollage, analyse de la croissance vietnamienne (1990-2002) », op.cit., p. 88.

<sup>1314</sup> Le cas du projet de Pont de Phu My à Ho Chi Minh, ville dans laquelle la société de BTP de Hanoi et la CII, société publique de HoChi Minh ville sont des partenaires aux côtés des entreprises étrangères.

<sup>1315</sup> Il s'agit des ministères de Transport, de Construction, de Finance, de Plan et Investissement, de Ressources naturelles et Environnement.

<sup>1316</sup> Selon l'article 24 de la loi de l'Assemblée nationale N° 32/2001/QH10 du 25 décembre 2001 sur l'organisation du Gouvernement : « En application de la Constitution, des lois et résolutions de l'Assemblée nationale, des ordonnances et résolutions du Comité permanent de l'Assemblée nationale, des ordres et décisions du Président de l'Etat, et des textes du Gouvernement et du Premier Ministre, les ministres et les chefs des organes ayant rang ministériel prennent des décisions, directives et circulaires. Ces autorités guident et contrôlent l'application de ces textes par les administrations centrales et locales. Les décisions, directives et circulaires relatives à la gestion de l'Etat prises ou approuvées par le Ministre ou le Chef de l'organe ayant rang ministériel produisent leurs effets dans l'ensemble du pays. »

<sup>1317</sup> Entreprises publiques restructurées.

<sup>1318</sup> GEMDEV, « Les consultants internationaux et leurs rapports à l'ingénierie », *Rapport final*, 2004, p. 45, disponible sur le web : <http://www.gewdev.org/prud/rapport112.pdf>, consulté le 20/8/2014

<sup>1319</sup> CUSSET (J.M.), « Expertises étrangères et expertises locales, le cas des villes au Vietnam », *Géocarrefour*, vol 80, 3/2005, pp. 227 et s. p. 229.

<sup>1320</sup> Les deux personnes mises en cause et inculpées dans le scandale des unités de gestion 18 sont des membres du Parti Communiste qui ne subissent aucune poursuite pénale et continuent à occuper des fonctions importantes dans l'appareil de l'Etat. Voir VO (N.G.), *Rapport au Congrès du Parti : les*

gestion, d'expertise et d'organisation dans ces groupes d'entreprises.<sup>1321</sup> L'adhésion à l'OMC a incité le gouvernement de réformer les entreprises étatiques. Cependant il est plus facile de créer des normes pour réformer les entreprises publiques que de les faire appliquer dans la pratique.

*La concurrence sur le marché ne débouche pas sur des performances économiques* bénéficiaires pour les entreprises vietnamiennes. Ainsi, la présence des sociétés étrangères constitue une menace pour ces derniers sans aboutir ultérieurement sur un marché concurrentiel nécessaire à l'économie en transition.<sup>1322</sup> En effet, le secteur privé au Vietnam est modeste, les entreprises privées sont jeunes et sous capitalisées et n'ont pas l'envergure nécessaire pour participer à des projets d'infrastructures de grande taille.<sup>1323</sup>

## **Paragraphe 2) Les obstacles à l'attraction des investissements étrangers**

La politique de l'attraction des investissements étrangers est primordiale pour atteindre l'objectif de croissance durable. Cependant, la lenteur et l'inefficacité des réformes de l'ouverture économique (I) sont obstacles pour mettre en œuvre cette politique. Pour le Vietnam, le besoin en matière IDE est devenu plus important en raison de la diminution des Aides publiques au développement. (II)

### **I) LA LENTEUR ET L'INEFFICACITE DES REFORMES DE L'OUVERTURE ECONOMIQUE**

Dans l'ensemble, le Vietnam a adopté une politique d'investissement étranger plus linéaire que la politique *'stop and go'* du gouvernement chinois.<sup>1324</sup> Le gouvernement vietnamien est conscient du rôle important des IDE pour le développement du pays et cherche à harmoniser les normes du pays au droit des pays partenaires. *Par rapport à la situation antérieure, le IXème Congrès<sup>1325</sup> a penché vers un approfondissement franc des réformes. Le plan à dix ans qui a été adopté suppose un changement profond de l'attitude de l'Etat tant vis-à-vis des entreprises publiques que du secteur privé. Ce changement n'est pas qu'une question d'orientation politique au plus haut niveau, mais une refonte en profondeur des comportements et des savoir-faire de l'appareil d'Etat.*<sup>1326</sup>

---

*critiques de l'affaire PMU18*, disponible sur le site <http://tuoitre.vn/Chinh-tri-Xa-hoi/132423/Kiem-diem-vu-PMU18-va-bao-cao-Dai-hoi-X.html>, mis en ligne le 13/4/2006, consulté le 8/8/2011.

<sup>1321</sup> VO (N.G.), *Rapport au Congrès du Parti : les critiques de l'affaire PMU18*, op.cit.

<sup>1322</sup> PHAM (P.L.), *Les réformes de l'Etat et les entreprises au Vietnam*, thèse op.cit., p. 81.

<sup>1323</sup> Le secteur privé au Vietnam est encore marginal – le terme 'entreprise privée' est souvent assimilé aux PME.

<sup>1324</sup> FLOUZAT-OSMONT d'AMILY (D.), « L'Europe et l'évolution du modèle chinois », *Politique étrangère* 2011/2 (Été), p. 389 et s., 394.

<sup>1325</sup> *Ce congrès va définir des objectifs très ambitieux dans le domaine économique avec la réforme des entreprises publiques, le développement d'un secteur privé capitaliste, d'un secteur d'Etat capitaliste, des entrepreneurs et des investisseurs étrangers. Voir FEUCHE (C.), « Rattrapage, transition et décollage, analyse de la croissance vietnamienne (1990-2002) », op.cit. p. 13.*

<sup>1326</sup> FEUCHE (C.), « Rattrapage, transition et décollage, analyse de la croissance vietnamienne (1990-2002) », op.cit., p. 13.

Le gouvernement vietnamien a modifié sa trajectoire de politique économique pour faire face à la chute d'investissement.<sup>1327</sup> Par rapport à l'époque de la première loi sur les investissements étrangers en 1987,<sup>1328</sup> des restrictions et des lourdeurs procédurales sont en nette diminution, notamment en ce qui concerne les certificats d'investissements. La loi 2005 concernant les investissements, a aboli de manière officielle les discriminations. Cependant, dans la pratique, les autorités publiques maintiennent le contrôle par le biais des licences.<sup>1329</sup> Par ailleurs, le gouvernement est réticent à alléger des contrôles dans des secteurs sensibles tels que le domaine bancaire, les projets d'investissements qui nécessitent une superficie importante de terrain ou les projets qui risquent de nuire à l'environnement.<sup>1330</sup> Aux yeux des investisseurs étrangers, les améliorations ne sont pas suffisantes, d'autant plus que l'insécurité juridique génère un coût important qui décourage ces derniers.

L'abondance des textes normatifs a abouti à des incohérences, sans combler pour autant les flous juridiques. Les normes concernant les investissements directs étrangers sont parfois en conflit avec les lois sectorielles, notamment les lois de gestion du sol, la loi de construction et la loi concernant les entreprises. L'incohérence des normes est aggravée par le flou juridique. En effet, les normes matérielles et procédurales ne sont pas claires, les textes sont incomplets et dispersés dans des sources différentes.<sup>1331</sup>

Les investissements publics au Vietnam sont définis selon le plan quinquennal du développement socio-économique. Cependant, l'absence de contrôle systématique par rapport au plan national favorise le pouvoir arbitraire au niveau local.<sup>1332</sup> Dans la pratique, le pouvoir central ferme les yeux sur les moyens employés, lorsque ces objectifs sont atteints.

Le droit vietnamien ne définit ni les obligations ni les responsabilités des acteurs publics dans la mise en œuvre du plan d'investissement. Face à ce vide juridique, les autorités publiques régionales ont tendance à privilégier les intérêts politiques locaux aux dépens de la politique économique nationale. En conséquence, les provinces multiplient les projets d'investissements, ce qui a abouti à un désordre dans la politique d'investissement et à un gaspillage des capitaux. Les régions sont en concurrence entre elles en faisant primer la politique locale sur les plans étatiques. Ces phénomènes appelés 'rupture des barrières' sont des actions illégales mais qui sont tolérées par le gouvernement.

Pour remédier à la situation, le gouvernement a révisé l'ensemble des projets pour éliminer ceux qui ont pour objectif la spéculation des terrains. *La répartition du budget devrait s'effectuer par ordre de priorité. Il faut tout d'abord utiliser les fonds*

---

<sup>1327</sup> Les investissements directs étrangers (IDE) en 1998 ont chuté 40% par rapport à 1997. Voir PHAM (P.L.), *Les réformes de l'Etat et les entreprises au Vietnam*, op.cit., p. 37.

<sup>1328</sup> Loi sur l'investissement étranger au Vietnam du 29 décembre 1987, cette loi fut amendée à plusieurs reprises, en 1990, 1992, 1996 et en 2004.

<sup>1329</sup> Voir paragraphe 1 ci-dessus.

<sup>1330</sup> AMBASSADE DE France AU VIETNAM, service économique, 2014, *Evolutions des investissements indirects étrangers au Vietnam en 2013*, disponible sur le site, consulté le 10/8/2014 : [http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/VIETNAM-\\_Les\\_investissements\\_directs\\_etrangers\\_cle091df4.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/VIETNAM-_Les_investissements_directs_etrangers_cle091df4.pdf).

<sup>1331</sup> Plusieurs textes de lois sont concernés : la loi sur le budget de l'Etat, la loi sur les investissements 2005, la loi des marchés publics, la loi foncière 2003, la loi de prévention de la corruption, ainsi que de nombreux règlements du gouvernement concernant la gestion des investissements publics.

<sup>1332</sup> Voir Première partie, titre II, chapitre 1, section 1, sous-section 1 paragraphe 2, II.

*pour les projets qui seront bientôt terminés puis ceux d'aide publique au développement non remboursable dont une part des investissements vient du budget de l'Etat.*<sup>1333</sup>

A travers la nouvelle loi en matière investissement<sup>1334</sup>, le gouvernement veut envoyer un signal à la communauté internationale concernant son orientation très nette vers l'Etat de Droit. Le but recherché est d'attirer des investisseurs étrangers et donner plus de poids aux engagements publics dans le domaine de l'investissement et de commerce. En premier lieu, le principe constitutionnel de la liberté d'exercer des activités économiques et commerciales est confirmé dans l'esprit de la loi. Ainsi, pour favoriser la liberté économique, les secteurs interdits aux commerces doivent être précisés explicitement par la loi.<sup>1335</sup> Ensuite, l'Etat garantit la propriété privée, les principes de non-discrimination envers les investisseurs étrangers ainsi que celui de non rétroactivité des lois nouvelles<sup>1336</sup> sont confirmés par la loi. *Outre de permettre d'assurer un meilleur équilibre de la macro-économie, cet ajustement, permettra de rendre les investissements publics plus transparents tout en évitant leur dispersion.*<sup>1337</sup> Les ressources provenant des IDE sont d'autant plus nécessaires que les APD ont tendance de diminuer.

## II) LA DIMINUTION DES AIDES PUBLIQUES DE DEVELOPPEMENT

Les APD peuvent être une solution pour le sous-développement. En effet, à *la lumière des approches contemporaines de la croissance, la faible croissance dans les pays en développement est interprétée comme le résultat d'une insuffisance d'épargne par rapport aux besoins d'investissements.*<sup>1338</sup> Les objectifs des APD ont été modifiés en fonction de l'évolution de la politique économique des pays donateurs et de la situation économique mondiale. En effet, le choix de réorienter les ressources pour soutenir l'économie nationale dans les pays industrialisés et la diminution des recettes fiscales dans le monde sont des causes de la régression des APD au niveau mondial.<sup>1339</sup>

A l'instar de la situation dans les PED, le poids de l'APD dans le financement des économies du Vietnam est important. Dans la période de transition, *l'aide assortie de conditions libérales continuera à jouer un rôle important jusqu'à ce que l'infrastructure du Viet Nam puisse rivaliser avec celle de ses voisins et de ses concurrents.*<sup>1340</sup> En général, les fonds de l'APD et de l'aide non gouvernementale servent pour financer les projets qui n'attirent ni les investisseurs, ni les programmes sociaux.

Certains projets *BOT* au Vietnam sont réalisés grâce au fonds provenant des APD. En effet, pour les projets qui ne sont pas rentables, les aides de l'Etat ainsi que l'APD peuvent constituer des subventions à des prestataires de services publics ou des subventions de la consommation *pendant une période transitoire jusqu'à ce que les prix*

<sup>1333</sup> Disponible sur le site <http://vovworld.vn/fr-ch/Economie-Vietnamienne/La-loi-sur-linvestissement-public-garante-defficacite/264007.vov>, consulté le 28/3/2015.

<sup>1334</sup> La loi d'investissement le 26/11/2014 en vigueur le 1/7/2015.

<sup>1335</sup> Il existe 6 secteurs qui sont exclus du commerce (article 6) et 267 secteurs soumis à des conditions (annexe 4).

<sup>1336</sup> BUI (H.), *Luật đầu tư sửa đổi năm 2014 (La réformation de la loi sur les investissements en 2014)*. Disponible sur le site <http://moj.gov.vn/ct/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=6390>, consulté le 4/4/2015.

<sup>1337</sup> Disponible sur le site <http://vovworld.vn/fr-ch/Economie-Vietnamienne/La-loi-sur-linvestissement-public-garante-defficacite/264007.vov>, consulté le 28/3/2015.

<sup>1338</sup> JACQUET (P.), « Revisiter l'Aide publique au développement », *Economie internationale*, 108 (2006), pp. 139 et s. p. 141.

<sup>1339</sup> DELMON (J.), « Partenariats public-privé dans les secteurs des infrastructures », *Guide pratique à l'intention des décideurs publics*, 2010, Banque mondiale, 2010, p. 128

<sup>1340</sup> <http://siteresources.worldbank.org/EXTIDAFRENCH/Resources/IDAVietnamCountryStudy.pdf>, 2007, consulté le 03/04/2015.

*couvrent de nouveau l'intégralité des coûts.*<sup>1341</sup> Un tiers des investissements dans les projets infrastructures au Vietnam, est de source privée, les deux tiers restant sont à la charge des *gouvernements ou des agences publiques à partir de ressources propres ou d'emprunts à taux de marché.*<sup>1342</sup>

Pour limiter les risques dans les projets *BOT*, les opérateurs privés proposent aux autorités publiques concédantes des éléments techniques qui sont limités à des processus déjà maîtrisés. Cela présente un handicap pour les projets nécessitant l'innovation technique. Pour ces projets, les fonds des APD peuvent être utilisés pour financer les instruments d'assurance des risques. Par ailleurs, des fonds de capital-risque fondés par les pays membres du Comité de l'Aide au développement (CAD) proposent des mécanismes d'assurance pour les risques non commerciaux.<sup>1343</sup> Cette solution peut compléter la fonction d'assurance des Agences nationales de crédit à l'exportation et les agences multilatérales dans les pays développés. Ces organisations peuvent assurer contre certains « risques de pays », mais pas pour les autres. *De plus en plus, les banques de développement investissent directement dans les PPP et jouent ainsi un rôle de catalyse financière du secteur privé.*<sup>1344</sup> Le recours aux *BOT* est, dans cette situation, une solution potentielle pour améliorer les infrastructures et créer des conditions favorables pour l'attraction des IDE.

Pour améliorer les compétences publiques en matière de management des PPP, notamment la technique de négociation de contrat, l'APD peut être mobilisée pour les formations des agents publics mais aussi des entrepreneurs privés. Au Vietnam, les pratiques commerciales ainsi que les techniques contractuelles internationales sont encore méconnues par la majorité des acteurs publics et privés.<sup>1345</sup>

La politique de l'attraction des IDE implique l'amélioration de l'environnement financier au Vietnam. Cependant, les réformes concernant ce domaine sont très limitées en raison de la politique de répression financière du gouvernement.

## **Sous-section 2) Le dirigisme dans le domaine financier**

La politique financière vietnamienne est strictement réglementée, notamment en ce qui concerne les sorties et les entrées des devis étrangers. En effet, le financement par des emprunts étrangers implique le remboursement en devises, donc la transformation en monnaies étrangères, ce qui peut conduire à long terme à une perte nette de devises. Les restrictions de la disponibilité des devises rendent difficile le rapatriement des dividendes des investisseurs étrangers.<sup>1346</sup>

Les lacunes du système financier en transition (paragraphe 1) ainsi que l'inefficacité du processus d'adaptation du système de comptabilité socialiste à

---

<sup>1341</sup> OCDE, *Perspectives de l'investissement international*, Edition 2005, p. 3.

<sup>1342</sup> JACQUET (P.), CHARNOZ (O.), *Infrastructures, croissances et la réduction de la pauvreté*. Article pour le forum Franco-vietnamien, 6-13 septembre 2003, version du 18 août 2003.

<sup>1343</sup> OCDE, *Les dossiers du CAD*, vol. 6, n°2, 2005, p. 31.

<sup>1344</sup> Disponible sur le site <http://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Knowledge/25144351-EN-COMMUNICATION-BAD-CEA-NOVEMBRE-2007-PONTY.PDF>, consulté le 1/4/2015.

<sup>1345</sup> OCDE, *Les dossiers du CAD*, op.cit., p. 31.

<sup>1346</sup> DELMON (J.), « Partenariats public-privé dans les secteurs des infrastructures », op.cit. p.50.

l'économie de marché (paragraphe 2) sont des obstacles majeurs pour la mise en œuvre des projets PPP au Vietnam.

## Paragraphe 1) Les lacunes du système financier vietnamien

Les paradoxes de la politique de l'ouverture à l'économie présente des difficultés importantes pour l'objectif de développement recherché par le gouvernement vietnamien. La libéralisation limitée du domaine financier (I) n'a pas permis d'améliorer les lacunes du système bancaire au Vietnam (II), ainsi que les faiblesses d'un marché boursier en émergence. (III)

### I) UNE LIBERALISATION LIMITEE DU DOMAINE FINANCIER

Malgré l'absence des informations sur les éléments concrets, aux yeux des investisseurs étrangers, le système financier vietnamien *concentre des vulnérabilités loin d'être négligeables*<sup>1347</sup> et n'est pas à l'abri du risque systémique. Dans les années 80, pour sortir de la situation de crise, le gouvernement a appliqué des mesures draconiennes dans le cadre d'un programme de stabilisation économique recouvrant les trois volets : la politique monétaire, la politique budgétaire et la politique de change.<sup>1348</sup>

En matière monétaire interne, pour développer le secteur productif privé, le gouvernement vietnamien a procédé à la libéralisation des prix. La période de croissance monétaire forte a été suivie par des périodes hyper inflationnistes.<sup>1349</sup> En conséquence, le gouvernement est obligé de maîtriser l'offre monétaire pour enrayer une inflation massive et pour réduire les déficits budgétaires.<sup>1350</sup>

En matière de change, les autorités publiques doivent gérer le phénomène de dollarisation, qualifié de « *situations à substitution de monnaies* » par Lavigne.<sup>1351</sup> Ainsi, la crédibilisation de la monnaie nationale ainsi que le détachement du phénomène de dollarisation de l'économie sont des défis importants du gouvernement vietnamien.<sup>1352</sup> La politique de dollarisation protège le système financier des risques des taux de change, cependant le gouvernement vietnamien tente de diminuer ce phénomène. *Diminuer la dollarisation nécessite que le rendement des dépôts en monnaie nationale soit durablement supérieur à celui des dépôts en dollar. C'est ce qui s'est passé au Vietnam de 1991 à 1997. Il apparaît alors possible de dé-dollariser, sous réserve de stabiliser le taux de change de façon crédible, ce qui suppose à son tour de limiter l'inflation et d'obtenir un différentiel de taux d'intérêt en faveur des dépôts en*

---

<sup>1347</sup> BELLOCQ (F.X), « Le risque systémique bancaire au Vietnam : Tendances récentes et évolutions possibles », AFD, *Forum économique et financier*, 2008, Hanoi, p. 4.

<sup>1348</sup> LE (N. T.), *Evolution des formes comptables en contexte de transition économique, le cas du Vietnam*, Thèse en Science sociale, HEC Paris, 2008, p. 371.

<sup>1349</sup> DUCHENE (G.), GOUJON (M.), « La dé-dollarisation : les expériences du Vietnam, de l'Ukraine et de la Roumanie », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, Volume 37, 2006, N°1. Institutions et démocratie : les leçons de quinze années d'économie de la transition, pp. 127 et s. p. 129.

<sup>1350</sup> L'inflation a atteint le chiffre de 400%, le déficit budgétaire est de 21,2% en 1989. Voir LE (N. T.), *Evolution des formes comptables en contexte de transition économique, le cas du Vietnam*, op.cit.,p. 371

<sup>1351</sup> GIRONDE (C.), MAURER (J.L.), (dir.), *Le Vietnam, à l'aube du XXème siècle, Bilan et perspectives politiques, économiques et sociales*, Paris, Editions Karthala / IUED / CRAM, 2004, p.71.

<sup>1352</sup> DUCHENE (G.), GOUJON (M.), « La dé-dollarisation : les expériences du Vietnam, de l'Ukraine et de la Roumanie », op.cit.,p. 156.

*monnaie nationale*.<sup>1353</sup> Le «đồng» vietnamien n'est pas librement convertible en devises, ce droit est réservé aux entreprises étrangères dans certains secteurs classés prioritaires. *Le dollar était également devenu plus disponible du fait de l'ouverture croissante de ces pays et du relâchement des restrictions sur le change*.<sup>1354</sup>

La libéralisation financière qui implique une *réduction des contrôles sur les investissements entrepris par les agents financiers*,<sup>1355</sup> n'est pas encore acceptée par le gouvernement vietnamien qui juge que ce processus est prématuré dans le contexte actuel du pays. Les expériences des faillites financières du système argentin ont souligné le danger des pays *ayant libéralisé leurs systèmes financiers sans faire progresser parallèlement leur capacité de supervision et leur culture du risque*.<sup>1356</sup>

Le système financier vietnamien est de type orienté vers la banque<sup>1357</sup> à l'instar des modèles des pays d'Europe continentale. Le gouvernement n'est pas favorable à la réduction ou *a fortiori* la suppression des contrôles sur les taux d'intérêts et les taux de rendement. Ces instruments sont cependant nécessaires pour que les sociétés financières puissent attirer l'argent de l'épargne privée. Cependant, l'Etat vietnamien considère avec méfiance la présence des sociétés financières sur le marché vietnamien, notamment celles qui sont d'origine étrangère.

## II) LES LACUNES DU SYSTEME BANCAIRE

A l'instar des pays en développement, le système financier vietnamien *repose principalement sur le secteur bancaire alors que les marchés de fonds étrangers de capitaux propres restent sous-développés*. Le système bancaire vietnamien reste entièrement administré par le pouvoir public, ainsi, la libéralisation de ce secteur est un sujet sensible.

Le système fonctionne selon le *modèle de la monobanque (one-tiers system) dans lequel la Banque centrale est l'unique banque du pays, contrôlant à la fois le volume, le coût et l'allocation sectorielle du crédit*. Il existe quatre banques étatiques et des banques privées.<sup>1358</sup> En théorie, la banque centrale cède les fonctions commerciales aux institutions financières commerciales et garde le rôle de régulateur et de superviseur monétaire. Cependant, dans la pratique, la banque centrale intervient dans les activités bancaires par le biais des réglementations administratives. Lors de la crise financière en 2008, le gouvernement vietnamien a appliqué la politique de réduction des crédits octroyés et demande aux banques d'acheter des bons du Trésor pour augmenter leur liquidité.<sup>1359</sup>

Le fonctionnement des banques révèle les influences de l'économie dirigée, notamment en ce qui concerne l'offre de crédit. En effet, *héritage de ces pratiques relevant d'un système financier étroitement administré pour les seuls besoins de l'Etat*,

---

<sup>1353</sup> DUCHENE (G.), GOUJON (M.), « La dé-dollarisation : les expériences du Vietnam, de l'Ukraine et de la Roumanie », op.cit, p. 160.

<sup>1354</sup> Ibidem, p. 129.

<sup>1355</sup> CHANDRASEKHAR (C.P.), *Politiques financières*, Département des Affaires Economiques et sociales des Nations-Unies, 2007, p. 56.

<sup>1356</sup> BELLOCQ (F.X), « Le risque systémique bancaire au Vietnam : Tendances récentes et évolutions possibles », op.cit., p. 5.

<sup>1357</sup> Voir GOUX (J.F), « La taxinomie des systèmes financiers : le renouvellement des typologies fondées sur le mode de financement des entreprises », *Revue d'Economie Financière*, n° 29, 1994.

<sup>1358</sup> BELLOCQ (F.X), « Le risque systémique bancaire au Vietnam : Tendances récentes et évolutions possibles », op.cit., p. 3.

<sup>1359</sup> PHAM (V.TH.H), *Financement bancaire des PME, étude de cas du Vietnam*, Thèse de la faculté des sciences de l'administration de l'Université de Laval, 2010, p. 161.

*le secteur bancaire vietnamien montre aujourd'hui des lacunes importantes en matière de gestion des risques et de provisionnement, ce malgré l'amorce de réformes impulsées dans ce domaine par la Banque centrale.*<sup>1360</sup> En effet, le système bancaire vietnamien a des besoins importants en provision et en capital social<sup>1361</sup> et ne peut assumer le rôle d'intermédiation financière nécessaire pour le développement des activités économiques et pour soutenir les investissements. Cependant, l'opacité du système financier ne permet pas de connaître les informations exactes des besoins en provisions et en capital important dans les secteurs bancaires.<sup>1362</sup>

Le système bancaire sous contrôle étatique est incapable de développer les canaux de l'épargne interne. En effet les banques n'attirent pas l'épargne de la population qui préfère les valeurs plus stables : l'or ou les dollars. Ces derniers sont devenus la monnaie d'échange des transactions portant sur les grandes valeurs. Le défaut des fonds disponibles par les canaux d'épargnes réduit le volume d'investissement.<sup>1363</sup>

Dans le système socialiste, les prêts sont financés par le budget de l'Etat. La priorité des crédits est réservée au développement de l'industrie, de la construction, des infrastructures et de l'agriculture. Les prêts sont accordés non pas en fonction des critères de rentabilité des capitaux mais en fonction des priorités fixées par la politique du développement. Les taux d'intérêts sont fixés selon la politique économique de l'Etat. Les clients principaux sont donc des entreprises étatiques.<sup>1364</sup> En effet, les entreprises privées au Vietnam ne peuvent accéder aux crédits bancaires dans les mêmes conditions que les entreprises étatiques.<sup>1365</sup>

Au Vietnam, les institutions financières sont des organisations étatiques qui ne sont pas pourvues de compétence d'expertise en matière de gestion de risques et de financement des crédits à long terme. L'évaluation *des demandes de crédit se base essentiellement sur la compétence et l'expérience des banquiers puisque les systèmes de notation en place ne sont pas encore pleinement maîtrisés.*<sup>1366</sup>

Le développement urbain au Vietnam exige des capitaux d'investissement importants dont le volume ne peut être fourni par les banques.<sup>1367</sup> Ces dernières privilégient les crédits aux entreprises de construction et délaissent les prêts pour les achats de logements individuels. Les crédits dans d'autres secteurs sont très limités en raison de l'absence de garantie. L'insécurité des transactions foncières et le double mécanisme de prix fonciers ne sont pas favorables pour les prêts hypothécaires.<sup>1368</sup> *En 1996, une enquête du programme des Nations-Unies montrait qu'environ 70% des crédits contractés dans le pays l'étaient en dehors du système bancaire officiel. Les*

---

<sup>1360</sup> BELLOCQ (F.X), « Le risque systémique bancaire au Vietnam : Tendances récentes et évolutions possibles », op.cit. , p. 11.

<sup>1361</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>1362</sup> AFD, *Vietnam : les vulnérabilités macro-financières associées au processus d'émergence*, Document de travail, janvier 2006, p. 4.

<sup>1363</sup> BELLOCQ (F.X), « Le risque systémique bancaire au Vietnam : Tendances récentes et évolutions possibles », op.cit., p. 4.

<sup>1364</sup> PANDOLFI (L.), *Une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam 1986-2000*, op.cit., p. 366.

<sup>1365</sup> L'Etat est le garant en dernier ressort pour les entreprises étatiques.

<sup>1366</sup> PHAM (V.TH.H), *Financement bancaire des PME, étude de cas du Vietnam*, Thèse op.cit., p. 197.

<sup>1367</sup> PANDOLFI (L.), *Une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam 1986-2000*, op.cit., p. 417.

<sup>1368</sup> Ibidem, p. 367.

*particuliers, préfèrent emprunter à des prêteurs privés<sup>1369</sup> pratiquant des taux d'intérêts plus élevés mais moins exigeant sur la destination des fonds.<sup>1370</sup>*

Pour s'intégrer dans le système de l'économie mondiale, il est nécessaire de *développer les dispositifs juridiques* qui encadrent de manière efficace la relation de crédit.<sup>1371</sup> *Il y a beaucoup de lacunes dans la loi bancaire, les nouveaux règlements sont parfois en contradiction avec ceux en vigueur, ce qui crée des difficultés pour les banquiers et les entreprises.<sup>1372</sup>* Pour améliorer le fonctionnement bancaire, le gouvernement a adopté le modèle chinois qui s'adosse à des banques étrangères pour améliorer le mode de gestion, pour acquérir des savoir-faire occidentaux. Cependant, la participation étrangère au capital bancaire vietnamien est encore limitée, *le relèvement, très attendu, des plafonds de prise de participation des entreprises étrangères dans le capital des banques vietnamiennes, n'est acquis que dans le cas des établissements bancaires vietnamiens qui se trouvent en grande difficulté (20% dans les autres cas, pour un investisseur stratégique, 30% pour l'ensemble des participations étrangères).*<sup>1373</sup> *Les banques ont en moyenne de faibles niveaux de capitalisation et les ressources du gouvernement pour injecter des fonds dans le système financier sont limitées.<sup>1374</sup>*

Le financement des projets *BOT* dépend en grande partie des emprunts financiers dans lesquels le taux d'intérêt déterminera le coût total. La dette bancaire est l'instrument financier le mieux adapté au financement des projets. Cependant, les prêts à long terme nécessitent la mise en place des dispositifs financiers qui permettent d'échanger *des financements à taux variable contre des financements à taux fixe, d'accords de garantie ou d'échanges de devises.*<sup>1375</sup> En effet, le financement des PPP est basé sur l'emprunt et sur les *fonds propres* dont disposent les investisseurs. Ce capital doit *porter sur une perspective à relativement long terme, étant entendu que les investisseurs ne pourront se retirer avant, par exemple, cinq ans ou plus.*<sup>1376</sup> Les fonds propres sont nécessaires pour les phases qui représentent des risques importants.

Au Vietnam, la réglementation concernant les *BOT* exige un dépôt de garantie d'exécution de la part de l'opérateur privé.<sup>1377</sup> Cependant aucune disposition ne traite

---

<sup>1369</sup> Mentionnons d'abord qu'il y a deux types de financement informel : le premier type ne prévoit pas de paiement d'intérêt, alors que le deuxième type comporte un taux d'intérêt très élevé, de 0,2 % à 0,5 % par jour. Le premier type de financement provient souvent des proches qui donnent leur soutien aux entrepreneurs. Le deuxième provient des amis, des connaissances ou des boutiques d'or. Voir PHAM (V.TH.H), *Financement bancaire des PME, étude de cas du Vietnam*, Thèse de la faculté des sciences de l'administration de l'Université de Laval, 2010, p. 204.

<sup>1370</sup> PANDOLFI (L.), *Une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam 1986-2000*, op.cit., p. 366.

<sup>1371</sup> BELLOCQ (F.X), « Le risque systémique bancaire au Vietnam : Tendances récentes et évolutions possibles », op.cit., p. 4.

<sup>1372</sup> PHAM (V.TH.H), *Financement bancaire des PME, étude de cas du Vietnam*, Thèse de la faculté des sciences de l'administration de l'Université de Laval, 2010, p. 180.

<sup>88</sup> Voir site : [http://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/VIETNAM\\_Les\\_investissements\\_directs\\_etrangers\\_cle091df4.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/VIETNAM_Les_investissements_directs_etrangers_cle091df4.pdf).

<sup>1374</sup> Selon les sources du BNP Parisbas, disponibles sur le site <http://economic-research.bnpparibas.com/html/fr-FR/Vietnam-bonne-trajectoire,25188> JANVIER 2015 consulté le 8/7/201 ;

<sup>1375</sup> DELMON (J.), *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures, guide pratique à l'intention des décideurs publics*, Banque mondiale, 2010, p. 26.

<sup>1376</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>1377</sup> Une garantie bancaire ou sous d'autres formes de l'ordre de 1% du capital investi est exigée pour les projets dont le montant total est supérieur à 94 millions US\$. Pour les projets qui se situent entre 4.5

les cas dans lesquels les parties pourraient actionner cette garantie ni la relation entre ces garanties et les cas d'indemnités contractuelles prévus dans le contrat. Des ratios fonds propres/dette sont fixés en fonction du montant global du projet et varient entre 10% et 30%. Cette rigidité limite les techniques d'usage de levier financier des entreprises parties au BOT. Dans l'objectif d'accélérer ces projets, la nouvelle réglementation a assoupli ces contraintes.<sup>1378</sup>

Les prêts internationaux sont limités en raison de la faiblesse du système bancaire au Vietnam. La situation du trésor public au Vietnam ne permet pas des emprunts massifs sur les marchés internationaux. Le système financier et bancaire vietnamien pose des problèmes de disponibilité des fonds nécessaires pour le financement privé des projets BOT au Vietnam. Les banques vietnamiennes ne peuvent pas offrir des services d'arrangement financier comme celles des pays développés. En effet, en défaut de ce canal de financement, les investisseurs doivent se retourner vers le marché financier pour chercher d'autres mécanismes.

### III) UN MARCHÉ BOURSIER EN EMERGENCE

Dans les projets d'investissements, le choix du mode de financement est en fonction de la durée. En effet, le financement obligataire est plus avantageux lorsque les projets ont une longue durée.<sup>1379</sup> Cependant, l'absence de marchés financiers profonds à l'appui d'un marché liquide d'instruments indexés<sup>1380</sup> est un handicap pour la mobilisation des fonds nécessaires aux investissements. En effet, les marchés obligataires permettent de transformer les créances en titres négociables sur le marché. Les titres sont ensuite cédés à un fonds commun créé pour l'occasion avec une société de gestion chargée de la gérer. L'établissement perçoit le prix de cession des créances en contrepartie de l'émission par le fonds de titres représentatifs de celles-ci. Ces titres deviennent des valeurs mobilières offertes aux investisseurs.<sup>1381</sup>

Au Vietnam, le marché boursier est dans une phase d'initiation. Le gouvernement a toujours privilégié les IDE par rapport aux investissements de portefeuille en raison de la faiblesse des marchés boursiers.<sup>1382</sup> Sur tout le territoire du pays, il existe un seul centre de transactions boursières, créé en 2001 à HCM ville.<sup>1383</sup> Le marché boursier vietnamien est vulnérable, malgré les intérêts que les investisseurs étrangers et vietnamiens manifestent à l'égard de ce secteur.

On a relevé plusieurs lacunes de ce système. En effet, l'échelle du marché de bourse est encore trop petite et les produits du marché sont trop modestes. Le taux d'intérêt ne reflète pas la balance de l'offre et de la demande, ainsi l'indice boursier est

---

millions US\$ et 94 millions US\$, la garantie légale est de 2%. Pour les projets inférieurs à 4.5 millions US\$, la garantie est fixée à 3%.

<sup>1378</sup> Voir Deuxième partie, titre 1, chapitre 1, section 1.

<sup>1379</sup> MARTY (F.), VOISIN (A.), TROSA (S.), *Les partenariats public privé*, La découverte, Paris, 2006, p. 50

<sup>1380</sup> HEYSEN (S.), « Dollarisation : le tout est de maîtriser des risques », *Finances & développement*, mars 2005, p. 44 et s. p. 44.

<sup>1381</sup> GUILLOU (Y.R.), « Les contrats publics de financement », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 677 et s. p. 692.

<sup>1382</sup> MAINGUY (C.), « L'impact des investissements directs étrangers sur les économies en développement », *Revue Région et Développement*, n°20, 2004, pp. 65 et s. p. 66. Voir NGANG (T.H.), « L'impact de la crise financière sur l'économie vietnamienne et les mesures du gouvernement vietnamien », in LE (V.) et MAZIER (J.) (Éds), *L'économie vietnamienne et la crise asiatique*, L'harmattan, Paris, 1999.

<sup>1383</sup> KINDA (T.), « Infrastructures et flux de capitaux privés vers les pays en développement », op.cit., p.539.

fluctuant et ne profite qu'aux spéculateurs. Par ailleurs, les entreprises vietnamiennes cotées sur le marché ne sont pas solides en raison de faibles capacités financières.<sup>1384</sup>

Pour des raisons politiques le gouvernement réglemente le taux de participation des capitaux étrangers dans les entreprises internes. Dans le secteur des assurances, le plafond de participation d'un investisseur stratégique au capital d'une société d'assurance vietnamienne est de 25% (49% pour l'ensemble des participations étrangères). Le plafond de participation étrangère au capital des sociétés cotées à la bourse du Vietnam est actuellement de 49%.<sup>1385</sup>

L'absence d'une législation claire pour établir un marché obligataire et un marché des valeurs mobilières est un obstacle pour la mobilisation des capitaux nécessaires aux projets d'investissement. En effet, la faiblesse du marché financier est un frein pour le financement des PPP au Vietnam. Il est difficile de mettre en œuvre une politique de développement dans le contexte de mondialisation, sans avoir un secteur financier solide. Cette condition est nécessaire pour favoriser les échanges entre les firmes (locales ou étrangères), entre leurs fournisseurs et leurs clients.<sup>1386</sup> Par ailleurs, le développement financier pourrait entraîner une hausse de l'investissement privé par une meilleure accessibilité des entreprises au financement.<sup>1387</sup> Ainsi, les instruments financiers permettent aux agents de partager les gains et les risques financiers à des degrés divers.<sup>1388</sup>

La confiance des investisseurs dépend de la cohérence de la réglementation et de l'efficacité des normes en matière de comptabilité. En matière de gestion publique, sans un système de compatibilité, il est difficile de vérifier l'utilisation des fonds publics.

## **Paragraphe 2) L'adaptation du système de comptabilité socialiste à l'économie de marché**

Les normes comptables traduisent les caractéristiques de l'économie notamment les relations entre les entreprises et les autres acteurs économiques.<sup>1389</sup> La transition vers l'économie de marché implique le changement de l'objectif du système de comptabilité (I) ainsi que le changement des concepts clés du système de comptabilité. (II)

### **I) LE CHANGEMENT DES OBJECTIFS DU SYSTEME DE COMPTABILITE**

L'une des réformes considérée comme prioritaire et de première importance dans le processus de transition vers l'économie de marché est le changement du système de

---

<sup>1384</sup> Financement des PME, p. 44.

<sup>99</sup>Voir site :

[http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/VIETNAM\\_-Les\\_investissements\\_directs\\_etrangers\\_cle091df4.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/VIETNAM_-Les_investissements_directs_etrangers_cle091df4.pdf).

<sup>1386</sup> KINDA (T.), « Infrastructures et flux de capitaux privés vers les pays en développement », *Revue économique*, vol. 59, n° 3, mai 2008, pp. 537 et s. p. 539.

<sup>1387</sup> GUILLOU (Y.R.), « Les contrats publics de financement », op.cit., p. 692.

<sup>1388</sup> CHANDRASEKHAR (C.P.), *Politiques financières*, op.cit., p. 56.

<sup>1389</sup> LE (N. T.), *Evolution des formes comptables en contexte de transition économique, le cas du Vietnam*, op.cit., p. 178.

comptabilité socialiste.<sup>1390</sup> En effet, l'économie de marché ne peut fonctionner de manière effective sans les pré-requis comptables adaptés. *La comptabilité communiste comprend trois sous-systèmes qui ont trois missions séparément définies mais sont interdépendants et complémentaires dans l'élaboration des agrégats macroéconomiques au service des autorités centrales : la comptabilité de l'entreprise, la comptabilité opérationnelle, la comptabilité statistique.* Cette dernière est la spécificité du système comptable communiste. *Il s'agit d'un ensemble de comptes tenus et mouvementés selon les règles adoptées pour le calcul des indices du Plan et établis de manière périodique à partir des soldes des comptes des deux autres systèmes comptables.*<sup>1391</sup>

La comptabilité dans les pays socialistes est dépourvue de contenu économique et n'a qu'un seul rôle, la préservation des ressources octroyées par l'État.<sup>1392</sup> L'information comptable est donc destinée exclusivement à l'État pour l'élaboration des plans prévisionnels<sup>1393</sup> et pour le contrôle des enveloppes budgétaires distribuées aux entreprises.<sup>1394</sup> En contrepartie de ces allocations de ressources, l'État impose des normes qui permettent de garantir le rapatriement total des revenus des entreprises étatiques vers le budget central.

L'ouverture à l'économie de marché implique le changement des relations entre les entreprises et l'État vietnamien. Après 1995,<sup>1395</sup> les entreprises étatiques deviennent des entités juridiques autonomes.<sup>1396</sup> En conséquence, pour le besoin de ses activités et de ses relations, l'entreprise doit tenir une comptabilité qui peut répondre aux besoins d'informations de la part autres acteurs économiques.<sup>1397</sup>

Dans le domaine du commerce extérieur, le fonctionnement de l'économie vietnamienne doit être compris par les partenaires commerciaux étrangers. La comptabilité est devenue, en conséquence, un instrument indispensable dans les relations d'affaires entre les autorités publiques et les institutions internationales financières, entre les entreprises et leurs partenaires étrangers.<sup>1398</sup> En conséquence, l'harmonisation des normes comptables vietnamienne et des pratiques de comptabilité internationale est un impératif pour le gouvernement.

En 1989, le cadre juridique de la comptabilité est réellement réformé avec l'ordonnance sur la comptabilité et les statistiques<sup>1399</sup> et le système unifié des

---

<sup>1390</sup> LE (N. T.), *Evolution des formes comptables en contexte de transition économique, le cas du Vietnam*, op.cit. p. 165.

<sup>1391</sup> MEYER (M. A.), « Introduction à la comptabilité d'entreprise en Union Soviétique » in *La Revue Française de Comptabilité*, pp. 93 et s.

<sup>1392</sup> LE (N. T.), « Liens entre comptabilité et système économique : la transition vietnamienne, La place de la dimension européenne dans la comptabilité », *Contrôle Audit*, Mai, 2009, Strasbourg, p. 110.

<sup>1393</sup> LE (N. T.), *Evolution des formes comptables en contexte de transition économique, le cas du Vietnam*, op.cit. p. 497.

<sup>1394</sup> LE (N. T.), *Liens entre comptabilité et système économique : la transition vietnamienne*, op.cit., p. 6

<sup>1395</sup> LE (N.T.), BOURMONT (M.), VIDAL (O.), *La perception des changements comptables par les acteurs : le cas du Vietnam*, Comptabilités, économie et société, 2011, Montpellier, disponible sur le site <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00650545>, consulté le 26 août 2015, p.6.

<sup>1396</sup> LE (N.T.), BOURMONT (M.), VIDAL (O.), *La perception des changements comptables par les acteurs : le cas du Vietnam*, Comptabilités, économie et société, 2011, Montpellier, disponible sur le site <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00650545>, consulté le 26 août 2015, p.6.

<sup>1397</sup> Ibidem, p.6.

<sup>1398</sup> Ibidem, p.7.

<sup>1399</sup> Ordonnance publiée le 20/5/1988, décret n° 26/HDBT du 18/3/1989 intitulé « règlements sur la fonction de chef comptable dans les compagnies étatiques ».

comptes.<sup>1400</sup> La nomenclature des comptes<sup>1401</sup> a été modifiée, en effet, de nouveaux comptes tels que les immobilisations incorporelles, les provisions ou encore les amortissements, sont créés pour répondre aux activités économiques de marché.

En 1995, pour répondre aux besoins des différents types d'entreprises qui sont créés<sup>1402</sup>, le Ministère des finances, dont dépend le département de normalisation comptable, est appelé à repenser la comptabilité d'entreprise.<sup>1403</sup> Ainsi, le régime de la comptabilité d'entreprise<sup>1404</sup> mis en place au Vietnam peut être comparé au Plan comptable général du système français, et peut être qualifié comme le début d'une comptabilité de type capitaliste.<sup>1405</sup>

En 2003, le système comptable vietnamien a franchi une nouvelle étape avec l'aboutissement de la réforme de la comptabilité d'entreprise. La nouveauté dans la loi sur la comptabilité est la prise en compte des standards comptables internationaux dans le système vietnamien notamment par création des normes « *Vietnamese Accounting Standards* » (VAS).<sup>1406</sup> La réforme du système comptable concrétise la volonté des dirigeants vietnamiens de s'aligner sur les pratiques internationales en matière de comptabilité d'entreprise.<sup>1407</sup>

## II) LE CHANGEMENT DES CONCEPTS CLES DU SYSTEME DE COMPTABILITE

Dans les discours politiques, le gouvernement évite de mentionner le terme capitaliste et préfère la notion « économie de marché ». Ce qui n'empêche pas cependant, d'intégrer le mode de fonctionnement capitaliste dans le système vietnamien. *L'un des axes de changement systémique dans la transition économique est la notion de capital dans le sens juridique, comptable et financier du terme.*<sup>1408</sup> Ainsi, les normes de comptabilité du système socialiste ne sont plus adaptées et nécessitent en conséquence une mise en conformité indispensable. Concrètement, des formats de présentations des rapports comptables, notamment le bilan et le compte de résultats, doivent être réformés.<sup>1409</sup>

*L'une des nouveautés dans le nouveau plan des comptes des pays en transition est la classe des comptes de capital.*<sup>1410</sup> En comptabilité socialiste, le compte de résultat de l'entreprise n'a pas la même fonction que le compte de résultat en comptabilité

---

<sup>1400</sup> LE (N. T.), *Liens entre comptabilité et système économique : la transition vietnamienne*, op.cit., p. 16.

<sup>1401</sup> LE (N. T.), *Evolution des formes comptables en contexte de transition économique, le cas du Vietnam*, op.cit. p. 195.

<sup>1402</sup> Des groupes entreprises étatiques, des petites et moyennes entreprises privées.

<sup>1403</sup> LE (N.T.), BOURMONT (M.), VIDAL (O.), *La perception des changements comptables par les acteurs : le cas du Vietnam*, op.cit., p. 5.

<sup>1404</sup> LE (N. T.), *Liens entre comptabilité et système économique : la transition vietnamienne*, op.cit., p. 16.

<sup>1405</sup> LE (N. T.), *Evolution des formes comptables en contexte de transition économique, le cas du Vietnam*, op.cit., p. 415.

<sup>1406</sup> Ibidem, p. 415.

<sup>1407</sup> Ibidem, p. 590.

<sup>1408</sup> LE (N. T.), *Liens entre comptabilité et système économique : la transition vietnamienne*, op.cit., p. 201.

<sup>1409</sup> *Le compte de résultat est un construit qui est l'enjeu d'une confrontation d'intérêts des différentes parties prenantes et qui a des conséquences tant sur la plan comptable que sur le plan social et économique. Il permet de mesurer l'impôt versé à l'Etat et aux collectivités publiques . Voir LE (N. T.), BOURMONT (M. de), VIDAL (O.), *La perception des changements comptables par les acteurs. Comptabilités, économie et société*, op.cit., p.6, 7.*

<sup>1410</sup> LE (N. T.), *Liens entre comptabilité et système économique : la transition vietnamienne*, op.cit., p. 201.

libérale. En effet, le résultat dans les entreprises socialistes est mesuré par des critères différents de ceux qui sont utilisés dans l'économie de marché. Dans le système de l'économie dirigée, l'entreprise est tenue de respecter les normes de consommations prescrites par l'Etat et de fournir les quantités de production prévues par le plan économique.<sup>1411</sup>

Le compte de résultat n'est pas une simple question de technique de calcul et présente des enjeux importants. En effet, à travers ce compte, se révèle la confrontation des intérêts des différentes parties concernées par l'activité de l'entreprise. Ainsi, le compte de résultat fournit des éléments pour calculer l'impôt, pour déterminer la répartition des profits.<sup>1412</sup> Dans le contexte de transition, *nous avons pu constater jusqu'ici que la notion de résultat est éloquentement révélatrice des rapports de forces entre l'Etat et les entreprises dans le processus de désétatisation.*<sup>1413</sup> Ainsi, les modifications de la comptabilité vietnamienne dans les années 90 sont liées à la *redéfinition de la politique financière de l'Etat vis-à-vis des entreprises étatiques.*<sup>1414</sup> Ces dernières bénéficient d'une autonomie financière pour développer leurs activités sur le marché. En contrepartie, l'Etat supprime les compensations des déficits des résultats. Le maintien du *mécanisme de versements mensuels du profit planifié de la part des entreprises étatiques au budget de l'Etat,*<sup>1415</sup> est un indice de la complexité du processus de séparation entre l'Etat et les entreprises publiques au Vietnam.<sup>1416</sup>

La transition vers l'économie de marché provoque d'autres changements en comptabilité, notamment en ce qui concerne les concepts de l'actif et du passif. Le concept de l'actif inclut les éléments qui sont nécessaires au processus de production, notamment les matières premières, les machines et autres inputs matériels... Le système socialiste ne cherche pas à évaluer les rentabilités des capitaux tandis que les fonds investis dans le système capitaliste exigent un retour sur investissements donc la nécessité de mesurer la rentabilité des fonds. En effet, le système socialiste préconise la stabilité, en conséquence les actifs sont enregistrés selon le coût d'acquisition. Seul le gouvernement peut décider une réévaluation de ces derniers.<sup>1417</sup> Par ailleurs, les entreprises dans les pays communistes ne peuvent faire l'objet de cessions, en conséquence, l'évaluation de l'actif n'est pas utile.

Le concept passif en comptabilité socialiste doit aussi être réadapté dans le contexte de l'économie de marché. En effet le passif au bilan *ne distingue pas les différentes ressources (ou éléments du patrimoine) mises à la disposition de l'entreprise en fonction de la nature de leur propriétaire.*<sup>1418</sup> La raison est que dans le système socialiste, la totalité des ressources est issue du budget étatique. Dans l'économie socialiste, *tout vient de l'Etat et la présentation répond à la logique des objectifs d'utilisation des ressources allouées, comme par exemple les investissements, la*

---

<sup>1411</sup> LE (N.T.), BOURMONT (M.), VIDAL (O.), *La perception des changements comptables par les acteurs*, op.cit. p.7.

<sup>1412</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>1413</sup> LE (N. T.), *Liens entre comptabilité et système économique : la transition vietnamienne*, op.cit., p. 25.

<sup>1414</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>1415</sup> Ces montants sont enregistrés dans le compte 711 : Contributions au budget de l'Etat.

<sup>1416</sup> LE (N. T.), *Liens entre comptabilité et système économique : la transition vietnamienne*, op.cit., p. 24.

<sup>1417</sup> JARUGA (A.), "Accounting in Poland", in D. Bailey (Ed.), in *Accounting in socialist countries*, 1988, First edition ed., Vol. Chapter 8, London and New York: Routledge, pp. 122 et s.

<sup>1418</sup> LE (N. T.), *Liens entre comptabilité et système économique : la transition vietnamienne*, op.cit., p. 201.

*production, ou les grands travaux.*<sup>1419</sup> Les réformes de la comptabilité<sup>1420</sup> vietnamienne ont révélé une transition réelle vers l'économie de marché. Dans le cadre de la mise en œuvre des PPP, l'étude des expériences des pays développés peut être utile pour les réformes du système financier au Vietnam.

## **SECTION 2) L'ANALYSE COMPAREE DE L'IMPACT DES PPP SUR LES FINANCES PUBLIQUES AU ROYAUME-UNI ET EN FRANCE**

Au Royaume-Uni, l'essor des PPP est dû en partie au caractère libéral de la politique anglaise. En effet, ce pays a été pionnier dans le domaine du capitalisme industriel au XVIIIème siècle,<sup>1421</sup> et du capitalisme financier du XIXème siècle.

La différence entre les projets de type *BOT* ou concession et les projets de type *PFI* ou Cdp est le mode de financement. Les premiers sont rémunérés par les usagers tandis que les seconds sont financés par budget public. Ce mécanisme permet la garantie des recettes et diminue en conséquence le risque commercial du projet.<sup>1422</sup> Ce mode de financement des actifs, a mis en exergue les conséquences du phénomène de la financiarisation des commandes publiques (Sous-section 1) et les défis de la comptabilisation des projets PPP (Sous-section 2).

### **Sous-section 1) Le phénomène de la financiarisation des commandes publiques**

Depuis les années 70, le budget étatique des pays développés a fonctionné avec une logique d'emprunt. Ainsi, l'Etat s'endette pour financer les dépenses de fonctionnement inéluctables aux dépens des investissements. Par ailleurs, en raison des contraintes imposées par le pacte budgétaire adopté en 2012 par la Communauté Européenne<sup>1423</sup>, les capacités de renouveler les investissements publics sont diminuées. Face à la rareté des budgets publics, les gouvernements britanniques ont trouvé une solution du programme PFI. *La mise en place d'une telle modalité de financement démontre l'impact grandissant du droit financier dans la sphère publique.*<sup>1424</sup>

---

<sup>1419</sup> LE (N.T.), BOURMONT (M.), VIDAL (O.), *La perception des changements comptables par les acteurs : le cas du Vietnam*, op.cit., p.7.

<sup>1420</sup> LE (N. T.), *Evolution des formes comptables en contexte de transition économique, le cas du Vietnam*, op.cit., p. 415.

<sup>1421</sup> Voir chapitre 1.

<sup>1422</sup> PISANI (C.) « Partenariat public-privé : l'environnement juridique », *RDI*, 2003, p. 501 et s.

<sup>1423</sup> *Le traité « sur la stabilité, la coordination et la gouvernance » de l'Union économique et monétaire adopté le 2 mars 2012 par 25 États membres établit la règle d'or de l'équilibre des budgets publics (un déficit limité à 0,5 % du PIB est prévu)*. Voir HERTZOG (R.), « Les ressources publiques sous tension : victimes ou causes de la crise des finances publiques ? », *Revue française d'administration publique*, 2012/4 n° 144, p. 915 et s. p. 919.

<sup>1424</sup> GUILLOU (Y.R.), « Les contrats publics de financement », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp.677 et s. p. 690.

En général, la financiarisation, *définie comme la construction de la mobilité/liquidité du capital*,<sup>1425</sup> est devenue la modalité privilégiée pour le financement de l'économie. Les innovations financières dans les projets PPP (Paragraphe 1) ont permis aux autorités publiques de doper les investissements onéreux. Cependant, l'avènement de la crise financière mondiale a changé la donne. En effet, les conséquences de la crise financière sur les engagements publics dans les projets PPP (Paragraphe 2) ont remis en question les intérêts de ce mode de financement.

## Paragraphe 1) Les innovations financières dans les projets de partenariat public-privé

Les montages des PPP sont caractérisés par la sophistication des opérations financières. En effet, la participation dynamique des acteurs financiers dans le montage des projets PPP (I) a fait évoluer le mode de gestion des commandes publiques. Les autorités publiques disposent en conséquence, d'un instrument dont la structure est basée sur une ingénierie financière sophistiquée (II).

### I) LA PARTICIPATION DYNAMIQUE DES ACTEURS FINANCIERS DANS LES PPP

Dans le contexte de la mondialisation, les investisseurs institutionnels (fonds de pensions, fonds de placement collectif, sociétés d'assurance, banques gérant des sociétés d'investissement...) cherchent des occasions de placement à grande échelle.<sup>1426</sup> Ainsi, le marché financier dynamique créé par un déversement massif des liquidités dégagees des fonds sur les marchés d'actifs, a permis à la Grande Bretagne de financer les projets PPP, d'autant plus que ce pays *bénéficie d'un système financier qui lui permet de drainer facilement l'épargne mondiale*.<sup>1427</sup>

Au Royaume-Uni, les PPP se sont développés grâce à un cadre financier qui fournit des instruments tels que les obligataires à long terme (*Senior unsecured*), les titrisations,<sup>1428</sup> les *Surety bonds* ou les lettres de crédits.<sup>1429</sup> Ainsi, une grande majorité des projets PPP britanniques a recours à ces instruments pour lever les fonds nécessaires. En conséquence, dans les projets PPP à grande échelle, les financements bancaires traditionnels sont relayés par des financements désintermédiés.<sup>1430</sup>

---

<sup>1425</sup>THEURILLAT (T.), « La ville négociée : entre financiarisation et durabilité », *Géographie, économie, société*, 2011/3 Vol. 13, p. 225 et s.

<sup>1426</sup>CHESNAIS (F.), «Le capital de placement : accumulation, internationalisation, effets économiques et politiques », in *La France mondialisée, racines sociales et politiques, configuration, conséquence*, édition La saxon Découverte, Paris, 2004, pp. 15 et s. p. 21.

<sup>1427</sup>SAUVIAT (C.), « Les fonds de pension et les fonds mutuels : acteurs majeurs de la finance mondialisée et du nouveau pouvoir actionnarial », op. cit., p. 108.

<sup>1428</sup> La titrisation est une technique qui permet de transformer des créances issues des PPP en produits financiers pour la levée des fonds. Voir IGD, *Partenariats public-privé : mode d'emploi juridique et approche économique*, La Documentation française, Paris, 2006, p. 239.

<sup>1429</sup>MARTY (F.), VOISIN (A.), « Financement public, financement privé : quel nouvel équilibre pour les investissements des Etats ? », in *Politiques et management public*, vol. 25, n° 3, 2007, « Public : nouvelles figures ? Nouvelles frontières ? », *Actes du seizième Colloque international Florence*, 15 et 16 mars 2007 organisé en collaboration avec l'Université Paris X (Laboratoires CEROS et CRDP) - Tome 1. pp. 19 et s. p. 31.

<sup>1430</sup> Les contrats dont le 'capital value' dépasse 200 millions de £. Voir MARTY (F.), SPINDLER (J.), « Bilan et perspectives des contrats de PFI britanniques (1992-2012), in *Gestion & Finances publiques*, 2013, 2013 (6 juin), pp.43 et s.,p. 48.

Sur le marché, les gestionnaires des *mutual fond* et des *hedges fond* concurrencent les opérateurs financiers traditionnels, notamment des banques ou des compagnies d'assurance. Ces agents ont imposé leur manière de fonctionnement, motivée par des anticipations de gains et par la réalisation de plus-value en capital à travers les placements financiers.<sup>1431</sup>

Les investisseurs ou prêteurs imposent des exigences et des normes propres au monde financier, notamment la logique de rentabilité. Dans ce contexte, *il n'est pas exagéré de parler de bouleversement de l'organisation de projet.*<sup>1432</sup> Le taux d'intérêt est en fonction de la note de crédit attribuée par les agences de notation financières. Ces dernières évaluent *la probabilité de défaut sur le remboursement de la dette*<sup>1433</sup> et détermine le coût des capitaux empruntés en fonction de ces évaluations.

Les acteurs financiers qui participent au montage des projets PPP, imposent des contraintes spécifiques. *En effet, au-delà de la stricte défense de leurs intérêts respectifs, les parties à un projet financé par recours à une dette bancaire ou obligataire levée par le partenaire privé de l'administration, doivent également intégrer les exigences des prêteurs si elles souhaitent que ces derniers acceptent de le financer.*<sup>1434</sup> A la phase de montage des projets, les banques examinent la fiabilité et la robustesse des projets avant d'accepter le financement.

Un des points négatifs dans la pratique des PFI/PPP au Royaume-Uni est la participation tardive des prêteurs dans le processus des PPP. En effet, les prêteurs peuvent soulever des négociations supplémentaires après la procédure de négociation sélective de l'autorité adjudicateur. En raison du temps consacré et de *l'engagement émotionnel ou du capital politique qui ont été investis*, il est difficile pour ce les parties d'abandonner les transactions, même lorsque les nouvelles exigences des financiers aboutissent à un résultat différent de ce qui a été prévu antérieurement avec les entrepreneurs.<sup>1435</sup>

Au Royaume-Uni, le partenaire financier participe de manière directe dans les accords. Ainsi, l'existence d'une convention tripartite permet aux acteurs financiers, par le biais des clauses de *step-in de se substituer au titulaire dans l'exécution du contrat en cas de défaillance de celui-ci.*<sup>1436</sup> Pour assurer leurs intérêts, les financiers exigent des droits spécifiques pendant l'exécution du contrat, *notamment lorsque le projet est en difficulté et que le partenaire privé n'est plus en mesure de rembourser la dette contractée pour le financement du projet.*<sup>1437</sup> Les prêteurs peuvent se substituer aux partenaires privés défaillants pour la continuité du projet, notamment *en cas de faute*

---

<sup>1431</sup> SAUVIAT (C.) « Les fonds de pension et les fonds mutuels : acteurs majeurs de la finance mondialisée et du nouveau pouvoir actionnarial », in *La finance mondialisée*, La découverte, Paris, 2004, pp. 99 et s., p. 109.

<sup>1432</sup> CAMPANAC (E.), "Evaluer les partenariats public-privé en Europe", op.cit.

<sup>1433</sup> MARTY (F.), SPINDLER (J.), « Bilan et perspectives des contrats de PFI britanniques (1992-2012) », op.cit., p. 50.

<sup>1434</sup> LEQUIEN (M.), CUCHE (P.), « La notion de « bancabilité » dans les opérations de financement privé d'équipements publics », *Droit Administratif*, n° 12, Décembre 2004, Etude 22.

<sup>1435</sup> BURNETT (M.), « Dix ans de PFI au Royaume-Uni », *Contrats publics*, n° 81, octobre 2008, pp. 93 et s., p. 95.

<sup>1436</sup> DEBOUZY (O.) « Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public », *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 319 et s.

<sup>1437</sup> LEQUIEN (M.), CUCHE (P.), « La notion de « bancabilité » dans les opérations de financement privé d'équipements publics », op.cit.

susceptible de justifier une résiliation du contrat principal.<sup>1438</sup> Dans les contrats standards PFI, cette clause est très développée.<sup>1439</sup>

A la différence des contrats PFI, dans les Cdp en France, les financiers n'interviennent pas dans la phase de l'élaboration des projets. Cependant, cela peut être utile pour l'élaboration de ces projets. Selon le professeur Braconnier, les banques *constituent un élément cardinal du dispositif, dans la mesure où la bancabilité du projet non seulement conditionne la conclusion finale du contrat mais forme également la matrice majeure de répartition des risques*. La relation tripartite permet *une meilleure appréhension et une simplification du montage juridique et financier nécessaire à la mise en œuvre et, le cas échéant, à la restructuration du projet envisagé*.<sup>1440</sup> Par rapport au modèle PPP français, l'ingénierie financière est une innovation majeure.

## II) UNE STRUCTURE BASEE SUR UNE INGENIERIE FINANCIERE SOPHISTIQUEE

La situation financière favorable a permis le développement des montages financiers à fort effet de levier.<sup>1441</sup> Cela consiste à privilégier les emprunts (*senior debt*)<sup>1442</sup> par rapport aux fonds propres<sup>1443</sup> dont les coûts sont plus onéreux. Les premiers sont prioritaires dans la cascade des services de la dette et aussi dans l'ordre des remboursements lors de la faillite. Cette garantie permet de diminuer les risques de non remboursement et en conséquence diminue le taux d'intérêt demandé par les créanciers. L'objectif est la minimisation du coût moyen pondéré du capital par une combinaison de différentes sources de financement envisageables.

La technique de modélisation des sources de capitaux permet de réduire les coûts financiers. Ainsi, la phase de construction à haut risque est financée par des fonds propres ou par des emprunts bancaires qui ont la même maturité à la durée de cette phase. Au terme de cette phase, de nouveaux emprunts, éventuellement obligataires à taux fixe, au besoin par l'intermédiaire d'un contrat d'échange de taux (*swap*) prendront le relais.<sup>1444</sup> L'importance des rentes financières augmente avec l'importance du montant global des projets PPP.<sup>1445</sup>

Le financement assuré par le partenaire privé est basé sur l'optimisation du couplage risque/rendement. Les risques assumés par les opérateurs sont évalués en termes de coût et en termes de probabilité de survenance. Le coût des risques est intégré

---

<sup>1438</sup> LEQUIEN (M.), CUCHE (P.), « La notion de « bancabilité » dans les opérations de financement privé d'équipements publics », op.cit.

<sup>1439</sup> TREASURY TASK FORCE, *Standardisation of PFI contracts Terms*, HMSO, London, 2003.

<sup>1440</sup> DIRNAR (C.), SOUFFIR (J.), « Approche contractuelle de la dimension financière du contrat de partenariat : un déconcertant ménage à trois », *Revue droit bancaire et financier*, mars-avril 2005, pp. 63 et s. p. 64.

<sup>1441</sup> Le ratio fonds propres/ montant total peut atteindre 10%.

<sup>1442</sup> Les banques peuvent coopérer pour ce projet.

<sup>1443</sup> Les fonds propres de la société de projet constituent le premier « coussin » amortisseur de risques, dans la mesure où ils sont les premiers touchés par une défaillance de la société de projet. La rémunération des fonds propres varie entre 10% et 14% en fonction de la nature du projet et des risques portés. Ces fonds propres peuvent être apportés par les partenaires industriels ou les partenaires financiers. Voir LYONNET DU MOUTIER (M.), *Financement sur projet et partenariat public privé*, EMS, 2006.

<sup>1444</sup> Contrats financiers par lesquels deux parties s'échangent des flux financiers en fonction d'un échéancier défini *ex ante*. Ces contrats peuvent porter sur des créances, sur des devises ou sur des taux.

<sup>1445</sup> COSSALTER (P.), *Les concessions et le principe de rentabilité limitée*, Intervention le 26/10/2006, ATOM, Groupe de travail « Service public, organisations et contrats », p. 25.

dans le prix du contrat global. Une allocation optimale des risques permet de diminuer les taux d'intérêt qui sont calculés en fonction des risques du projet.

Un risque majeur des projets est le risque de non remboursement des emprunts par les opérateurs privés. Ainsi, le calcul des primes de risques est basé sur la capacité de la société de projet à honorer les services de la dette à chaque échéance. En effet, la valeur essentielle qui détermine la 'bancabilité' du projet ne réside pas dans les actifs mais dans les recettes (*cash-flow*) qui constituent la source principale pour rembourser les emprunts. Le critère de bancabilité traduit *les exigences fondamentales posées par les prêteurs au financement d'un projet, à savoir une évaluation précise des risques du projet qu'ils financent et une répartition optimale de ces risques entre les parties.*<sup>1446</sup> Malgré l'absence de valeur juridique, la notion de bancabilité joue un rôle déterminant dans la structuration du projet, dans la détermination des termes des contrats *dans lesquels les investissements font l'objet d'un préfinancement privé.*<sup>1447</sup> *Le volume et les conditions de l'apport financier et surtout le taux d'intérêt exigé dépendront étroitement de cette évaluation.*<sup>1448</sup>

La structuration du montage financier est nécessaire pour optimiser les rentes financières. En effet, compte tenu de la longue durée des projets PPP, le recours à un seul emprunt pour la durée totale est quasiment impossible, d'autant plus que le montant du capital est important. En conséquence, la renégociation des prêts et le recours aux instruments financiers pour les transactions des dettes sont des pratiques courantes des projets PPP.

Les projets PFI/PPP au Royaume-Uni ont fait apparaître des résultats attractifs. *La rémunération des investisseurs varie entre 17% et 25% pour des projets d'équipements collectifs situés dans des pays considérés comme "sans risques politiques majeurs".*<sup>1449</sup> La logique financière est construite sur le « *rapport concurrentiel entre les possibilités d'utiliser les fonds* », ce qui implique une attirance des capitaux vers les marchés financiers les plus rentables.<sup>1450</sup> Ainsi, lorsque le contexte financier est altéré par la crise, les projets PPP sont devenus moins rentables pour les investisseurs.

## **Paragraphe 2) Les conséquences de la crise financière sur l'essor des projets PPP**

L'effet de levier qui constitue le mécanisme central dans les projets PPP est affecté par la crise financière dont la conséquence directe est une tendance *de levier inversé (deleveraging)*.<sup>1451</sup> En raison de la disparition des conditions favorables au

---

<sup>1446</sup> LEQUIEN (M.), CUCHE (P.), « La notion de « bancabilité » dans les opérations de financement privé d'équipements publics », op.cit.

<sup>1447</sup> Ibidem.

<sup>1448</sup> MARTY (F.) « L'évolution des conditions de financement des contrats de Partenariats public-privé : quels impacts de la crise financière », op.cit., p. 10.

<sup>1449</sup> SARMET (M.), « Le financement de projet appliqué aux équipements collectifs », *Colloque l'expérience française de financement privé des Equipements publics*, 2/6/1992, disponible sur le site [http : www2.URBANISME.EQUIPEMENT.GOUV.FR/CDU/DATAS/DOCS/OUVR18/PART4.HTM](http://www2.URBANISME.EQUIPEMENT.GOUV.FR/CDU/DATAS/DOCS/OUVR18/PART4.HTM)

<sup>1450</sup> DEFFONTAINES (G.), « L'évaluation des partenariats public-privé par les acteurs financiers : la commande publique à l'aune des critères de rentabilité financière », in CAMPAGNAC (E.), *Evaluer les partenariats public-privé en Europe*, Presses de l'Ecole nationale des Ponts et chaussées, Paris, 2009, pp. 287 et s., p. 294 .

<sup>1451</sup> MARTY (F.) « L'évolution des conditions de financement des contrats de Partenariats public-privé : quels impacts de la crise financière », op.cit., p. 16.

financement privé (I), l'intérêt des projets PPP semble nettement diminué. En conséquence, les autorités publiques sont obligées de renforcer les engagements publics (II) pour maintenir les projets en cours et pour relancer d'autres.

#### D) LA DISPARITION DES CONDITIONS FAVORABLES AUX FINANCEMENTS DES PPP

La période de l'essor des projets PPP correspond à la période de l'abondance financière sur le marché. *En grande partie du fait de la politique monétaire menée par la Réserve Fédérale américaine aux lendemains de l'éclatement de la Bulle Internet et des attentats du 11 septembre 2001, les liquidités étaient abondantes sur les marchés monétaires et les taux d'intérêts maintenus à un niveau très faible.*<sup>1452</sup>

Dans le contexte de crise financière et économique en 2008, les crédits sont plus rares et en conséquence plus onéreux.<sup>1453</sup> En effet, les banques sont obligées *de passer des provisions colossales pour compenser les pertes enregistrées par les organismes financiers.*<sup>1454</sup> Les dégradations brutales des bilans bancaires ont entraîné la vente des actifs les plus liquides, ce qui contribue à déstabiliser les marchés financiers.<sup>1455</sup> L'intervention des banques centrales au niveau européen ainsi que celles des gouvernements ont permis de rétablir un retour à des activités financières qui restent cependant altérées par rapport à la situation avant crise.

Les contraintes imposées par les règles prudentielles des accords de Bâle<sup>1456</sup> aux établissements de crédit ont fait augmenter le coût financier des emprunts. En conséquence, les projets PFI britanniques qui ont privilégié le recours aux marchés des titres dans le passé, doivent se tourner actuellement vers le financement bancaire. Les conditions de financement sont donc moins favorables que dans le passé, puisque les banques exigent des conditions plus strictes et plus onéreuses. Cependant, *la hausse des taux d'intérêts exigés par les investisseurs financiers est bien moins reliée à une élévation des risques intrinsèques du projet qu'au renchérissement des liquidités bancaires.*<sup>1457</sup> En effet, le nombre des banques actives en matière PPP a nettement diminué.<sup>1458</sup>

---

<sup>1452</sup> MARTY (F.), SPINDLER (J.), « Bilan et perspectives des contrats de PFI britanniques (1992-2012) », op.cit., p. 48.

<sup>1453</sup> Selon le National Audit Office (2010), le coût de la dette dans les PFI s'est accru de 20 à 33%. Voir BENSALID (J.), MARTY (F.), Pertinence et limites des partenariats public-privé : une analyse économique, Centre Cournot, 2013, disponible sur le site <http://www.centre-cournot.org/pertinence-et-limites-des-partenaires-publi-priv-une-analyse-economique?lang=fr>, consulté le 15/8/2015.

<sup>1454</sup> PLANE (M.), PUJALS (G.), « Les banques dans la crise », *Revue de l'OFCE*, 110, juillet 2009, pp.180 et s., p. 182.

<sup>1455</sup> Ibidem, p. 183.

<sup>1456</sup> MARTY (F.) « L'évolution des conditions de financement des contrats de Partenariats public-privé : quels impacts de la crise financière », op.cit., p. 16. Voir aussi, « Bâle III, six financements en danger », *L'Agefi*, 28 avril 2011 ; CARDONA (M.), 2011), *Bâle III et nouvelles règles prudentielles Processus du G20*, Banque de France, Sommet bancaire francophone 2011, Autorité de contrôle prudentiel, 4 mars, 2011 ; BEN JELLOUL (M.), *Réforme financière de Bâle III: chemin parcouru et enjeux futurs*, Centre d'analyse stratégique, La Note d'Analyse, n° 209, Janvier, 2011.

<sup>1457</sup> MARTY (F.) « L'évolution des conditions de financement des contrats de Partenariats public-privé : quels impacts de la crise financière », *Document de travail GREDEG*, n° 2013-42 oct, 2013, p.16 ; Voir HELLOWELL (M.), « PFI redux ? Assessing a new model for financing hospitals », *Health Policy*, forthcoming, 2013.

<sup>1458</sup> Réduction de 50% des banques actives en PPP en Europe, réduction de 50% de capacité des banques restantes. Voir BERGERE (F.), *Les conséquences de la crise financière sur le financement des PPP*, Séminaire sur les Partenariats public-privé, Beyrouth, 26 octobre 2011.

La diminution des échéances complique la viabilité financière des projets PPP à long terme et à risque.<sup>1459</sup> En effet, plus les aversions des risques sont fortes, plus les primes de risques demandées par les créanciers sont onéreuses. Dans ce contexte, la mise en œuvre des PPP est conditionnée par la capacité à trouver de nouvelles sources de financement à long terme pour compléter les crédits bancaires, pour refinancer les créances sur le secteur public, notamment par les *covered bonds*.

Le rétrécissement du marché obligataire est donc un obstacle pour le financement des PPP. En raison de la crise, les organismes de rehaussement de crédit (*mono line*) qui jouaient le rôle d'assureur pour les emprunts dans les projets PPP sont plus rares.<sup>1460</sup> Ces derniers ont permis de renforcer les crédits par le biais de l'amélioration des notations et de maintenir un « processus diligence » raisonnable.<sup>1461</sup> Dans le passé, les projets PPP comptaient sur les dispositifs de garantie de type *surety funds* et *performance bonds*. Il s'agit des obligations émises par des banques soutenant les sponsors et garantissant les remboursements de la dette de la société de projet en cas de retard de la phase de construction. Ce mécanisme a servi pour la couverture de 15% à 80% du risque lié à la pénalité en cas de retard et à l'éventuel manque à gagner.<sup>1462</sup> Dans le contexte de crise, ces dispositifs peuvent disparaître ou perdre leur efficacité.

Dans l'ensemble, les PPP sont devenus beaucoup moins attractif et peu d'accords sont conclus suite à l'assèchement des crédits bancaires. Certains projets sont annulés, d'autres ont recours à des modèles d'acquisition traditionnels.<sup>1463</sup> Les promoteurs de projets ont moins de financement pour la préparation à la candidature des projets PPP. La cession des parts de fonds propres des sociétés de projet en raison de la disparition du marché secondaire diminue la flexibilité du financement.<sup>1464</sup> *L'accroissement des pressions sur les résultats financiers du promoteur contribuera ainsi à éliminer la concurrence en provenance de nouveaux entrants ou sociétés qui considèrent les PPP seulement comme des possibilités de développement.*<sup>1465</sup>

Les projets PPP en cours sont aussi impactés par les conséquences de la crise. En effet, certains projets sont financés dans la phase de lancement, par des dettes à court terme. Ces dettes seront relayées par les crédits à des taux plus avantageux lorsque le projet est opérationnel. Cette structure est perturbée car les crédits sont plus onéreux et plus rares, et les opérateurs sont exposés au risque de ne pas pouvoir refinancer.<sup>1466</sup> Par ailleurs, en raison de la récession économique, les recettes prévues dans les projets de

---

<sup>1459</sup> JANCI (D.), « Pourquoi des politiques d'incitation à l'investissement de long terme ? », *Revue d'économie financière*, p. 155.

<sup>1460</sup> MARTY (F.) « L'évolution des conditions de financement des contrats de Partenariats public-privé : quels impacts de la crise financière », op.cit., p. 13.

<sup>1461</sup> DELMON (J.), « Partenariats public-privé dans les secteurs des infrastructures », *Guide pratique à l'intention des décideurs publics*, 2010, Banque mondiale, 2010, p. 127.

<sup>1462</sup> MARTY (F.) « L'évolution des conditions de financement des contrats de Partenariats public-privé : quels impacts de la crise financière », op.cit., p. 13.

<sup>1463</sup> Le projet d'extension en mer de la Principauté Monaco est annulé, le projet *Hartlepool NHS Foundation Trust* anglais initialement programmé comme une PFI fit l'objet d'un contrat de construction à prix forfaitaire pour 450 M€. Voir MARTY (F.) « L'évolution des conditions de financement des contrats de Partenariats public-privé : quels impacts de la crise financière », op.cit., p16.

<sup>1464</sup> MARTY (F.) « L'évolution des conditions de financement des contrats de Partenariats public-privé : quels impacts de la crise financière », op.cit., p.14.

<sup>1465</sup> DELMON (J.), « Partenariats public-privé dans les secteurs des infrastructures », op.cit., p. 127.

<sup>1466</sup> HALL (D.), « Une crise pour les partenariats public-privé ? *Unité de recherche internationale sur les services publics (PSIRU)*, Université de Greenwich, note 2 janvier 2009, disponible sur le site [www.psiru.org](http://www.psiru.org).

type concessions sont en baisse et sont devenues insuffisantes pour le remboursement des prêts. Ainsi, la baisse de la croissance économique enraye la logique du financement du remboursement des emprunts par les résultats dégagés de la croissance basée sur l'augmentation des dépenses.

En conséquence de la crise financière, les risques d'abandon des grands projets sont nombreux. Ainsi, dans les projets en cours, les opérateurs privés sont obligés d'augmenter des tarifs de service ou de demander des subventions étatiques.

Dans les PED et dans les pays émergents, les projets de type concessifs sont en diminution par rapport aux projets financés par les fonds publics.<sup>1467</sup> Le gouvernement de ces pays a dû assumer le risque de dernier recours dans les projets d'infrastructures pour permettre leur continuité. *Dans la mesure où il n'existe plus de mécanismes assurantiels sur le marché à même d'offrir une couverture financière, la personne publique et les sponsors doivent se partager les responsabilités pour faire face aux risques de refinancement dans le courant de l'exécution du contrat.*<sup>1468</sup>

## II) LE RENFORCEMENT DES ENGAGEMENTS PUBLICS DANS LES PPP

Avant la crise, le fait de privilégier la dette *senior* a permis de minimiser le coût moyen pondéré des capitaux dans les projets PPP. Ce mécanisme n'est plus applicable après la crise financière. En effet, en raison de l'aversion aux risques de la part des banques, le financement par emprunt a perdu les avantages principaux tels que la souplesse et le coût réduit. Cependant, *les pouvoirs publics ont entendu stimuler et faciliter, sur le plan financier, l'investissement et les travaux publics, eux-mêmes frappés par un ralentissement d'activité très marqué.*<sup>1469</sup> Dans ce contexte, la solution est de maintenir le modèle PPP quitte à augmenter le soutien public pour réduire les risques. En effet, la politique de relance par les investissements passe par *une participation financière de la personne publique aux montages financiers et par une prise en charge d'une part croissante des risques pour minimiser le risque de défaut sur le service de la dette.*<sup>1470</sup>

En France, le Cdp qui a été créé pour le financement privé des infrastructures publiques est devenu un instrument de finance en majorité par budget public.<sup>1471</sup> En effet, face au phénomène de la raréfaction du crédit, le gouvernement français doit réadapter les réglementations concernant le financement privé des contrats publics.<sup>1472</sup> Concrètement, le seuil d'acceptation des cessions Dailly est relevé à 80% des parts de financement et d'investissements des flux de remboursements.

Au Royaume-Uni, dans le nouveau modèle *PF2*,<sup>1473</sup> la structure financière est changée par rapport aux modèles PPP en cours. Ainsi, la part de la dette, notamment celle qui est d'origine bancaire dans le projet, est diminuée et remplacée par fonds de

---

<sup>1467</sup> MARTY (F.) « L'évolution des conditions de financement des contrats de Partenariats public-privé : quels impacts de la crise financière », op.cit., p. 16.

<sup>1468</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>1469</sup> MARTY (F.), SPINDLER (J.), « Bilan et perspectives des contrats de PFI britanniques (1992-2012) », op.cit., p. 51.

<sup>1470</sup> MARTY (F.) « L'évolution des conditions de financement des contrats de Partenariats public-privé : quels impacts de la crise financière », op.cit., p.19.

<sup>1471</sup> BRACONNIER (S.), NOGUELLOU (R.), « L'influence de la crise économique sur les marchés publics et contrats de partenariat », *RDI*, 2010, p. 24 et s.

<sup>1472</sup> Ibidem, p. 24 et s.

<sup>1473</sup> HM TREASURY, *A new approach to public private partnerships*, 2012, disponible sur le site [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/205112/pf2\\_infrastructure\\_new\\_approach\\_to\\_public\\_private\\_partnerships\\_051212.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/205112/pf2_infrastructure_new_approach_to_public_private_partnerships_051212.pdf), consulté le 20/8/2015.

pension.<sup>1474</sup> L'autorité publique peut financer une part des fonds propres<sup>1475</sup> ou autoriser la souscription de la dette de la société de projet, notamment lors des opérations de refinancement en cours du projet. Ces interventions permettent de renforcer le contrôle sur les rendements des capitaux investis dans ces sociétés.<sup>1476</sup>

Avant la crise, en raison d'opportunisme budgétaire, les personnes publiques ont une attitude incohérente dans le mécanisme d'allocation de risque. En effet, le transfert d'une part excessive de risques trop lourde au concessionnaire a abouti à une garantie publique importante.<sup>1477</sup> Il en résulte que l'administration doit assumer financièrement les risques transférés au secteur privé. Le contrat de PFI aboutit donc, dans de nombreux cas, à une fixation des prix payés par l'administration alignés sur une sorte de plafond destiné à garantir tous les risques assumés.<sup>1478</sup>

Dans le contexte post crise, la ré-internalisation une partie des risques au concédant public est indispensable pour le fonctionnement des PPP. En conséquence, les risques qui sont précédemment attribués au contractant privé doivent être assumés par les autorités publiques concédantes. Les mesures de plafonnement des risques transférés aux contractants privés ainsi que les limites des pénalités en cas de sous-performance sont intégrées dans les clauses des contrats PPP.<sup>1479</sup> Ces éléments ont un impact sur l'allocation des risques qui doit tenir compte de la diminution du levier financier.<sup>1480</sup>

L'intervention étatique a été indispensable pour limiter les dégâts de la crise financière. Les mécanismes de garanties sur le remboursement des dettes envers les banques ou de la garantie de ressource minimale pour l'opérateur privée semblent être une solution moins coûteuse pour le budget public.<sup>1481</sup> *Il en est par exemple ainsi de l'introduction par le Trésor britannique du Crédit Garantie Financement.*<sup>1482</sup> La garantie publique permet de mettre en place un autre type de crédit : celui qui est garanti par la personne publique contractante. La création de la *Treasury Infrastructure Finance Unit (TIFU)* facilite le bouclage financier des projets PPP.<sup>1483</sup> Cependant, ce type de garantie de paiement annule l'avantage de l'efficacité incitative des contrats PPP.<sup>1484</sup>

---

<sup>1474</sup> BENSAID (J.), MARTY (F.), Pertinence et limites des partenariats public-privé : une analyse économique, Centre Cournot, 2013, disponible sur le site <http://www.centre-cournot.org/pertinence-et-limites-des-partenariats-public-privé-une-analyse-economique?lang=fr>, p. 46. consulté le 15/08/2015.

<sup>1475</sup> Les autorités publiques britanniques ont accordé 10 milliard d'euros pour mobiliser les montants requis sur projets en PPP, ces fonds publics couvrent jusqu'à 80% de la dette privée senior. Voir MARTY (F.), SPINDLER (J.), « Bilan et perspectives des contrats de PFI britanniques (1992-2012) », op.cit., p. 31.

<sup>1476</sup> MARTY (F.) « L'évolution des conditions de financement des contrats de Partenariats public-privé : quels impacts de la crise financière », op.cit., p. 21.

<sup>1477</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>1478</sup> COSSALTER (P.), *Les concessions et le principe de rentabilité limitée*, op.cit., p. 24.

<sup>1479</sup> MARTY (F.), « L'évolution des conditions de financement des contrats de PPP », Chaire Economie des PPP DP N° 2014-08, septembre 2014, p. 26.

<sup>1480</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>1481</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>1482</sup> MARTY (F.), VOISIN (A.), « Financement public, financement privés : quel nouvel équilibre pour les investissements des Etats ? », in *Politiques et management public*, vol. 25, n° 3, 2007.

<sup>1483</sup> MARTY (F.) « L'évolution des conditions de financement des contrats de Partenariats public-privé : quels impacts de la crise financière », op.cit., p. 23.

<sup>1484</sup> Ibidem, p. 23.

En France, la Caisse de Dépôt et de Consignation<sup>1485</sup> joue le même rôle pour les contrats de partenariat. Cependant, les garanties accordées aux institutions financières peuvent s'avérer lourdes pour la dette publique.<sup>1486</sup> En effet, *recourir à l'octroi de garanties pour mobiliser un financement privé en particulier, peut exposer l'État à des risques importants qui s'accompagnent de coûts invisibles et souvent plus élevés que les financements publics classiques.*<sup>1487</sup>

La solution de recours aux finances et à des garanties publiques pour soutenir les projets PPP n'est pas cependant sans conséquences négatives. En premier lieu, cette solution augmente la dette publique. La charge financière de la dette constitue une « bombe à retardement »<sup>1488</sup> par ses coûts potentiels en cas de hausse des taux.<sup>1489</sup> Ensuite, il est nécessaire que les opérateurs privés demeurent suffisamment en risque pour que le contrat de PPP puisse permettre l'alignement des intérêts entre les différentes parties prenantes, alignement qui est la condition sine qua non de son efficacité.<sup>1490</sup> La gestion des finances publiques implique la mise en place d'un cadre comptable adapté, notamment pour le suivi des engagements publics dans les PPP.

## Sous-section 2) Les défis de la comptabilisation des PPP

L'expérience des projets PPP au Royaume-Uni et en France a souligné la nécessité d'un cadre comptable qui permet de déterminer le coût de revient des activités publiques.<sup>1491</sup> La question de la sincérité et de la régularité des comptes publics est essentielle non seulement pour la réussite des projets PPP mais aussi pour la suivie des comptes publics. En effet, la surveillance des dépenses permet d'éviter les conséquences négatives sur le budget public<sup>1492</sup> (Paragraphe 1). Cependant, la gestion des investissements publics est difficile puisque que la complexité de la comptabilisation des PPP (Paragraphe 2) n'a pas encore été maîtrisée par les autorités publiques.

---

<sup>1485</sup> *Le co-financement des fonds d'Épargne de la Caisse d'Épargne : 8 md d'euros sur 2009-2013. Les modalités de financement sont ajustables au stade de l'offre finale.* Voir BERGERE (F.), *L'expérience française : crise et financement des PPP*, MAPPP, Astana Economic Forum, 1-2 July, 2010, disponible sur le site <http://forum-astana.org/ru/history/ae2010/presentation/ppp/Bergere.ppt>, consulté le 24/4/2015.

<sup>1486</sup> *La définition du contrat de partenariat issue de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 (art. 14) n'exige plus que le titulaire du contrat prenne en charge l'intégralité du financement des ouvrages, équipements ou biens immatériels nécessaires au service public.* Voir BRACONNIER (S.) « Financement et passation des marchés publics et contrats de partenariat dans un contexte de crise économique », *RDI*, 2009.

<sup>1487</sup> ANGLES (B.), « Les partenariats public-privé, l'avenir du financement des infrastructures », *Revue d'économie financière*, n° 108, 2012/4, pp.221 et s., p. 225.

<sup>1488</sup> SUEUR (J.P.), PORTELLI (H.), *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?*, Rapport d'information, Commission des Lois du Sénat, n° 733, juillet 2014.

<sup>1489</sup> HERTZOG (R.), « Les ressources publiques sous tension : victimes ou causes de la crise des finances publiques ? », *Revue française d'administration publique*, 2012/4 n° 144, p. 915 et s., p. 919

<sup>1490</sup> BENSALD (J.), MARTY (F.), *Pertinence et limites des partenariats public-privé : une analyse économique*, Centre Cournot, op.cit., p. 67.

<sup>1491</sup> KIRAT (T.), MARTY (F.), « Système d'information comptable de l'Etat et contrôle de l'exécution des contrats publics », *Document de travail OFCE*, 14 avril 2009, p. 22.

<sup>1492</sup> IRWIN (T.), « Accounting for public-private partnership. How should government report guarantee and long-term purchase contracts? », *Document de Travail*, Banque Mondiale, August 2003.

## Paragraphe 1) Les conséquences négatives pour le budget public

En principe, les projets PPP sont sélectionnés en raison du critère de l'efficacité économique. Cependant, dans la pratique, les PPP sont parfois utilisés comme un recours opportuniste dans le cadre de la stratégie budgétaire (I). Les intérêts à court terme de cette politique ont des conséquences à long terme pour le budget public. En effet, l'engagement des fonds publics sans un suivi rigoureux pose le problème de la soutenabilité des comptes publics. (II)

### I) LE RECOURS OPPORTUNISTE DANS LE CADRE DE LA STRATEGIE BUDGETAIRE

Dans certains cas, les PPP sont soupçonnés de servir d'astuce budgétaire visant à contourner les règles de stabilité des finances publiques.<sup>1493</sup> En effet, *les 'astuces budgétaires' et le maquillage des bilans ne sont pas uniquement l'apanage des entreprises privées,*<sup>1494</sup> l'administration peut profiter de la technique consolidation hors bilan, pour masquer la réalité des finances publiques.

Au Royaume-Uni, 87% des PPP représentant 54% des investissements publics, sont déconsolidés dans les bilans publics et n'apparaissent pas dans les comptes publics. *Sur 591 contrats recensés sur la base de données du Trésor britannique en juillet 2007, plus de 500 d'entre eux ont fait l'objet d'un traitement comptable en hors bilan.*<sup>1495</sup> *Le cas des contrats de PFI britanniques est particulièrement pertinent pour analyser le recours aux contrats de PPP à l'aune d'éventuelles stratégies hors bilan visant à faire échapper certains investissements publics aux règles de discipline budgétaire.*<sup>1496</sup>

La décision de faire figurer les projets dans le bilan public varie selon les différentes approches adoptées par les organisations chargées de l'audit. Ainsi, la majorité des projets initiés par le gouvernement central concernant les prisons, les infrastructures routières est comptabilisée dans le bilan public. En revanche, les projets concernant les hôpitaux ainsi que les projets entrepris par les collectivités locales sont hors bilan.<sup>1497</sup> Les projets concernant les infrastructures déjà existantes et les projets dont le montant total est important sont souvent consolidés dans les comptes publics.<sup>1498</sup> Cependant, les engagements publics dans les PPP ne sont pas intégrés dans les comptes publics de manière systématique.<sup>1499</sup>

La comptabilisation hors bilans est une technique qui permet de présenter un budget annuel selon les exigences des règles du pacte de stabilité européen,<sup>1500</sup> ou des

<sup>1493</sup> KOEN (V.), VAN DEN NORD (P.) "Fiscal Gimmickry in Europe : one-Off Measures and Creative Accounting", OCDE, Economic Department Working Paper n° 417, February, 2005.

<sup>1494</sup> Voir LORENZI (J.H.), BOISSIEU (C.de), MISTRAL (J.), « Les normes comptables et le monde post-Enron », Paris, La Documentation Française, 2003.

<sup>1495</sup> CERRUTI (C.), « Bilan de la Private Finance Initiative au Royaume-Uni », *La revue du Trésor* Mars avril 2007, p. 222 et s. p. 223.

<sup>1496</sup> MARTY (F.) « Partenariats public-privé, règles de discipline budgétaire, comptabilité patrimoniale et stratégies de hors bilan », *Document de travail OFCE*, n° 2007-29 oct, 2007, p. 6.

<sup>1497</sup> YESCOMBE (E.R.), "Public-Private partnership principles of Policy and Finance", Elsevier, Oxford, 2007, p. 72.

<sup>1498</sup> MARTY (F.) « Partenariats public-privé, règles de discipline budgétaire, comptabilité patrimoniale et stratégies de hors bilan », op.cit., p. 40.

<sup>1499</sup> CERRUTI (C.), « Bilan de la Private Finance Initiative au Royaume-Uni », op.cit., p. 223.

<sup>1500</sup> KIRAT (T.), MARTY (F.), « Système d'information comptable de l'Etat et contrôle de l'exécution des contrats publics », op.cit., p. 26.

règles dite de *Golden Rule* au Royaume-Uni.<sup>1501</sup> Le système PFI procède à une analyse de risque de type quantitatif et une appréciation de type qualitative pour chaque contrat.<sup>1502</sup> En général, l'analyse quantitative est préférée à l'analyse qualitative qui est plus difficile à mettre en œuvre. Après la négociation pour l'allocation des risques, la partie qui est la plus exposée aux risques et qui est la plus intéressée aux flux de ressources additionnelles consolide l'actif à son bilan.<sup>1503</sup> Cependant, le critère adopté pour départager les risques ne donne pas un résultat fidèle à la réalité puisqu'il est basé sur le seuil de 50% de la globalité du risque. En effet, le résultat peut aboutir à une hypothèse absurde : lorsqu'une partie prend en charge 50,1% de risque, elle est censée consolider la totalité de l'actif.<sup>1504</sup>

La conséquence de cette méthode est la dérivation des stratégies publiques. Pour aboutir à la déconsolidation des PPP dans les comptes publics, les décideurs peuvent adopter une attitude discrétionnaire sur la quantification et l'allocation des risques.<sup>1505</sup> *L'objectif de déconsolidation peut en effet conduire à transférer au partenaire un niveau excessif de risque « qu'il n'accepterait d'assumer que dans des conditions plus onéreuses que ce qu'aurait pu prendre l'Etat à sa charge. »*<sup>1506</sup> En conséquence, le financement privé *représente un surcoût vis-à-vis du financement public.*<sup>1507</sup> Par ailleurs, une sous-estimation des risques peut faire subir par la collectivité publique le paiement des coûts importants qui *seront au bout du compte reportés sur le contribuable.*<sup>1508</sup> En conséquence, la pratique opportuniste peut aller à l'encontre de l'objectif de *Value for money* qui doit être la règle des projets PPP.

Les *PFI* sont critiqués au motif que leur usage ne permet pas de donner une vision fidèle des engagements financiers futurs de l'Etat.<sup>1509</sup> Le gouvernement britannique a pris des mesures pour limiter le phénomène des recours opportunistes,<sup>1510</sup> et renonce à la politique d'incitation au recours au PFI.<sup>1511</sup> Ainsi, la *Spending Review* engagée en 2010 conduisit d'ailleurs à supprimer les *PFI Credits* afin de créer les

---

<sup>1501</sup> Sur les règles concernant les disciplines budgétaires britanniques, voir MARTY (F.) « Partenariats public-privé, règles de discipline budgétaire, comptabilité patrimoniale et stratégies de hors bilan », op.cit., p. 12.

<sup>1502</sup> MARTY (F.), « Système d'information comptable de l'Etat et contrôle de l'exécution des contrats publics », op.cit., p. 20.

<sup>1503</sup> Voir ACCOUNTING STANDARD BOARD, *Financial Reporting Standard n° 5 – Reporting the Substance of Transaction*, Application Note, 1994.

<sup>1504</sup> L'IFRIC (*International Financial Reporting Interpretation Committee*), le Comité d'interprétation des reports financiers de l'IASB a listé les critères de consolidation de l'actif de la Société de projet. Voir IFRIC « *Consolidation-Special Purpose Entities, Standing Interpretation Committee (SIC)* », CD-Rom version of the bound volume of the IASB Standards, 1999.

<sup>1505</sup> DUPAS (N.), GAUBERT (A.), MARTY (F.), VOISIN (A.), « Les nouvelles règles de comptabilisation des partenariats public-privé », *Revue Lamy des Collectivités territoriales*, 2012, 75, janvier 2012, pp. 69 et s., p. 77.

<sup>1506</sup> FENOYL (E.de), « Timide avancée pour le contrat de partenariat, occasion manquée pour le partenariat public-privé », *AJDA*, 2008, pp. 1709 et s.

<sup>1507</sup> DUPAS (N.), GAUBERT (A.), MARTY (F.), VOISIN (A.), « Les nouvelles règles de comptabilisation des partenariats public-privé », op.cit., p. 72.

<sup>1508</sup> AKITOBİ (B.), HEMMING (R.), SCHWARTZ (G.), « Investissement public et partenariats public privé », dossier économique n° 40, FMI, 2007, p. 59.

<sup>1509</sup> CERRUTI (C.), « Bilan de la *Private Finance Initiative* au Royaume-Uni », op.cit., p. 223.

<sup>1510</sup> *Des propositions ont également été faites par l'Office for Budget Responsibility pour prévenir des recours opportunistes aux PFI de la part des départements ministériels.* Voir *House of Commons*, 2011.

<sup>1511</sup> L'octroi des subventions étatiques à des collectivités régionales au Royaume-Uni est soumis à la déconsolidation du projet dans les comptes publics. Voir MARTY (F.), « Partenariats public-privé, règles de discipline budgétaire, comptabilité patrimoniale et stratégies de hors bilan », op.cit., p. 41.

*conditions d'une concurrence non faussée entre les différents types de contrats.*<sup>1512</sup> L'obligation de démontrer la supériorité des *PFI en termes d'efficacité économique et notamment de transfert des risques*<sup>1513</sup> par rapport aux autres modèles est désormais appliquée en droit anglais, cette condition a été imposée au recours des Cdp français. Ainsi, ces derniers n'ont pas eu le même succès que les PFI/PPP au Royaume-Uni en raison des conditions strictes imposées par le droit français.<sup>1514</sup>

En France, le recours au Cdp est suspecté de *s'inscrire plus dans une logique d'optimisation budgétaire que dans une perspective de renforcement de l'efficacité des investissements publics.*<sup>1515</sup> L'enjeu du traitement comptable de ces contrats<sup>1516</sup> est de savoir si la dette publique est alourdie du montant des tranches d'investissement réalisées par le partenaire privé – lorsque le Cdp est « consolidant », ou que seuls les paiements annuels sont comptés dans les dépenses de l'Etat en cas de contrat « déconsolidant ». En effet, en inscrivant les contrats dans les annexes, hors bilan comptable, les autorités publiques concédantes ne révèlent pas la réalité des dettes publiques et ainsi dissimulent les risques budgétaires.<sup>1517</sup>

Le recours opportuniste aux PPP a des impacts négatifs sur l'action publique. En premier lieu, les gouvernements futurs doivent faire face à une charge financière constituée par les précédents, *du fait de la relative irréversibilité de la décision de s'engager dans une solution partenariale.*<sup>1518</sup> Ensuite, la conséquence de la technique opportuniste augmente les dépenses publiques et aboutit à une dérivation des stratégies publiques. En effet, *l'objectif de déconsolidation peut en effet conduire à transférer au partenaire un niveau excessif de risque qu'il n'accepterait d'assumer que dans des conditions plus onéreuses que ce qu'aurait pu prendre l'Etat à sa charge.*<sup>1519</sup>

En ce qui concerne les collectivités territoriales qui ont des besoins d'investissement lourd et qui sont des utilisatrices principales des contrats de partenariats,<sup>1520</sup> la stratégie des recours opportunistes aux PPP représente un risque financier important.<sup>1521</sup> Cet instrument a été utilisé comme une acquisition des

---

<sup>1512</sup> MARTY (F.), SPINDLER (J.), « Bilan et perspectives des contrats de PFI britanniques (1992-2012) », op.cit., p. 31.

<sup>1513</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>1514</sup> Cependant, pour favoriser le développement de ces contrats, le gouvernement a assoupli ces contraintes. Voir BRENET (F.), MELLERAY (F.), « La loi n° 2008-735 du 28 juillet relative aux contrats de partenariats : une étape décisive du « plan de stimulation du partenariat public privé ? », *RJEP*, nov. 2008, n° 658.

<sup>1515</sup> DUPAS (N.), GAUBERT (A.), MARTY (F.), VOISIN (A.), « Les nouvelles règles de comptabilisation des partenariats public-privé », op.cit., p. 69.

<sup>1516</sup> MARTY (F.), « Partenariats public-privé, règles de discipline budgétaire, comptabilité patrimoniale et stratégies de hors bilan », op.cit., p. 6

<sup>1517</sup> SCHWARTZ (G.), CORBACHO (A.), FUNKE (K.), *Public Investment and Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2008.

<sup>1518</sup> MARTY (F.), « Partenariats public-privé, règles de discipline budgétaire, comptabilité patrimoniale et stratégies de hors bilan », op.cit., p. 41.

<sup>1519</sup> FENOYL (E.de), « Timide avancée pour le contrat de partenariat, occasion manquée pour le partenariat public-privé », op.cit.

<sup>1520</sup> *Il apparaît que sur la période allant du 1er janvier 2004 au 31 décembre 2010, les collectivités locales furent à l'origine de 60% des 541 opérations concernant les contrats de partenariat et contrats assimilés.* Voir Centre d'Expertise pour l'Observation des Partenariats Public-Privé (CEF-O-PPP), (2011), *Le marché des contrats globaux, contrats de partenariat et assimilables*, rapport statistique semestriel, 9<sup>ème</sup> édition.

<sup>1521</sup> Voir MARTY (F.), TROSA (S.), VOISIN (A.), *Les Partenariats public privé*, op.cit.

infrastructures onéreuses à paiement différé,<sup>1522</sup> au-delà de la capacité réelle budgétaire et financière des collectivités territoriales, d'autant plus que les projets PPP des régions ne sont pas soumis à l'approbation de l'organisation Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP).<sup>1523</sup>

## II) LA SOUTENABILITE DES BUDGETS PUBLICS

La soutenabilité des dettes publiques est une condition incontournable de la réussite de projets PPP à long terme. La capacité de paiement public est déterminante pour le rating du gouvernement, et pour le coût financier de la dette publique. Le critère de soutenabilité des engagements (*affordability criterion*)<sup>1524</sup> permet de s'assurer que l'autorité publique qui s'engage dans un PPP sera en mesure de faire face aux engagements de paiements tout au long de la période contractuelle.<sup>1525</sup>

Le retour d'expérience des projets PFI a révélé l'importance des coûts cachés,<sup>1526</sup> qui a obligé à construire un nouveau bâtiment plus réduit par rapport à celui qu'il remplace.<sup>1527</sup> L'opacité des informations des PFI est un sujet critiqué par les opposants à ces projets. Selon eux, *tout est enveloppé dans un linceul de secret et de désinformation. On donne davantage d'information aux marchés financiers qu'au public, usagers et contribuables, qui in fine pourtant, garantissent leurs profits.*<sup>1528</sup> En effet, les engagements futurs ainsi que les garanties accordées par l'administration dans le cadre des PPP, ne sont pas figurés dans les budgets et comptes publics. En conséquence, les autorités publiques risquent d'ignorer *l'ampleur exacte de leurs engagements,*<sup>1529</sup> *sans même parler de détails concernant les garanties, implicites ou explicites, données par le gouvernement.*<sup>1530</sup>

En France, les coûts des PPP ne sont pas inscrits dans le montant de la dette étatique, en effet, les versements sont inscrits dans le budget de fonctionnement et non dans celui de l'investissement. Cependant, il est important que les détails des clauses

---

<sup>1522</sup> SUEUR (J.P.), PORTELLI (H.), *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?* op.cit., p.25.

<sup>1523</sup> Voir site <http://www.tresor.economie.gouv.fr/mission-dappui-aux-partenariats-public-privé>.

<sup>1524</sup> Par exemple, dans le cadre des règles en vigueur au Royaume-Uni, un projet de PPP est considéré comme soutenable si les flux de paiements qu'il induit respectent la contrainte budgétaire inter-temporelle de la personne publique. L'utilisation de ce critère pose cependant diverses difficultés. D'une part, l'*affordability* doit être évaluée sur l'ensemble de la durée du contrat, ce qui dépasse bien souvent l'horizon budgétaire. D'autre part, l'*affordability* ne doit pas être confondue avec le respect des règles de discipline budgétaire, qu'il s'agisse du Pacte de Stabilité et de Croissance pour les pays de la zone Euro ou de la *Golden Rule* pour le Royaume-Uni.

<sup>1525</sup> Le contrat de PFI de l'hôpital de Dartford et de Gravesham illustre le cas dans lequel les annuités dépassaient les capacités de paiements de l'organisme public. Voir National Audit Office, (1999), *The PFI Contract for the New Dartford and Gravesham Hospital*, House of Commons, n° 423, session 1998-1999.

<sup>1526</sup> GAFFNEY (D.), POLLOCK (A.M.), PRICE (D.), SHAOUL (J.), "PFI in the NHS – Is There an Economic Case", *British Medical Journal*, vol. 319, 1999, pp. 249 et s. ; "NHS Capital Expenditure And The Private Finance Initiative – Expansion or Contract, A policy in search of a Rationale", *British Medical Journal*, vol. 319, 1999, pp. 48 et s.

<sup>1527</sup> MILOT (J.P.), « Comment comprendre les comptes de l'Etat et à quoi peuvent-ils servir ? », *Revue Française finances publiques*, février 2006, n°93, pp. 11 et s., p. 20.

<sup>1528</sup> SHAOUL (J.), « L'expérience britannique des PFI et ses implications sur les dépenses publiques du secteur hospitalier au métro de Londres » in CAMPAGNAC (E.), (sous dir.), *Evaluer les partenariats public-privé en Europe*, Paris, Presses des écoles nationales des Ponts et chaussées, 2009, pp. 247 et s., p. 253.

<sup>1529</sup> SHAOUL (J.), « L'expérience britannique des PFI et ses implications sur les dépenses publiques du secteur hospitalier au métro de Londres », op.cit., p. 253.

<sup>1530</sup> Ibidem, p. 252.

des contrats telles que les garanties, les dispositions de partage de profits et les évènements déclenchant la renégociation des contrats<sup>1531</sup> soient figurés dans les annexes du bilan.<sup>1532</sup> En effet, les règles comptables ne prennent en compte les garanties publiques que lorsqu'elles sont activées. Cependant, il est nécessaire de prévoir des provisions concernant les garanties ou au moins évaluer leur probabilité de réalisation.

*La prise en compte des risques associés à chaque décision de gestion, peut être renforcée dès lors que le cadre comptable exige d'enregistrer des provisions et de présenter les éventuels engagements financiers souscrits.*<sup>1533</sup> Ces engagements ne sont pas neutres sur les comptes publics et ne devraient pas être basés sur l'espoir que le risque ne se réaliserait pas. Ainsi, l'absence de représentation des garanties, fausse la sincérité des comptes publics et peut générer des problèmes de nature macroéconomique. En effet, les garanties qui sont accumulées de manière inconsidérée, peuvent alourdir la dette publique. Ainsi, les techniques sophistiquées de gestion de la dette peuvent amener à « sous ou à sur dimensionner » le montant total des remboursements de dette par rapport à l'encours de la dette et à son profil d'extinction.<sup>1534</sup>

Selon le FMI, pour chaque projet de PPP, les documents budgétaires de l'Etat et les états financiers de fin d'année devraient fournir des informations sur les prévisions de paiement de service et de recette de l'Etat spécifiées dans les contrats de PPP pour les 20 à 30 ans à venir. Ces mesures permettent aux gouvernements d'avoir une perspective de l'ensemble des dettes engagées sur un long terme. Le suivi et la comptabilisation des dettes sont donc, incontournables dans la gestion des projets PPP. Les informations sur les engagements publics doivent permettre de garantir la sincérité et la régularité des comptes publics. Les comptes publics doivent fournir une image sincère et fidèle de la situation et de la performance financière pour éclairer la décision publique.<sup>1535</sup>

Le flou des règles de *comptabilité patrimoniale classique en matière de consolidations des contrats de services de longue durée, et notamment les montages de PPP*,<sup>1536</sup> est un obstacle pour le suivi financier des PPP dans les comptes publics. Ce problème est d'autant plus crucial que les normes comptables nationales doivent tenir compte des évolutions de la réglementation comptable au plan international.

---

<sup>1531</sup> AKITOBİ (B.), HEMMING (R.), SCHWARTZ (G.), « Investissement public et partenariats public privé », op.cit., p. 17.

<sup>1532</sup> Dans sa rédaction en vigueur, le 7° de l'article 54 de la LOLF prévoit la jonction au projet de loi de règlement du compte général de l'État. Celui-ci comprend « la balance générale des comptes, le compte de résultat, le bilan et ses annexes, et une évaluation des engagements hors bilan de l'État. Il est accompagné d'un rapport de présentation, qui indique notamment les changements des méthodes et des règles comptables appliqués au cours de l'exercice ». Désormais, le compte général de l'État comporterait aussi, parmi les annexes du bilan, une présentation « *du traitement comptable des opérations mentionnées au deuxième alinéa de l'article 8* » de la LOLF, à savoir des opérations conduites en PPP.

<sup>1533</sup> MARTY (F.), KIRAT (T.), « Règles de comptabilité publique, droit des marchés publics et management public : Réflexions sur les dimensions économiques et juridiques du contrôle de la dépense publique », *17ème conférence de la Society for the Advancement of Socio-Economics*, Budapest, 30 juin-2 juillet 2005, Réseau MATRICE (Management de l'Administration, Transformation des Règles de l'Information Comptable de l'Etat).

<sup>1534</sup> MILOT (J.P.), « Comment comprendre les comptes de l'Etat et à quoi peuvent-ils servir ? », op.cit., p. 20.

<sup>1535</sup> KIRAT (T.), MARTY (F.), « Les enjeux comptables et budgétaires des PPP », *Pouvoirs Locaux*, N° 74, III/2007, p. 59 et s., p. 60.

<sup>1536</sup> MARTY (F.), « Partenariats public-privé, règles de discipline budgétaire, comptabilité patrimoniale et stratégies de hors bilan », op.cit., p. 9.

## Paragraphe 2) La complexité de la comptabilisation des PPP

Il est difficile pour les autorités publiques d'élaborer des règles de comptabilité claires pour les PPP, en raison de la variété des sources de comptabilités (I) au niveau international et supra national. En effet, ces multiples sources ont abouti à une diversité des pratiques comptables des PPP (II). Dans le cadre de l'économie mondialisée, les références de la mutation du système français de comptabilité (III) sont des pistes de réflexions pour les réformes comptables au Vietnam.

### I) LES DIFFERENTES SOURCES DE COMPTABILITES

*Traversée par des tensions qui reflètent celles de la société, la normalisation comptable est à la fois le produit et le vecteur des forces prédominantes.*<sup>1537</sup> La financiarisation de l'économie mondiale a fait émerger de nouveaux besoins face auxquels les systèmes comptables traditionnels se trouvent dépassés.<sup>1538</sup> Ainsi, dans le contexte de *financiarisation de l'économie mondiale*,<sup>1539</sup> la normalisation comptable au niveau international, à l'instar du droit qui *peine à trouver une légitimité, laisse une place vacante en passe d'être occupée par des acteurs privés.*<sup>1540</sup> En effet, les solutions proposées venaient d'une organisation privée *l'International Accounting Standards Board (IASB)*<sup>1541</sup> qui a acquis depuis, une légitimité en raison du consensus accepté par les différents acteurs économiques. C'est ainsi que les normes de l'IASB, celles de *l'International Federation Accounting Committee (IFAC)*, sont appliquées par les autorités publiques et les opérateurs privés des pays de l'Union européenne, en parallèle avec celles du système comptable national. Par ailleurs, les Etats membres sont soumis aux normes *éditées par Eurostat, relatives à la comptabilisation des dettes et déficits publics.*<sup>1542</sup>

Les normes de l'IASB fournissent des solutions aux besoins des investisseurs boursiers qui cherchent à connaître la valeur économique des actifs et les résultats de la gestion publique,<sup>1543</sup> pour prendre des décisions économiques. Ces objectifs tranchent

---

<sup>1537</sup> CAPRON (M.), « Les enjeux de la mondialisation des normes comptables », *L'Économie politique* 2007/4 (n° 36), p. 81 et s., p. 118.

<sup>1538</sup> MULLER (Y.), *Enjeux de la normalisation comptable internationale : quand la régulation remplace la loi*, disponible sur le site : <http://convention-s.fr/notes/les-enjeux-de-la-normalisation-comptable-internationale-quand-la-regulation-remplace-la-loi/>, mis en ligne le 17/5/2013, consulté le 20/8/2015.

<sup>1539</sup> CAPRON (M.), « Les enjeux de la mondialisation des normes comptables », op.cit., p. 118.

<sup>1540</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>1541</sup> IASB a remplacé en 2001 l'International Accounting Standards Committee (IASC) créé en 1973 à Londres par des organisations comptables professionnelles de neuf pays développés. Institution privée sous domination anglo-saxonne, l'IASB dispose d'une gouvernance totalement indépendante des institutions publiques. Pour autant, elle s'est donné pour objectif de promouvoir ces normes dans le monde. Voir MULLER (Y.), *Les enjeux de la normalisation comptable internationale : quand la régulation remplace la loi*, op.cit.

<sup>1542</sup> Il est important de noter que le traitement comptable des PPP contractuels dans les comptes publics défini par Eurostat n'est pas fondé sur l'analyse de leur valeur ajoutée mais sur les principes permettant de fournir des données de dettes et de déficits homogènes entre les pays européens. Voir SALUSTRO (E.), GAUTIER (A.), VAN DE VYVER (P.), IGD, *Aspects économiques et comptables des investissements dans les PPP*, commission de réflexion, juin 2011, p.31.

<sup>1543</sup> MULLER (Y.), « Les enjeux de la révision du cadre conceptuel du normalisateur comptable international », op.cit., p.7.

avec la conception continentale de la comptabilité, plus juridique et patrimoniale, et réputée destinée à rendre des comptes<sup>1544</sup> à une diversité d'utilisateurs.<sup>1545</sup>

L'approche basée sur la « juste valeur » (*fair value*)<sup>1546</sup> des normes *IFRS* – qui a été au centre du débat sur la crise financière<sup>1547</sup> – n'a pas trouvé le consensus au sein de l'Union Européenne. En effet, la prédominance de cette approche entraîne en particulier un affaiblissement du sacro-saint principe de prudence<sup>1548</sup> appliqué dans les pays germano-latins. A travers le projet de révision du cadre conceptuel de l'information financière de l'*IASB*,<sup>1549</sup> il est évident de constater les choix politiques influencés par le modèle de comptabilité anglo-saxon.<sup>1550</sup>

Dans l'ensemble, l'harmonisation comptable est difficile non seulement en raison des divergences culturelles mais aussi en raison de la différence entre la comptabilité publique et la comptabilité privée. Dans les projets PPP, la comptabilisation des actifs du secteur privé applique les normes *IFRS*, en conséquence il est nécessaire de trouver une cohérence dans la comptabilité publique. Ainsi, le rapprochement des normes comptables internationales du secteur public, *IPSAS*<sup>1551</sup> a introduit une logique de résultat dans la gestion budgétaire des Etats. En conséquence, la comptabilité publique doit intégrer le principe de la sincérité des comptes,<sup>1552</sup> ainsi que les principes en matière de valorisation des actifs du système privé.

Les convergences des règles comptables publiques et privées soulèvent des controverses.<sup>1553</sup> En effet, les autorités publiques poursuivent des objectifs différents d'une entreprise privée et ont des spécificités non comparables avec cette dernière.<sup>1554</sup> Cette divergence est encore plus flagrante au niveau des collectivités locales. Selon Jean

---

<sup>1544</sup> CHANTIRI-CHAUDEMANCHE (R.), « Le cadre conceptuel américain (1978-1985) : un tournant dans la pensée comptable ? », *Normalisation comptable, Actualités et enjeux, Académie des sciences et techniques comptables et financières*, 2014, p.81 et s., spéc., p. 85.

<sup>1545</sup> MULLER (Y.), « Les enjeux de la révision du cadre conceptuel du normalisateur comptable international », op.cit., p.7.

<sup>1546</sup> La juste valeur est définie dans les normes de l'*IASB* comme le montant pour lequel un actif pourrait être échangé ou un passif éteint entre parties bien informées, consentantes et agissant dans des conditions de concurrence normale. Ainsi, la juste valeur peut être fondée soit sur les prix des marchés (dite *mark-to-market*), soit sur des valeurs modélisées (dite *mark-to-mode*) en l'absence d'un marché actif. Voir MULLER (Y.), « Les enjeux de la révision du cadre conceptuel du normalisateur comptable international », *Droit des sociétés*, janvier 2015, pp. 6 et s., p.7.

<sup>1547</sup> MULLER (Y.), « Les enjeux de la révision du cadre conceptuel du normalisateur comptable international », op.cit., p.6.

<sup>1548</sup> COLASSE (B.), « L'évolution récente du droit comptable », *L'actualité comptable 2004, Conférence organisée par l'Association Française de Comptabilité à l'ENS de Cachan*, Sep 2004, Cachan, France., p. 9.

<sup>1549</sup> Voir VERAN (N.), « Histoire et déboires possibles des normes comptables internationales », *L'économie politique* n° 36, oct. 2007.

<sup>1550</sup> MULLER (Y.), « Les enjeux de la révision du cadre conceptuel du normalisateur comptable international », op.cit., p.7.

<sup>1551</sup> Voir JOHAN (C.), BRECHT (R.), ROLLE (C.), « Les conséquences des *IPSAS* sur la réforme des systèmes d'information financière publique : étude comparative. », *Revue Internationale des Sciences Administratives* 3/2010 (Vol. 76), p. 563 et s.

<sup>1552</sup> Les normes *IFRS* introduisent dans la sphère publique des règles, initialement développée pour les groupes privés. Voir KIRAT (T.), MARTY (F.), « Système d'information comptable de l'Etat et contrôle de l'exécution des contrats publics », op.cit., p. 22.

<sup>1553</sup> MARTY (F.), « Partenariats public-privé, règles de discipline budgétaire, comptabilité patrimoniale et stratégies de hors bilan », op.cit., p. 18.

<sup>1554</sup> MARTY (F.), « Enjeux et risques de l'adoption d'une comptabilité patrimoniale dans la sphère publique », *Colloque : comptabilité unique, contrôle de gestion dans les services publics, changements et rapports sociaux*, Université de Provence, Marseille, 2006.

Arthuis : « *Même dans les pays anglo-saxons, la comptabilité publique locale n'a jamais été totalement alignée sur la comptabilité privée qui a dû être adaptée* ». <sup>1555</sup> En effet, l'équation comptable du secteur privé n'est pas transposable aux secteurs publics en raison de l'inexistence de fonds propres ainsi que l'absence des motivations fiscales dans le calcul des charges. <sup>1556</sup> Ainsi, sous l'influence des tendances d'intérêts qui évoluent dans le contexte de financiarisation en crise, l'encadrement comptable des PPP continue à évoluer tant au niveau national qu'au niveau international. <sup>1557</sup>

## II) LA DIVERSITE DES PRATIQUES DE COMPTABILISATION PPP

En raison de la complexité et de la diversité des modèles PPP, il n'existe pas de système de normalisation comptable spécifique aux engagements liés à ces modèles. Cependant, la financiarisation a fait émerger de nouvelles notions, notamment la propriété juridique de l'infrastructure, la répartition des risques, le contrôle économique des actifs. <sup>1558</sup> Ces derniers posent des problèmes de cohérence avec les principes du système comptable traditionnel. Il en résulte que les principes guidant les nouvelles modalités de reconnaissance comptable des engagements liés aux PPP sont en grande partie liés aux normes comptables internationales, lesquelles promeuvent en matière de consolidation des actifs des critères fondés sur la notion de « contrôle ». <sup>1559</sup>

Au Royaume-Uni, avant l'adoption des normes IFRS, les règles de comptabilité du modèle UK GAAP utilisent le critère de « risques et récompenses » pour l'inscription des actifs dans les comptes des opérateurs privés. Cette règle, utilisée notamment à l'origine pour les montages de crédit-bail, conduisait à consolider l'actif – et les dettes correspondantes – dans les comptes du contractant qui supportaient la plus grande part des risques liés à ce dernier ou qui bénéficieraient le plus des gains associés à ce dernier. <sup>1560</sup> Les risques clés sont ceux de la demande et la valeur résiduelle. <sup>1561</sup>

A partir de 2009, selon les recommandations « 2009-2010 Financial Reporting manual » de la HM Treasury, les actifs et les dettes qui sont sous contrôle public, ne sont pas comptabilisés par l'opérateur privé. Les britanniques eux-mêmes abandonnèrent dans le cadre de leurs directives comptables applicables aux organisations publiques le critère des risques et récompenses pour adopter celui du contrôle. <sup>1562</sup> Ainsi, différents modèles de comptabilisation pourraient être envisagés. <sup>1563</sup> Dans le modèle patrimonial, le contrôle du projet est alors assumé par le partenaire privé qui enregistre les actifs du projet à son bilan et l'amortit ; la personne publique enregistre dans ces comptes, uniquement les montants des paiements versés au

---

<sup>1555</sup> Table ronde n°3, « Jusqu'à où la comptabilité locale doit-elle s'intégrer dans la convergence des normes comptables ? », Colloque sur la comptabilité des collectivités locales organisé par la DGCP, du 21 septembre 2006. *La revue du Trésor*, n°2, février 2007, pp. 107 et s.

<sup>1556</sup> Table ronde n°3, « Jusqu'à où la comptabilité locale doit-elle s'intégrer dans la convergence des normes comptables ? », op.cit.

<sup>1557</sup> Ibidem.

<sup>1558</sup> SALUSTRO (E.), GAUTIER (A.), VAN DE VYVER (P.), IGD, *Aspects économiques et comptables des investissements dans les PPP*, op.cit., p.31.

<sup>1559</sup> DUPAS (N.), GAUBERT (A.), MARTY (F.), VOISIN (A.), « Les nouvelles règles de comptabilisation des partenariats public-privé », op.cit., p. 77

<sup>1560</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>1561</sup> IGD, *Aspects économiques et comptables des investissements dans les PPP, lisibilité, comparabilité*, juin 2011, p. 33.

<sup>1562</sup> DUPAS (N.), GAUBERT (A.), MARTY (F.), VOISIN (A.), « Les nouvelles règles de comptabilisation des partenariats public-privé », op.cit., p. 78.

<sup>1563</sup> DEGENNE (V.), « Un nouveau modèle comptable et fiscal pour une nouvelle forme de partenariat », *Cahiers de droit de l'entreprise* n°4, juillet-août 2006, p. 43 et s.

contractant privé. Le modèle de l'actif financier correspond à des PPP à paiement public à l'instar des projets PFI/PPP au Royaume-Uni. Selon ce processus, le partenaire privé enregistre la créance globale, qui serait réduite au fur et à mesure des paiements versés par l'autorité publique. En parallèle, ces paiements sont enregistrés en « immobilisation » à l'actif du compte public. Au fur et à mesure de l'avance de l'ouvrage, la dette de l'opérateur est enregistrée au passif de ce compte. Le modèle de l'actif corporel correspond à des PPP dans lequel le paiement est assumé par les usagers du projet.

*La comptabilité est le reflet d'une culture économique influencée par le droit, la fiscalité, la gouvernance, voire l'organisation économique de chaque pays.*<sup>1564</sup> Dans les pays de culture anglo-saxon, le modèle de comptabilité privilégie la performance tandis que, pour les pays de culture germano-latine, la stabilité et la fiabilité sont des qualités importantes du cadre de comptabilité. Les concepts de performance du système anglo-saxon, ont un impact majeur sur la normalisation comptable au niveau international. Pour cette raison, le Royaume-Uni a plus de facilité pour adapter son système comptable à la tendance mondiale, ce qui n'est pas le cas de la France.

### III) LES REFERENCES DE LA MUTATION DU SYSTEME FRANÇAIS DE COMPTABILITE

En France, les normes comptables concernant des PPP, sont en retard par rapport à l'évolution de la pratique. Il existe un décalage entre le mécanisme public pour le calcul des coûts et celui appliqué dans le secteur privé. Cependant, *la définition d'un coût complet sur les mêmes bases comptables que les firmes privées est une condition nécessaire pour la mise en concurrence des offres publiques et privées dans le cadre de contrats de partenariats.*<sup>1565</sup> Le guide comptable élaboré en 1975 pour les besoins des entreprises concessionnaires, n'est pas approuvé de manière officielle par les organisations comptables nationales. *En outre, le Comité d'interprétation des normes de comptabilité publiques ne rendit qu'un avis provisoire sur la question du traitement comptable des PPP en décembre 2007.*<sup>1566</sup>

En France, la comptabilité publique traditionnelle est une comptabilité de caisse, fondée sur une approche de régularité. L'objectif de ce système est de contrôler l'utilisation des deniers publics par rapports aux crédits budgétaires alloués par le Parlement.<sup>1567</sup> Ainsi, la comptabilité publique est directement liée aux normes budgétaires, son régime est soumis à une logique politique et administrative.<sup>1568</sup> Cependant, dans ce système, les gestionnaires ne disposent ni de vue globale sur l'ensemble des dépenses, notamment sur les engagements qui sont comptabilisés 'hors-

---

<sup>1564</sup> HAAS (J.), NECHELIS (D.), Les nouveaux enjeux de la comptabilité : du droit comptable à la régulation économique et financière, *Autorités des normes comptables*, juin 2013, disponible sur le site : [http://www.anc.gouv.fr/files/live/sites/anc/files/contributed/A\\_Rcherche/D\\_Etats%20generaux/2015/PP\\_SubstanceOverform\\_Y%20Muller%20VF.pdf](http://www.anc.gouv.fr/files/live/sites/anc/files/contributed/A_Rcherche/D_Etats%20generaux/2015/PP_SubstanceOverform_Y%20Muller%20VF.pdf), consulté le 2/12/2015.

<sup>1565</sup> MARTY (F.), VOISIN (A.), TROSA (S.), « Les enjeux liés à l'adoption d'une comptabilité patrimoniale par les administrations centrales », op.cit., p. 222 ; Voir TROSA (S.), MARTY (F.), VOISIN (A.), « La construction des méthodes de comparaison de coûts public-privé : les enseignements des expériences étrangères », *Politiques et Management Public*, volume 22, n°3, septembre, pp. 43 et s.

<sup>1566</sup> DUPAS (N.), GAUBERT (A.), MARTY (F.), VOISIN (A.), « Les nouvelles règles de comptabilisation des partenariats public-privé », op.cit., p. 73.

<sup>1567</sup> MARTY (F.), VOISIN (A.), TROSA (S.), « Les enjeux liés à l'adoption d'une comptabilité patrimoniale par les administrations centrales », *Revue Internationale des Sciences Administratives* 2006/2 (Vol. 72), pp. 213 et s., p. 221.

<sup>1568</sup> KIRAT (T.), MARTY (F.), « Système d'information comptable de l'Etat et contrôle de l'exécution des contrats publics », op.cit., p. 10.

bilan', ni de vue analytique qui leur est indispensable pour la maîtrise des coûts d'une activité déterminée. En conséquence, la gestion publique peut être régulière et cependant inefficace, en raison des dérives de coût et de délais non évalués.

La mise en place d'un système de comptabilité patrimoniale *s'avère en effet un corollaire indispensable à la mise en œuvre de contrats de partenariats qui se distinguent notamment par leur caractère global et pluriannuel.*<sup>1569</sup> En effet, dans le système de comptabilité de caisse, l'impact *des PPP était en grande partie occulté puisque seuls les flux de paiements annuels de la collectivité apparaissaient dans les comptes.*<sup>1570</sup> Ainsi, en 2006, une comptabilité patrimoniale fonctionne en *parallèle à une comptabilité budgétaire fondée sur une logique de flux.*<sup>1571</sup> *En ce sens, la France suit le précédent britannique du Resource Accounting and Budgeting Act de 1998, lequel a conduit à compter de l'exercice 2000-2001 à l'établissement d'une comptabilité patrimoniale au sein de la sphère publique.*<sup>1572</sup>

La comptabilité patrimoniale apporte deux grands changements au modèle classique. En premier lieu, l'avènement de la comptabilité patrimoniale ne signifie pas seulement des changements de techniques comptables mais aussi d'une philosophie de gestion publique différente. Il s'agit d'accorder plus d'autonomie de gestion à des responsables administratifs dans la gestion des projets. *Cette plus grande autonomie suppose un dispositif de contrôle a posteriori et une plus grande responsabilité des gestionnaires.*<sup>1573</sup> Ainsi, l'introduction du nouveau système a orienté la gestion publique vers l'approche de résultat.<sup>1574</sup> Ensuite, les informations comptables ne sont plus destinées uniquement aux Parlements qui sont des allocateurs de ressources via les crédits budgétaires,<sup>1575</sup> mais aussi aux investisseurs qui accordent des prêts, notamment dans le cadre des contrats de partenariat.<sup>1576</sup>

La comptabilité patrimoniale retrace l'ensemble des engagements publics, que ceux-ci se traduisent ou non par des flux de trésorerie dans le cadre de l'exercice considéré.<sup>1577</sup> Ces informations sont nécessaires pour détecter les *éventuelles difficultés budgétaires futures en termes de soutenabilité des engagements,*<sup>1578</sup> et permettent ainsi le suivi efficace du budget public.<sup>1579</sup> Cependant, le maintien de la comptabilité de

---

<sup>1569</sup> KIRAT (T.), MARTY (F.), « Système d'information comptable de l'Etat et contrôle de l'exécution des contrats publics », op.cit., p. 21.

<sup>1570</sup> MARTY (F.), VOISIN (A.), « La comptabilisation des contrats de Private Finance Initiative au Royaume-Uni », *Cahier de recherche GIREF*, n° 02-2009, ESG – UQAM, mars 2009

<sup>1571</sup> ARKWRIGHT (E.), BOISSIEUX (C.de), LORENZI (J.H.), SAMSON (J.), *Economie politique de la LOLF*, Rapport pour le Conseil de l'Analyse Economique, La Documentation française, Paris, avril, 2007.

<sup>1572</sup> MARTY (F.), « Partenariats public-privé, règles de discipline budgétaire, comptabilité patrimoniale et stratégies de hors bilan », op.cit., p.14.

<sup>1573</sup> MARTY (F.), VOISIN (A.), TROSA (S.), « Les enjeux liés à l'adoption d'une comptabilité patrimoniale par les administrations centrales », op.cit., p. 219.

<sup>1574</sup> Ibidem, p. 220.

<sup>1575</sup> MARTY (F.) « Partenariats public-privé, règles de discipline budgétaire, comptabilité patrimoniale et  
MARTY (F.), KIRAT (T.), « Règles de comptabilité publique, droit des marchés publics et management public : Réflexions sur les dimensions économiques et juridiques du contrôle de la dépense publique », 17<sup>ème</sup> conférence de la Society for the Advancement of Socio-Economics , Budapest, 30 juin-2 juillet 2005.

<sup>1576</sup> Ibidem.

<sup>1577</sup> MARTY (F.) « Partenariats public-privé, règles de discipline budgétaire, comptabilité patrimoniale et stratégies de hors bilan », op.cit., p.4.

<sup>1578</sup> Ibidem, p.14.

<sup>1579</sup> KIRAT (T.), MARTY (F.), « Système d'information comptable de l'Etat et contrôle de l'exécution des contrats publics », op.cit. , p. 21.

caisse est nécessaire, cette dernière demeure *un outil robuste et facilement accessible pour rendre compte en temps réel de l'exécution des autorisations parlementaires*.<sup>1580</sup>

La gestion des engagements à long terme, notamment dans le cas des Cdp, implique la mise en place des techniques budgétaires adaptées. Ainsi, le mécanisme des autorisations d'engagement (AE) est prévu pour le calcul de l'ensemble des dépenses d'investissement lors de la signature des PPP, la technique de l'autorisation de paiement (AP) permet de contrôler la possibilité d'honorer les engagements publics.

*Le partenariat public privé n'est ni un instrument juridique, ni un concept économique, ni une technique financière. C'est un choix politique qui consiste à associer dans la répartition des résultats – c'est-à-dire des risques – des personnes publiques et privées pour concevoir, réaliser, exploiter une ouvrage.*<sup>1581</sup> L'essor de ce processus a mis en évidence d'un côté l'influence des normes de comptabilité privée sur le système de comptable public, de l'autre côté, l'influence des managements privés sur la gestion publique.

---

<sup>1580</sup> MARTY (F.), VOISIN (A.), TROSA (S.), « Les enjeux liés à l'adoption d'une comptabilité patrimoniale par les administrations centrales », *Revue Internationale des Sciences Administratives* 2006/2 (Vol. 72), pp. 213 et s., p. 223.

<sup>1581</sup> PISANI (C.) « Partenariat public-privé : l'environnement juridique, op.cit.

## CHAPITRE II) LA PREDOMINANCE DU MANAGEMENT PRIVE DANS LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE

L'instrument de Partenariat public-privé lancé au Royaume-Uni fait partie des mesures de réformes du *New Management Public NPM*, en ce sens, ce processus est un facteur de modernisation de l'action administrative.<sup>1582</sup> L'attrait des PPP est l'avantage du gain d'efficacité apporté par l'expertise du partenaire privé. En effet, le surcoût du montage financier et contractuel est censé d'être compensé par la qualité du service, par la disposition de l'ouvrage. Ainsi, les *avantages du PPP ne sont pas seulement financiers, ce mécanisme permet l'accélération de la livraison, profiter de l'expertise du partenaire privé dans un domaine qui n'est pas de la compétence de l'Etat, optimiser les coûts et les qualités.*<sup>1583</sup>

Les besoins de la mondialisation ont modifié la gestion publique dans les pays occidentaux. *Il semble que la France rejoigne la plupart des pays européens dont certains, comme le Royaume-Uni, avaient réussi à développer une théorie de l'action publique explicitement destinée à conformer l'État nation aux besoins de la mondialisation et facilement exportable. Cette apparente convergence des préoccupations politiques ne doit pas cacher le fait que l'influence du New Public Management a été fort différente d'un pays à l'autre, réinterprétée à chaque fois en fonction des structures sociales et des enjeux de politique intérieure.*<sup>1584</sup>

Au Vietnam, le processus *BOT* et ses variantes sont, considérés uniquement comme des instruments d'investissement. En conséquence, l'aspect du financement monopolise tous les efforts des autorités publiques qui accordent peu d'importance à l'approche de management. Cependant, les lacunes institutionnelles au Vietnam (Section 1) ont été mises en évidence à la suite des échecs des projets *BOT* dans les années 80. Dans la perspective du développement des PPP, l'étude des modèles étrangers peut être utile aux gestionnaires publics vietnamiens. En effet, les références comparées des réformes de la gestion publique ont permis de cerner les intérêts du modèle français (Section 2) pour les réformes en cours au Vietnam.

### SECTION 1) LES LACUNES INSTITUTIONNELLES AU VIETNAM

La mise en œuvre des PPP nécessite de la part des autorités concédantes des compétences de gestion pour le pilotage et pour le suivi du projet. Il s'agit de prévoir et d'optimiser les coûts de maintenance et de l'exploitation. En effet, ces derniers ne sont pas toujours pris en compte dans les opérations traditionnelles d'achats publics.

---

<sup>1582</sup> TERNEYRE (P.), « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, pp.667 et s., p. 667.

<sup>1583</sup> MARTY (F.), *Les enjeux économiques et industriels liés au recours aux partenariats public-privé dans le domaine spatial, une application : le contrat de Privat finance Initiative britannique Skynet V*, disponible sur le site : [http:// halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/21/61/43/pdf/skynet\\_CNES\\_Toulouse.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/21/61/43/pdf/skynet_CNES_Toulouse.pdf) consulté le 20/1/2014.

<sup>1584</sup> ROUBAN (L.) et ZILLER (J.), « De la modernisation de l'administration à la réforme de l'État », *RFAP*, n° 75, juillet-septembre 1995, 345 et s.

Au Vietnam, la gestion publique est reléguée au second rang puisque le système administratif socialiste ne fait pas de distinction entre gouvernance et gestion et ne dispose pas de règles qui fixent *de manière claire et précise l'attribution des compétences au niveau de déconcentration*.<sup>1585</sup> La réussite des PPP nécessite une amélioration institutionnelle au Vietnam. En effet, le cadre rigide de l'organisation administrative (Sous-section 1) et l'environnement juridico-administratif inadapté aux projets *BOT* (Sous-section 2) sont des obstacles majeurs dans la mise en œuvre de ces projets.

## **Sous-section 1) Le cadre rigide de l'organisation administrative**

Les réformes institutionnelles doivent prendre en compte la tradition administrative du pays. Dans le cas du Vietnam, la tâche est difficile en raison de l'enchevêtrement de l'appareil étatique et de l'organisation politique (Paragraphe 1). En effet, les limites du modèle de l'organisation centralisée (Paragraphe 2) sont persistantes car les dirigeants vietnamiens sont réticents à tout changement qui risque d'affecter leurs pouvoirs.

### **Paragraphe 1) L'enchevêtrement de l'appareil étatique et de l'organisation politique**

Les autorités publiques vietnamiennes ont mené une politique paradoxale entre interventionnisme et libéralisation économique. Aux yeux du gouvernement, en défaut de levier macro-économique,<sup>1586</sup> le contrôle administratif de l'inflation est préférable au chaos économique et politique. Ainsi, les mesures autoritaires sont associées à celles qui sont destinées à l'ouverture à l'économie de marché.<sup>1587</sup> Le principe de centralisme démocratique (I) a été le fondement de l'unité nationale et doit être privilégié par rapport à tout autre objectif de réformes. Pour préserver cette unité, les réformes doivent être adoptées selon le principe de consensus des décisions politiques. (II)

#### **I) LE PRINCIPE DE CENTRALISME DEMOCRATIQUE**

Le mouvement *Dôi Mới* ne remet pas en cause, au contraire, il renforce le monopole du PCV dont l'organisation a des points communs avec celle du Parti Communiste chinois. Dans ce système, *l'omnipotence des comités du PC à chaque échelon, traduction sur le terrain du rôle dirigeant du parti, reste à la fois la pierre de touche et le talon d'Achille des institutions politico-administratives de la Chine*

---

<sup>1585</sup> DO (Q.S.), « Réforme de la gouvernance et de la gestion du système administratif », *Revue Communiste* n° 776, juin 2007.

<sup>1586</sup> VLADIMIR (A.) (dir.), *Analyses économiques de la transition postsocialiste*, Recherches, La Découverte, Paris, 2002, p.260.

<sup>1587</sup> L'ouverture à l'économie de marché fut précédée ou accompagnée de mesures propres à un régime totalitaire, qui permirent le succès ultérieur de l'économie de marché, notamment le contrôle strict des migrations internes, qui a empêché un exode rural massif, cause des bidonvilles à perte de vue autour des grandes villes que connaissent les pays d'Amérique latine.

*populaire*.<sup>1588</sup> Cette structure a permis de consolider le pouvoir politique dans ces deux pays.

La situation du Vietnam est cependant, très différente de celle de la Chine, les écarts au niveau géographique, historique<sup>1589</sup>, politique<sup>1590</sup> et économique, sont considérables. Par ailleurs, le Vietnam a toujours gardé une méfiance envers son puissant voisin<sup>1591</sup> et évite d'adopter le mimétisme chinois, notamment dans les domaines institutionnel ou juridique. Au Vietnam, l'idéologie communiste est moins stricte qu'en Chine, en raison de la tradition imprégnée de principes confucéens, et en raison des cultures villageoises. Ainsi, engagé plus faiblement dans le régime communiste, le Vietnam aborde plus facilement les réformes.<sup>1592</sup>

Le PCV est caractérisé par la relation spécifique qu'il entretient avec la population. La longue lutte pour l'indépendance du pays, sous la direction du PCV, a fait naître le modèle d'organisation « Parti-Etat » caractérisé par une fusion entre le Parti communiste et la nation.<sup>1593</sup> En effet, *le Parti n'est pas un monolithe autonome, mais est clairement ancré dans la société qui lui a donné naissance*<sup>1594</sup>. Selon le mécanisme de centralisme démocratique, la structure du PCV<sup>1595</sup> se reproduit dans le modèle de l'organisation du gouvernement. Cette *immixtion du Parti dans l'Etat a pour effet que le mode de décision dans le Parti s'impose à l'Etat*<sup>1596</sup> et permet au Parti de diriger l'orientation politique du pays.<sup>1597</sup> Cependant, l'interaction entre les organisations étatiques et le PCV n'est pas claire, en conséquence il est difficile de définir les rôles et les responsables de ces différentes institutions. Par ailleurs, *la frontière déjà pas facile entre la politique et l'administration est mouvante, bien que le*

---

<sup>1588</sup> CABESTAN (J.P.), *L'administration chinoise après Mao, les réformes de l'ère Deng Xiaoping et leurs limites*, op.cit., p. 463

<sup>1589</sup> *Deux différences historiques majeures entre la Chine et le Vietnam sont les effets du colonialisme français contre le « siècle d'humiliation » de la Chine et les styles de leadership de Mao Zedong et d'Ho Chi Minh*. Voir WOMACK (B.), « Moderniser le parti-État en Chine et au Vietnam », *Revue internationale de politique comparée*, 2011/1 Vol. 18, pp. 69 et s., p. 75.

<sup>1590</sup> En 1979, la Chine pouvait s'offrir de laisser la province de Guangdong aller « un pas en avant » dans la politique de réformes, parce que c'était une petite partie de l'économie nationale, et au-dessous de la moyenne. Le Vietnam ne pouvait pas prendre de risques similaires avec Ho Chi Minh-Ville. Voir TURLEY (W.), WOMACK (B.), « Asian Socialism's Open Doors: Guangzhou and Ho Chi Minh City », *China Journal*, n°40, 1998, p. 95 et s.

<sup>1591</sup> DELALANDE (P.), *Vietnam Dragon en puissance, facteurs politiques, économiques, sociaux*, op.cit., p. 44 et s.

<sup>1592</sup> Faiblesse de la planification centrale et des industries lourdes à grande échelle, extrême atomisation du secteur industriel et forte décentralisation de l'appareil administratif. Voir SACHS (J.D.), « Reforms in Eastern Europe and the Former Soviet Union in light of the East Asian experiences », *NBER Working Paper*, 5404, janvier 1996.

<sup>1593</sup> Voir DELALANDE (P.), *Vietnam Dragon en puissance, facteurs politiques, économiques, sociaux*, L'harmattan, Paris, 2007 ; MARANGE (C.), *Le communisme vietnamien*, Les presses de Sciences Po, Paris, 2012.

<sup>1594</sup> BERESFORD (M.), « Doi Moi in review: The challenges of building market socialism in Vietnam », *Journal of Contemporary Asia*, 38:2, pp. 221 et s., 2008.

<sup>1595</sup> Le comité central, le bureau politique et le secrétariat général sont identiques aux organisations de l'exécutif au niveau central.

<sup>1596</sup> DELALANDE (P.), *Vietnam Dragon en puissance, facteurs politiques, économiques, sociaux*, op.cit., p. 88.

<sup>1597</sup> BERESFORD (M.), « Doi Moi in review: The challenges of building market socialism in Vietnam », op.cit.

*parti détienne la haute main sur le pouvoir en raison de l'établissement de l'agenda et de prérogatives en matière de personnel.*<sup>1598</sup>

La séparation du Parti de l'Etat fait a été l'un des objectifs du Doi Moi. Cependant, le terme de séparation ne signifie pas un contre-pouvoir mais *plutôt de respecter les prérogatives de chacun. Le slogan représentatif de cette conception des relations entre institutions partisans et étatiques est : « le Parti guide, le peuple est maître, l'Etat administre » ( Đảng lãnh đạo, nhân dân làm chủ, nhà nước quản lý.)*<sup>1599</sup>

## II) LE PRINCIPE DE CONSENSUS DES DECISIONS POLITIQUES

La particularité du PCV est la *tradition continue de prendre des décisions par un processus d'expérimentation, de compromis et de consensus.*<sup>1600</sup> En effet, la décision collégiale, principe fondamental du PCV<sup>1601</sup>, a été un point fort du peuple vietnamien, marqué par le souci extrême de la souveraineté d'Etat. Dans le passé, après la disparition de Hồ Chí Minh, fondateur du PCV, les successeurs redoutent les fractions internes qui pourront affaiblir l'organisation.<sup>1602</sup> Ainsi, *pour éviter la constitution d'une minorité permanente qui pourrait devenir une amorce de multipartisme,*<sup>1603</sup> il est préférable de rallier les opinions de la plus grande majorité possible pour arriver à une entente, une harmonie qui *se conquiert patiemment en recherchant le consensus.*<sup>1604</sup> L'autorité du PCV n'est ainsi pas incarnée par une personne, elle est partagée dans un leadership collégial.<sup>1605</sup>

L'inconvénient de ce mode de fonctionnement est la lenteur des décisions qui peut mener à l'inertie. En effet, les grandes décisions importantes ainsi que les changements décisifs du pays sont discutés et décidés au sein du Bureau politique du PCV.<sup>1606</sup> Les réformes de la politique de l'ouverture à l'économie libérale dépendent

---

<sup>1598</sup> WOMACK (B.), « Moderniser le parti-État en Chine et au Vietnam », *Revue internationale politique comparée*, vol 18, 2011/1, pp. 69 et s., p. 73.

<sup>1599</sup> SALOMON (M.), « Les arcanes de la démocratie socialiste vietnamienne, Evolution des assemblées populaires et du système juridique depuis le lancement du Doi Moi », *Les Etudes du CERI*, n° 104, 2004, p.6.

<sup>1600</sup> BERESFORD (M.), "Doi Moi in review: The challenges of building market socialism in Vietnam", *op.cit.*

<sup>1601</sup> Une des valeurs définie par le fondateur du PC Ho Chi Minh est : « le Parti doit préserver avant tout son unité en assurant au niveau de sa direction, la collégialité, par le libre débat qui permet, seul, de trouver une solution de compromis ». Voir FERAY (P.R.), *Le Viêt-Nam*, P.U.F. « Que sais-je ? », 2001, p. 96. Voir KLEINEN (J.), « La comédie de l'État-parti. Le Viêt Nam depuis la réunification », *Raisons politiques*, 2001/3 no 3, p. 37 et s.

<sup>1602</sup> La préservation de la collégialité au bureau politique est une des quatre règles principales statutaires ou non écrites du Parti communiste vietnamien. Voir DELALANDE (P.), *Vietnam : Dragon en puissance, facteurs politiques, économiques, sociaux*, *op.cit.*, p. 94.

<sup>1603</sup> DELALANDE (P.), *Vietnam : Dragon en puissance, facteurs politiques, économiques, sociaux*, *op.cit.*, p. 88. Voir BERESFORD (M.), *Viet Nam. Politics, Economics and Society*, Londres et New York, Pinter Publishers, 1988.

<sup>1604</sup> DELALANDE (P.), *Vietnam : Dragon en puissance, facteurs politiques, économiques, sociaux*, *op.cit.*, p. 88.

<sup>1605</sup> SALOMON (M.), « Les arcanes de la démocratie socialiste vietnamienne, Evolution des assemblées populaires et du système juridique depuis le lancement du Doi Moi », *op.cit.*, p.10.

<sup>1606</sup> Cette organisation est présidée par le Secrétaire général, avec la participation des représentants du premier ministre, du président de l'Assemblée nationale, du président de la République Socialiste vietnamienne. Voir DELALANDE (P.), *Vietnam : Dragon en puissance, facteurs politiques, économiques, sociaux*, *op.cit.*, p. 88. Voir PARKER (S.), « Vietnam's Road to International Economic Integration with a Socialist Orientation : Are WTO Accession and Market Socialism Compatible? », in KORNAI (J.), QIAN (Y.), (Ed.), *Market and Socialism- In the Light of the Experiences of China and Vietnam*, Great Britain, IEA, 2009, pp. 199 et s.

des compromis trouvés entre les membres de ce gouvernement collégial. En effet, les membres du PCV préfèrent ajourner une décision si cette dernière ne réunit pas un quasi consensus au Comité central.<sup>1607</sup> Le mode d'avancement est l'apprentissage par la pratique et le changement graduel sans bouleversement radical.<sup>1608</sup> Ainsi, les changements se font par des expérimentations à petite échelle qui se suivent par des adaptations successives. En général, *le processus de réforme n'évolue pas selon un schéma d'ensemble mais apparaît comme le résultat basé sur le plus petit dénominateur obtenu d'un compromis et qui nécessite une adaptation constante.*<sup>1609</sup>

Les évolutions dans le secteur d'investissement illustrent ce mode de fonctionnement. En effet, depuis la première loi sur les investissements étrangers promulguée en 1987, il a fallu presque 20 ans de changements progressifs pour que le gouvernement reconnaisse officiellement une égalité de traitement entre investisseurs étrangers et nationaux.<sup>1610</sup>

La lenteur des réformes libérales peut être expliquée par la volonté du PCV de rallier l'adhésion de l'ensemble des membres et ainsi ménager les tendances conservatrices. Ce handicap est aggravé par l'inertie de l'organisation de pouvoir vertical qui engendre de nombreuses difficultés : toute la chaîne de commandement semble être organisée sur une base sectorielle. Il existe peu de communication entre les différents secteurs et la concertation entre entités territoriales voisines,<sup>1611</sup> est assez rare.

## **Paragraphe 2) Les limites de l'organisation centralisée**

Les régions jouent un rôle important dans le développement économique du Vietnam. Cependant, dans le contexte de libéralisation, la tutelle hiérarchique est inadaptée au dynamisme des régions. (I) La gestion centrale des projets *BOT* dans les régions (II) est une illustration de cette difficulté.

### **I) UNE TUTELLE HIERARCHIQUE INADAPTEE AU DYNAMISMES DES REGIONS**

Le système administratif vietnamien est basé sur une organisation hiérarchique pyramidale qui est complétée par une tutelle sectorielle. En effet, les grands ministères, notamment les ministères des Finances, de la Planification et des Investissements, de la Construction, du Transport ont leurs services déconcentrés au niveau des provinces.<sup>1612</sup> Cependant, le modèle bureaucratique, conçu à l'époque de la naissance du régime communiste vietnamien n'est plus adapté au contexte actuel. En effet, dans ce système, toutes décisions locales d'une certaine importance doivent passer par le circuit successif des niveaux hiérarchiques jusqu'à l'autorité centrale. La validation finale reprend,

---

<sup>1607</sup> DELALANDE (P.), « Vietnam : le régime de parti unique communiste peut-il durer ? », disponible sur le site <http://www.aafv.org/Vietnam-le-regime-de-parti-unique>, consulté le 22 novembre 2013.

<sup>1608</sup> LE (D.D.) « Market Economy with Socialistic Orientation : The Evolution in Vietnam », op.cit., p. 177.

<sup>1609</sup> DELALANDE (P.), *Vietnam Dragon en puissance, facteurs politiques, économiques, sociaux*, op.cit., p. 88.

<sup>1610</sup> Loi investissement 2005.

<sup>1611</sup> BAMPOKI (L.), DAGMEY (C.), *Décentralisation, pouvoirs locaux et société civile au VN*, ISTD, 2005.

<sup>1612</sup> AFD, « Les acteurs publics locaux au cœur du développement urbain vietnamien », *Focales*, 2010, p. 20.

ensuite, le même circuit pour revenir au niveau concerné. Il est difficile de booster l'économie sans réformer la lourdeur du carcan de ce système. Dans les domaines stratégiques, notamment dans celui de l'allocation budgétaire, de la nomination des fonctionnaires, des plannings économiques, la tutelle hiérarchique reste stricte. On a constaté, cependant le phénomène de changement par le mécanisme 'bottom-up' dans la pratique.

Le modèle bureaucratique au niveau central est reproduit au niveau local.<sup>1613</sup> Ainsi, les autorités locales sont censées représenter l'Etat et leurs missions consistent à mettre en œuvre les plans définis au niveau national.<sup>1614</sup> Cependant, dans la pratique, l'imbrication « Parti/ Etat » brouille le modèle hiérarchique, surtout lors des changements de la période de Dõi Mõi. En effet, les régions qui ont des potentiels économiques se sont dotés une autonomie « de fait », tolérés par l'autorité centrale. Ainsi, les impératifs du développement sont devenus des prétextes pour légitimer les compétences régionales.

Dans ce contexte, la relation entre le gouvernement et les régions est devenue un *jeu subtil dont la configuration diffère dans chaque province selon le poids politique respectif des partenaires*.<sup>1615</sup> Dans les grandes villes, notamment dans le cas de HCMV, le président du Comité Populaire, l'organe exécutif au niveau local, dispose *de facto* d'une autorité supérieure à celle des ministres. En effet, le statut de membre du PCV des dirigeants et la contribution économique de la ville sont des facteurs qui renforcent le pouvoir local.

Dans l'histoire du Vietnam, le pouvoir central n'a jamais pu éradiquer une autonomie locale qui survit dans l'interstice de la tutelle nationale. La légitimité du pouvoir réside dans la capacité d'assumer le développement économique et social du pays. En effet, lorsque le gouvernement central ne peut pas assumer les besoins du peuple, son autorité absolue se voit diminuée par rapport aux autorités locales. Ainsi, pendant les périodes de guerre, les régions sont devenues des entités autonomes sans jamais être détachées de l'unité nationale.

Les régions qui ont acquis un poids économique important se détachent de la tutelle stricte du gouvernement. En effet, ces dernières ne se contentent plus d'exécuter les ordres hiérarchiques et négocient la manière de réaliser les plans nationaux. Cependant, une grande majorité des autorités locales n'a ni les moyens matériels, ni les potentialités pour répondre aux besoins multiples et complexes du développement urbain.

L'ouverture à l'économie de marché s'appuie sur le dynamisme des régions. Ainsi, la loi de finances de 1998, révisée en 2002, accorde aux autorités locales davantage d'autonomie budgétaire. Les orientations de la nouvelle constitution 2013 tendent vers une décentralisation plus structurée avec une clarification des domaines de compétence des autorités locales. La prise en compte des spécificités territoriales, à savoir les zones urbaines, les zones rurales, les territoires des îles, les zones administratives économiques, est au centre de cette politique. Les structures administratives sont simplifiées avec la suppression des conseils populaires au niveau districts et des communes.

---

<sup>1613</sup> Voir chapitre 2 ci-dessus.

<sup>1614</sup> AFD, « Les acteurs publics locaux au cœur du développement urbain vietnamien », *Focales*, 2010, p. 18.

<sup>1615</sup> DELALANDE (P.), *Vietnam Dragon en puissance, facteurs politiques, économiques, sociaux*, op.cit., p. 89.

Les deux principales ressources fiscales des régions sont les taxes foncières et les investissements étrangers. Ces impôts sont reversés au budget central. A partir de 2004, les régions peuvent utiliser le surplus du quota officiel pour financer leurs propres projets sociaux.<sup>1616</sup> L'objectif social est cependant détourné au profit des spéculations économiques, notamment en matière foncière urbaine. Les provinces industrielles et urbaines se sont développées, aux dépens des régions rurales. *À titre d'exemple, en 2005, les deux provinces les plus industrialisées et urbanisées du Vietnam, soit Hanoi et Ho Chi Minh Ville, tiraient plus du quart de leur budget annuel sur la base du revenu des taxes autonomes. La même année, la médiane des autres provinces vietnamiennes était de 10 %.*<sup>1617</sup>

L'autonomie budgétaire à but social a produit des effets opposés aux objectifs en aggravant l'inégalité sociale des régions. Ainsi, les régions les plus riches disposent de ressources pour leurs propres œuvres sociales, tandis que les régions pauvres restent dépendantes des aides de l'Etat ou des organisations non gouvernementales. Il s'agit des régions qui sont au centre du Vietnam et dans les plateaux montagneux. Dans ces villes, les subventions étatiques avant le mouvement Dõi Mõi sont remplacées par les aides pour le développement économique. Cependant, en raison des limites du budget public et de la mauvaise gestion des fonds, ces aides sont inefficaces.

## II) LA GESTION CENTRALE DES PROJETS *BOT* DANS LES REGIONS

Dans le domaine des investissements, le contrôle administratif est strict, malgré une réclamation des régions pour davantage d'autonomie. Ainsi, pour être inscrit au planning national, le projet doit avoir la validation de toutes les organisations locales concernées.<sup>1618</sup> En premier lieu, le département des Plans et de l'investissement collecte les avis des autres administrations départementales. Ensuite, le projet sera soumis au Comité populaire qui le transmet au niveau central. Après un circuit de consultation au niveau des ministères, le dossier arrive enfin au cabinet du Premier ministre.<sup>1619</sup> Le circuit est souvent très long et risque d'être bloqué lorsqu'il existe des conflits d'intérêts entre les organisations. Pour faire face à l'essor du développement, le gouvernement est obligé de décentraliser la gestion des investissements. En effet, Ainsi, à partir de 2011, les autorités publiques régionales peuvent délivrer les autorisations d'investissement, compétence auparavant monopolisée par le Ministère du plan et de l'investissement.<sup>1620</sup>

La mise en œuvre des projets *BOT* est longue en raison de la lenteur des procédures de validation administrative.<sup>1621</sup> La procédure de sélection des partenaires ainsi que le contrat de préaccord doivent être validés par les ministères concernés lorsqu'il existe des éléments qui relèvent du domaine de leurs compétences. Le décret 78 a créé un Comité interbranche, composé de représentants du gouvernement et du pouvoir local, des experts techniques et juridiques, pour résoudre les problèmes

---

<sup>1616</sup> Jusqu'à la fin des années 1990, la redistribution des revenus de taxes entre les divers niveaux administratifs était caractérisée par un système unitaire déconcentré. RAO 2000.

<sup>1617</sup> LABBE (D.), MUSIL (C.), « L'extension des limites administratives de Hanoi : un exercice de recomposition territoriale en tension », *Cybergeo : European Journal of Geography* [Online], Regional and Urban Planning, document 546, disponible sur le site <http://cybergeo.revues.org/24179>, met en ligne 14/10/ 2011, consulté 30/7/2015.

<sup>1618</sup> Article 9.3 décret 108.

<sup>1619</sup> GEMDEV, ISTED, « Les consultants internationaux et leur rapports à l'ingénierie locale dans les infrastructures urbaines au Vietnam », *Rapport final*, janvier 2004, p.92, disponible sur le web : <http://www.gewdev.org/prud/rapport112.pdf>, consulté le 15/7/2014.

<sup>1620</sup> Article 24 du décret 108/2009/ND-CP le 27 novembre 2011 relatif aux investissements sous forme de BOT, BTO, BT, ce décret remplace le décret 78.

<sup>1621</sup> La gestion publique des projets BOT est définie dans le chapitre VIII du décret 108.

rencontrés dans des différentes étapes du projet.<sup>1622</sup> En général, tous les ministères participent aux projets *BOT*, depuis l'étape de planification des projets sélectionnés, de la sélection du partenaire, la discussion des sujets relatifs à leurs compétences...<sup>1623</sup> Par ailleurs, les autorités publiques régionales qui ont le monopole des décisions concernant le sol, doivent être consultées lorsque le projet est réalisé sur leur territoire.

La déconcentration au Vietnam est effectuée en fonction du critère de l'importance des enjeux. Ainsi les projets d'investissements sont classés selon les enjeux financiers et leur caractère stratégique. Les projets du groupe A sont les plus importants<sup>1624</sup> et doivent être autorisés par le Premier Ministre. Les ministres et les présidents des Comités populaires de province peuvent décider pour les projets classés en groupe B.<sup>1625</sup> Les projets du groupe C sont les moins importants<sup>1626</sup> et peuvent être validés par les directeurs du département de la Planification et de l'investissement (DPI),<sup>1627</sup> ou par le président du conseil d'administration des Entreprises étatiques.

Les projets *BOT* réalisés au niveau des régions ne sont ni efficaces, ni rentables. En effet, une majorité des projets n'est pas élaborée sur des bases sérieuses. Les projets *BOT* ont été utilisés pour des spéculations foncières. Ainsi, les autorités régionales valident les projets sans étude de faisabilité dans le seul but de réserver un terrain pour des projets ultérieurs. Au niveau national, en défaut du temps et de personnel, le contrôle parlementaire en fin d'année est limité à la vérification de la régularité du budget. Les spéculations foncières non maîtrisées dans les régions ont remis en cause le planning des investissements du gouvernement.<sup>1628</sup> En 2011, ce dernier a effectué une révision générale des projets d'investissements en cours dans l'objectif de supprimer ou d'interrompre ceux qui ne sont pas rentables ou qui s'éternisent sans perspectives de réalisation. Cependant, le gouvernement ne se donne pas les moyens suffisants pour réformer l'environnement juridique et institutionnel concernant les projets *BOT*.

## **SOUS-SECTION 2) UN CADRE JURIDICO ADMINISTRATIF DEFAVORABLE AUX *BOT***

L'efficacité du secteur public dépend des éléments tels que des institutions fonctionnelles, des organes de réglementations efficaces,<sup>1629</sup> mais surtout un cadre juridique solide. L'étude des projets *BOT* au Vietnam a mis en exergue les difficultés pour les parties d'établir une base de relation contractuelle à long terme. En effet, la politique de l'attraction des investisseurs ne peut être réalisée dans un environnement

---

<sup>1622</sup> Article 7.1.b du décret 78.

<sup>1623</sup> Chapitre XIII décret 108.

<sup>1624</sup> Les projets constructions de ponts, ports, aéroports, infrastructures ferroviaires, les routes nationales, au-delà de 600 milliards VND, ainsi que les BOT 'domestique », routes urbaines au-delà de 400 milliards VN Dong (VND) (décret 07/2003/ND-CP).

<sup>1625</sup> Les projets constructions de ponts, ports, aéroports, infrastructures ferroviaires, les routes nationales de 30 à 600 milliards VND, ainsi que les BOT 'domestique », routes urbaines de 20 à 400 milliards VND.

<sup>1626</sup> Les projets de constructions de ponts, ports, aéroports, infrastructures ferroviaires, les routes nationales, en dessous de 30 milliards VND, ainsi que les BOT 'domestique », routes urbaines en dessous de 20 milliards VND.

<sup>1627</sup> La gestion publique des projets BOT est définie dans le chapitre VIII du décret 108.

<sup>1628</sup> Directive du PM 09/2007/CT-Ttg du 06/04/2007.

<sup>1629</sup> SAMARATUNGE (R.) et al., « Les réformes du nouveau management public en Asie : comparaison entre plusieurs pays d'Asie du Sud et du Sud-Est, op.cit., p. 31.

juridique en évolution constante (Paragraphe 1), et un environnement institutionnel défaillant en matière de gestion. (Paragraphe 2)

## Paragraphe 1) Un environnement juridique en évolution constante

La mise en œuvre de manière progressive des réformes juridiques au Vietnam, a généré une instabilité des normes en matière *BOT*. (I) En effet, malgré les pressions exercées par les organisations internationales, les défaillances des procédures des appels d'offre (II) sont peu améliorées.

### I) L'INSTABILITE DES NORMES EN MATIERE BOT

Le particularisme des projets *BOT* est l'absence de régime juridique inhérent, ce qui laisse aux gouvernements d'hôte une large marge d'action pour l'intégrer dans le système national. Cependant, il est difficile d'élaborer un cadre juridique pour un processus que les juristes ont beaucoup de mal à cerner de manière précise. D'autant plus que le Vietnam ne dispose peu de doctrine et de raisonnement juridique, notamment en matière économique.

Cette situation explique les lacunes de l'environnement juridique des processus *BOT* au Vietnam. En effet, l'introduction du processus *BOT* depuis les années 90 n'a toujours pas atteint la maturité souhaitée par les acteurs économiques. En effet, le cadre législatif concernant le processus *BOT* est composé d'une série de textes qui complètent au fur et à mesure le vide juridique existant. Ainsi, il existe une réglementation principale créée spécifiquement pour l'autorisation du *BOT* et des normes éparses concernant les autres aspects du projet. Cependant, la fluctuation et la dispersion des textes normatifs sont des obstacles majeurs à l'application du droit.

En 1992, les législateurs vietnamiens ont créé le contrat *BOT*, une nouvelle forme d'investissement dans la loi relative à l'investissement étranger. Cet événement souligne la volonté des autorités publiques vietnamiennes de s'ouvrir aux investisseurs étrangers. Le décret n°18-Cp du 16 avril 1993 précise les domaines d'infrastructures ouverts aux investissements *BOT*.<sup>1630</sup> Ces textes sommaires définissent le *BOT* comme *un projet d'infrastructure dont les sources de financement émanent d'un investisseur étranger* et ne précisent pas des mesures concernant la mise en œuvre.<sup>1631</sup> Dans les textes initiaux, seuls quelques domaines sont ouverts au processus *BOT*, l'élargissement de ces domaines a été effectué sous la pression des acteurs économiques, notamment des bailleurs de fonds.<sup>1632</sup>

En 1998, le modèle *BOT* s'est enrichi de deux variantes : *BTO (Build, transfert, Operate)* et *BT (Build, transfert)* et s'ouvrent aux participations des entreprises domestiques.<sup>1633</sup> Le décret 62 est plus précis sur les éléments techniques et améliore la phase de préparation de projet. En effet, l'autorité publique doit établir un avant-projet pour procéder au lancement de la procédure de l'avis aux appels d'offres. Cependant, la

---

<sup>1630</sup> La circulaire n° 333 UB : LXT sur le BOT, 28 février 1994, « guide d'application du décret 87/CP le Comité d'Etat pour la Coopération et les investissements (CECI) » a créé le Comité d'Etat pour la Coopération et les investissements .

<sup>1631</sup> Selon l'article 3 du décret 78, il s'agit des infrastructures routières, ferroviaires, port et aéroports, des réseaux de fourniture d'eau et d'énergie, de sanitaire urbain.

<sup>1632</sup> L'article 4 du décret 108.

<sup>1633</sup> Le décret 77/CP le 18/06/1997.

loi oblige le candidat sélectionné de rembourser au gouvernement le coût de cette tâche. Les formalités de demande de licence s'alourdissent pour les investisseurs qui ont l'obligation supplémentaire d'effectuer une évaluation de faisabilité du projet.

Le Vietnam est officiellement membre de l'OMC depuis janvier 2007. Le décret 78 élaboré suite à cet évènement, marque une grande différence par rapport aux textes précédents.<sup>1634</sup> En effet, les obligations internationales pèsent sur les réglementations relatives à la relation avec les investisseurs étrangers. Ainsi, les exigences en matière de transparence et de non-discrimination doivent être prises en compte dans le système juridique vietnamien.<sup>1635</sup> Sous la pression internationale, on a remarqué le caractère plus exhaustif des textes normatifs qui ont été plus élaborés, cependant le contrôle étatique reste présent, notamment en ce qui concerne le ratio de fonds propres obligatoire, le dépôt de garantie d'exécution de la société *BOT*...

Avec le décret 108/2009/ND-CP, l'autorité concédante doit préparer le projet préliminaire ou l'évaluation préalable pour servir de base de négociation.<sup>1636</sup> Ce processus est obligatoire pour obtenir la validation du projet par l'autorité hiérarchique.<sup>1637</sup> Par ailleurs, pour améliorer les délais, le gouvernement a supprimé l'obligation de consultation des organisations administratives concernées par le projet.

En 2010, le gouvernement a lancé un programme pilote concernant des investissements sous forme de PPP,<sup>1638</sup> dans les domaines dont les besoins sont urgents. Comparées au système juridique lacunaire antérieur, ces mesures peuvent être considérées comme un grand progrès. Les termes PPP, utilisés pour la première fois dans les réglementations concernant les projets *BOT*, marquent une détermination politique vis-à-vis des PPP qui seront appliqués non seulement pour la construction des infrastructures mais aussi pour la fourniture des services publics. Les textes sont concis et adoptent un esprit de souplesse, pour accompagner la politique d'extension des recours aux PPP. Ainsi, les projets qui contribuent au développement économique, à l'innovation, à l'amélioration de la gestion publique, les projets dont le service peut être payé par les consommateurs sont encouragés par le gouvernement.

Le programme pilote mis en place pour 3 ans, a abouti ensuite à des normes officielles<sup>1639</sup> qui remplacent les textes précédents dans le domaine.<sup>1640</sup> La nouvelle réglementation concernant les PPP met en œuvre le plan de développement socio-économique<sup>1641</sup> et accorde la priorité aux projets qui répondent aux objectifs de transfert technologique, du développement du savoir faire en matière de gestion, de la fourniture des services publics. Cependant, le gouvernement recherche en priorité les projets commercialement rentables dans lesquels, le financement repose sur le paiement des usagers. En effet, la rareté des budgets publics reste le problème le plus difficile à résoudre.

---

<sup>1634</sup> Le décret 77/CP le 18/06/1997, le décret 62/1998/ND-CP le 15/08/1998, le décret 02/1999/ND-CP le 27/01/1999.

<sup>1635</sup> La loi sur l'investissement 2005, et le décret 78 concernant les projets BOT ont intégré ces principes dans les normes.

<sup>1636</sup> Article 12 décret 108/2009/ND-CP.

<sup>1637</sup> Article 25 décret 108/2009/ND-CP, les éléments contrôlés par l'autorisation compétente : les droits et les obligations des parties, l'avancement du projet, le besoin en surface des terres, les solutions concernant l'environnement, les demandes de garanties publiques. Le délai de réponse est fixé à 45 jours.

<sup>1638</sup> Décision n° 71/2010/QD-TTg, le 09 novembre 2010 concernant l'organisation des projets d'investissement pilote par des modèles PPP.

<sup>1639</sup> L'arrêté 15/2015, en vigueur en avril 2015.

<sup>1640</sup> Le décret 108/2009/ND CP, le décret 24/2011/ND CP, le décret 71/2010/QD TTg.

<sup>1641</sup> AFD, « Les acteurs publics locaux au cœur du développement urbain vietnamien, 2010, p. 38.

La combinaison de fonds publics et privés a été nécessaire pour développer les PPP, en raison de la faiblesse des marchés financiers au Vietnam. Ainsi, le gouvernement a modifié les réglementations pour permettre l'augmentation des fonds publics. Les mesures d'aides de garanties publiques sont mises en place pour favoriser le financement privé dans les projets PPP. Le ratio des dettes par rapport au fonds propres apportés dans les projets est augmenté de 85% à 90%.<sup>1642</sup> Cependant, dans le contexte actuel, le financement par les dettes est plus onéreux et l'effet de levier perd de son intérêt, la tendance mondiale étant plutôt vers la baisse de ce levier.<sup>1643</sup>

En général, le gouvernement préfère assouplir les contrôles et utiliser les mesures incitatives plutôt que d'engager une dépense budgétaire dans le contexte de rareté budgétaire. Ainsi, des mesures en faveur des PPP sont apparues dans les nouvelles normes, telles que la reconnaissance du droit de substitution des bailleurs de fonds en cas de défaillance des opérateurs privés,<sup>1644</sup> les garanties des intérêts privés. Par ailleurs, le gouvernement multiplie les mesures fiscales, notamment des réductions d'impôts et taxes d'importation et d'exportation, des réductions de loyers du droit du sol.

Les réformes institutionnelles sont indispensables pour améliorer le fonctionnement des PPP. Le gouvernement a créé un comité spécifique<sup>1645</sup> pour la mise en œuvre des projets PPP et pour la coordination des organisations gouvernementales. Des fonds pour financer les études de faisabilité sont créés avec l'aide de la Banque asiatique de développement et l'AFD. Par ailleurs, la gestion des coûts a été améliorée dans le processus de l'évaluation préalable.

## II) LES DEFAILLANCES DES PROCEDURES DES APPELS D'OFFRE

L'adhésion à l'OMC nécessite une amélioration du cadre juridique des marchés publics au Vietnam, notamment en ce qui concerne les procédures d'appel d'offres. Ces dernières doivent être harmonisées avec la pratique internationale,<sup>1646</sup> et doivent garantir la transparence nécessaire à la concurrence.<sup>1647</sup> Dans le système vietnamien, les appels d'offres ont peu d'importance dans les marchés publics. En effet, seul les projets dont la participation publique est au delà du seuil de 30%,<sup>1648</sup> est soumis aux appels d'offre.<sup>1649</sup> En général, les autorités adjudicatrices des marchés publics appliquent la procédure négociée sans formalités préalables, plus simple à réaliser. La sélection des candidats est uniquement basée sur les critères de prix, aux dépens des capacités pour réussir le projet, des innovations techniques.

Dans la pratique, les médias dénoncent les corruptions et '*les procédures théâtrales des appels d'offres qui n'existent que pour la forme.*'<sup>1650</sup> En effet, en l'absence de cadre juridique claire en matière appel d'offre, les procédures des appels

---

<sup>1642</sup> Article 10 décret 15/2015.

<sup>1643</sup> Voir chapitre 1 du titre 1, Partie 1 ci-dessus.

<sup>1644</sup> Article 33.

<sup>1645</sup> Décision 1624/QĐ-TTg du Premier ministre du 29 octobre 2012.

<sup>1646</sup> OMC, Document du groupe de travail de l'accession du Vietnam, WT/ACC/VNM/48 du 27 octobre 2006.

<sup>1647</sup> L'ouverture des soumissions était publique, selon les modalités énoncées dans l'appel d'offres conformément à l'article 13 du Règlement sur les marchés publics annexé au Décret n° 88/1999/ND-CP.,

<sup>1648</sup> Le fond public inclut le budget public, les garanties de crédit apportées par l'Etat, les investissements des entreprises étatiques et d'autres sources financières gérées par le pouvoir public.

<sup>1649</sup> La loi 61/2005/QH 11 du 29 novembre 2005.

<sup>1650</sup> Vietbao, disponible sur le site

[http://www.baomoi.com/Home/KinhTe/www.phapluattp.vn/Minh - bach-trong-mua-sam-cong-de-giam-tham-nhung/6523739.epi](http://www.baomoi.com/Home/KinhTe/www.phapluattp.vn/Minh-bach-trong-mua-sam-cong-de-giam-tham-nhung/6523739.epi), mis en ligne le 28/6/2011, consulté le 7/7/2011.

d'offre se déroulent dans l'opacité totale. D'autant plus que le contentieux est quasi inexistant dans ce domaine. Les restrictions établies par le protectionnisme ne sont pas complètement abolies. En réalité, tous les projets à grande échelle, sont attribués 'de facto' à des grands groupes étatiques. Les candidats du secteur privé doivent négocier avec ces dernières pour accéder aux projets.<sup>1651</sup>

Dans le système vietnamien, le critère de l'origine du financement détermine le régime juridique de la procédure de passation de marché, de la maîtrise de l'ouvrage, des contrôles publics.<sup>1652</sup> Ainsi, dans les projets financés par les APD ou par les prêts internationaux, les normes conventionnelles substituent à des lois internes. En effet, selon la loi vietnamienne, les dispositions spéciales concernant des appels d'offres seront prioritaires par rapport au droit interne. En conséquence, dans les projets financés ou garantis en partie par les fonds de l'APD, les appels d'offre sont soumis à des procédures de passation imposées par les bailleurs de fonds.

Le contrat *BOT* n'est pas soumis aux réglementations de passation de marché<sup>1653</sup> mais dispose d'une procédure spécifique énoncée dans les articles 10, 11, 12 du décret 78.<sup>1654</sup> Il s'agit d'une procédure commune pour les marchés nationaux ou internationaux. Le cabinet du gouvernement peut autoriser les projets qui ne sont pas énumérés dans les dispositions de la loi. Ce pouvoir a été prévu pour assouplir la rigidité des normes est cependant une porte ouverte à la corruption et aux délits du favoritisme, d'autant plus que ces faits ne sont pas sanctionnés pénalement.<sup>1655</sup>

Les projets *BOT* exigent de la part des autorités concédantes, des aptitudes de gestion pour pouvoir contrôler la performance ainsi que le respect des engagements pris par le secteur privé. La complexité de ces projets ainsi que les enjeux importants qui en découlent exigent des compétences de pilotage et de suivi de la part des autorités publiques.<sup>1656</sup>

## Paragraphe 2) Un environnement institutionnel défaillant en matière de gestion

Le mouvement *Dôi Mới* introduit de nouveaux principes économiques dans le système vietnamien, sans préparer l'appareil étatique à gérer ces nouveautés. En effet, dans le système administratif vietnamien, imprégné du dirigisme socialiste, de la culture du respect hiérarchique du confucianisme, l'absence de la culture de gestion publique (I) selon le modèle *NPM* est évidente. La complexité des projets *BOT* nécessite des compétences institutionnelles qui font défaut dans l'administration vietnamienne. Ainsi,

---

<sup>1651</sup> Vietbao, disponible sur le site

[http://www.baomoi.com/Home/KinhTe/www.phapluattp.vn/Minh - bach-trong-mua-sam-cong-de-giam-tham-nhung/6523739.epi](http://www.baomoi.com/Home/KinhTe/www.phapluattp.vn/Minh-bach-trong-mua-sam-cong-de-giam-tham-nhung/6523739.epi), mis en ligne le 28/6/2011, consulté le 7/7/2011.

<sup>1652</sup> NGUYEN (T.L.), « Các hạn chế trong quy định về trình tự ký kết hợp đồng BOT theo nghị định 78 » ( Les limites des dispositions relatives de la mise en œuvre du contrat B.O.T dans le décret 78), *Tạp chí nghiên cứu lập pháp*, (Revue d'étude législative), n° 3, 120, mars 2008, disponible sur le site <http://www.nclp.org.vn/>.

<sup>1653</sup> Décret 58/2009/ND CP.

<sup>1654</sup> Voir NGUYEN (T.L.), « Les limites des dispositions relatives de la mise en œuvre du contrat B.O.T dans le décret 78 », op.cit.

<sup>1655</sup> Le Premier ministre détient un pouvoir absolu pour accorder les autorisations aux projets selon un besoin réel, après concertation avec les organisations concernées. Article 4.2 décret 108.

<sup>1656</sup> GUILLEMIN (J.F.), « La commande publique et le partenaire public-privé », *Revue de droit immobilier*, 2003, p. 523 et s.

les limites de l'expertise publique (II) ont des conséquences sur la mise en œuvre des projets *BOT* au Vietnam. (III)

#### I) L'ABSENCE DE LA CULTURE DE GESTION PUBLIQUE

Le concept de gestion publique varie en fonction la tradition culturelle de différents pays. Dans les pays développés, la modernisation administrative promue par le mouvement de *NPM* a trouvé une meilleure résonance dans les pays anglo-américains, qui privilégient généralement davantage l'autonomie, la concurrence et l'individualisme que les pays scandinaves et certains pays d'Europe continentale, qui attachent plus d'importance aux questions d'égalité, aux solutions collectives.<sup>1657</sup>

Les expériences des réformes basées sur les principes de *NPM* dans les pays asiatiques<sup>1658</sup> ont démontré que la tradition culturelle ou les habitudes formées par l'histoire ont des impacts sur la compatibilité des réformes importées.<sup>1659</sup> Les valeurs mises en avant par ce courant sont basées sur des intérêts privés. Cette approche est en contraste avec la tradition qui privilégie l'intérêt collectif et qui est hostile à l'individualisme. Par ailleurs, l'efficacité de la gestion publique selon le concept occidental est une nouveauté par rapport à la tradition culturelle du Vietnam. Les vietnamiens sont attirés par la formalisation mathématique ; *le type de conceptualisation propre aux sciences humaines – par exemple, en management, les différentes théories des organisations*,<sup>1660</sup> présente peu d'attrait pour ces derniers.

Compte tenu de ces différences, il est difficilement d'imaginer un accueil favorable du *NPM* dans le système administratif du Vietnam. En effet, les méthodes d'évaluation mis en avant par ce courant, sont inconnues dans la gestion publique vietnamienne, soumise à une logique de contrôle. Cette dernière incite les agents à fournir un bilan attestant la conformité des dépenses aux règlements. La prépondérance de cet objectif a incité l'administration à faire l'impasse sur le reste. Ainsi, la maîtrise des informations concernant le fonctionnement public ne semble pas être un objectif important aux yeux des dirigeants vietnamiens, d'autant plus que ces derniers ne maîtrisent pas le coût des actions publiques.

Dans ce mode de fonctionnement, les instruments de l'évaluation de performance sont inopérants. Par ailleurs, en raison de la faiblesse du système d'information, de statistique, de comptabilité, la véracité des informations collectées n'est pas toujours assurée. Compte tenu de ces raisons, il est évident que le processus de l'évaluation de projet préconisé dans les projets PPP en occident est difficilement réalisable dans les projets *BOT* vietnamiens.

---

<sup>1657</sup>CHRISTENSEN (T.), PETERS (B.G.), *Structure, Culture and Governance: A Comparative Analysis of Norway and the United States*, Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1999.

<sup>1658</sup> Les initiatives de réforme du NMP à Singapour et en Malaisie correspondent à la tradition de l'État et à l'idéologie politique existante, tandis que les initiatives de réforme au Sri Lanka et au Bangladesh semblent relativement incohérentes. Voir SAMARATUNGE (R.) et al., « Les réformes du nouveau management public en Asie : comparaison entre plusieurs pays d'Asie du Sud et du Sud-Est », op.cit., p. 30.

<sup>1659</sup> SAMARATUNGE (R.) et al., « Les réformes du nouveau management public en Asie : comparaison entre plusieurs pays d'Asie du Sud et du Sud-Est », op.cit., p. 30.

<sup>1660</sup> BROUSTAIL (J.), PALAORO (G.), « La formation des élites managériales dans les économies en transition : les exemples du Cambodge, du Laos, du Viêt-Nam et de la Thaïlande », *Entreprises et histoire*, 2005/4 n° 41, pp. 51 et s., p.66.

La réussite des PPP nécessite cependant, une amélioration des compétences administratives en matière de commande publique.<sup>1661</sup> L'opérateur privé a besoin d'un client fort en face de lui avec lequel il puisse discuter et négocier. Ce besoin existe dans les contrats publics, et surtout dans les PPP.<sup>1662</sup> En effet, le savoir-faire en matière de management public est nécessaire pour la mise en œuvre des projets de type BOT.<sup>1663</sup>

## II) LES LIMITES DES EXPERTISES PUBLIQUES AU VIETNAM

Le modèle d'expertise publique au Vietnam, placé sous la tutelle des ministères techniques, est composé d'experts formés dans les écoles françaises puis soviétiques. Ces professions restent modestes car *la période de guerre et de la reconstruction n'ont pas permis la formation adéquate à la planification d'ouvrage.*<sup>1664</sup> Avec le mouvement Dôï Mói, l'ingénierie<sup>1665</sup> commence à acquérir un rôle plus important, les activités de ce domaine prennent un aspect bien différent de celles des années 80.<sup>1666</sup> En effet, *dans un pays à économie traditionnellement planifiée comme le Viet Nam, l'émergence de structures d'ingénierie conseil autonomes, voire indépendantes, est l'une des conséquences de la politique Dôï Mói.*<sup>1667</sup> A partir de cette période, *les sociétés publiques d'ingénierie accèdent lentement à l'amélioration des savoir-faire en matière de schémas directeurs et de méthodes relatives aux études : modélisation, utilisation de la cartographie numérique, méthodes d'enquêtes par exemple.*<sup>1668</sup> Ces sociétés travaillent en collaboration avec les experts étrangers ou en acteurs indépendants.

La mise en œuvre des projets d'infrastructures ou des industries innovantes est étroitement liée à des questions de transfert de savoir-faire, d'intervention des consultants étrangers dans le cadre de l'aide bilatérale et de leurs relations avec les consultants locaux. *Se sont ainsi combinés l'ouverture internationale de l'économie vietnamienne, le développement de l'expertise venue d'ailleurs, et l'essor d'un véritable marché des prestations intellectuelles.*<sup>1669</sup> La présence des sociétés de consultants étrangers a été bénéfique pour le Vietnam car elle apporte un nouvel essor aux activités d'engineering internes.

Le rôle des consultants dans les projets BOT, est central, compte tenu de la complexité croissante des processus de réalisation du projet. Pour les projets retenus, l'autorité concédante recrute des consultants internes ou étrangers pour les assister dans la préparation dans la phase de préparation de projet. Dans le domaine de conseil et du concept de projet, le secteur privé vietnamien ne participe que modestement à des grands projets. Il existe peu d'entreprises de consultance privée. En fin de compte,

---

<sup>1661</sup> CAMPAGNAC (E.), « Contribution à l'analyse des contrats de partenariat public privé en France et au Royaume-Uni », *RFAP*, n° 130, 2009, pp. 365 et s., p. 368.

<sup>1662</sup> PEAUCELLE (T.), « Un encouragement à l'innovation », *ENA hors les murs, dossier les partenariats public-privé*, hors-série, juillet août, 2012, p. 11 et s. p. 14.

<sup>1663</sup> PLUCHART (J.J.), *L'ingénierie financière de projet*, Editions d'Organisation, Paris, 2000, p. 210.

<sup>1664</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>1665</sup> L'importance des consultants dans les processus de décision et d'innovation a été confirmée. En effet, la diversification des technologies financières, l'obligation de tenir compte de l'environnement, des besoins des usagers ... sont des facteurs complexes présents dans les projets contemporains.

<sup>1666</sup> De 1992 à 1998 le MPI a approuvé pour \$ 259 millions de contrats de services de conseil (PNUD, 1994).

<sup>1667</sup> Rapport GEMDEV, ISTED, « Les consultants internationaux et leurs rapports à l'ingénierie », *Rapport final* 2004, <http://www.gewdev.org/prud/rapport112.pdf>, p. 42.

<sup>1668</sup> CUSSET (J.M.), « Expertises étrangères et expertises locales, le cas des villes au Vietnam », op.cit., p. 230.

<sup>1669</sup> Rapport GEMDEV, ISTED, « Les consultants internationaux et leurs rapports à l'ingénierie », op.cit., p. 42.

même les experts travaillant à titre privé sont des fonctionnaires qui *occupent déjà un poste dans un institut de recherche, une université ou un organisme d'État ou qui sont d'anciens experts à la retraite.*<sup>1670</sup> *Les avantages que ces experts pourraient apporter à leurs clients en plus de leurs expériences, sont de solides carnets d'adresse (notamment au sein de l'administration).*<sup>1671</sup>

Les instituts de recherches<sup>1672</sup> participent en tant que sous-traitants des sociétés de consultant étrangers. Il existe quelques entreprises privées, souvent créées par des experts qui ont un poste parallèle dans le public. La structure d'entreprise *Joint-venture* est minoritaire et s'éclipse rapidement du marché. *On pourrait suggérer que la première priorité du déploiement des capacités d'engineering devrait être de développer l'aptitude des usagers locaux de la technologie transférée, à traiter avec les offreurs de technologie et de capacités d'engineering plutôt que d'essayer de remplacer ces offreurs en créant de nouvelles organisations.*<sup>1673</sup>

Les institutions financières internationales, notamment la Banque mondiale, dans le cadre de l'harmonisation des procédures d'aide<sup>1674</sup> a manifesté la volonté de ne plus accepter l'ingénierie publique obligatoire, qui est, en vérité, le prolongement de l'administration dans leurs projets.<sup>1675</sup> Ce point suscite des controverses qui n'avaient jusqu'à ce jour abouti à aucun dénouement. Cependant, la tendance du gouvernement est une libéralisation progressive pour laisser les entreprises d'ingénierie conduire une politique salariale plus attractive. En effet, l'écart des rémunérations entre les experts étrangers et les experts vietnamiens qui travaillent sur le même projet est source d'animosité et de non coopération.

La tradition de tout financer par budget public ainsi que l'idée préconçue que le bien public gratuit n'a ni valeur ni coût, a généré un laxisme qui mène au gaspillage dans les milieux publics. Tant qu'une minimale rigueur ne sera pas imposée à travers un cadre de gestion des commandes publiques, il est difficile de maîtriser des dépenses publiques.

### III) LES CONSEQUENCES SUR LA MISE EN ŒUVRE DES PROJETS *BOT* AU VIETNAM

Dans une majorité des cas, les autorités publiques vietnamiennes s'engagent dans des projets *BOT* sans pouvoir maîtriser les risques de dérapage de coûts.<sup>1676</sup> Cependant, en l'absence des instruments techniques et des méthodes de calcul de coûts, il est très difficile de réussir le processus *BOT*. Concrètement, sans une comptabilité adaptée, l'évaluation des coûts est erronée voire irréalisable.<sup>1677</sup>

---

<sup>1670</sup> BROWN (M.), « Entreprises d'engineering et transfert technologie », *Tiers monde*, tome 17, n° 65, 1976, pp. 169 et s., p. 177.

<sup>1671</sup> Ibidem, p. 229.

<sup>1672</sup> Instituts d'urbanisme de Hanoi et HCMV, Institut de recherche économique à HCMV et Institut économique de Hanoi, Institut de sociologie de Hanoi.

<sup>1673</sup> BROWN (M.), « Entreprises d'engineering et transfert technologie », *Tiers monde*, tome 17, n° 65, 1976, pp. 169 et s., p. 177.

<sup>1674</sup> WORLD BANK, *Vietnam Harmonization Procedures*, Report of the joint Harmonization Initiatives of the ADB, JBIC and the World Bank, January 2003, p. 4.

<sup>1675</sup> GEMDEV, ISTED, « Les consultants internationaux et leurs rapports à l'ingénierie », *Rapport*, op. cit., p. 46.

<sup>1676</sup> Voir titre 2 ci-dessous.

<sup>1677</sup> Voir titre 1, chapitre 1, ci-dessus.

La mise en œuvre des processus *BOT* nécessite des expertises d'évaluation, d'ingénierie contractuelle, financière.<sup>1678</sup> En effet, le succès de ces projets dépend de la répartition des risques, de *l'articulation entre activités étatiques et commerciales, ainsi que de construction de clauses contractuelles incitatives*.<sup>1679</sup> La compétence du secteur public est nécessaire à la liberté d'action du secteur privé, notamment en ce qui concerne les projets à grande échelle. Ainsi, *l'autorité publique doit savoir piloter un contrat dans la longue durée : savoir préparer les fondements d'un partenariat équilibré et durable, formaliser les indicateurs et processus suivi de contrat (performances à atteindre, documents à produire, réunions de suivi, loyers, pénalités)*.<sup>1680</sup>

Au Vietnam, la technique d'allocation de risques n'est pas maîtrisée par les autorités publiques. Dans les projets *BOT*, les opérateurs étrangers doivent souvent assumer tous les risques, notamment le risque commercial. Cette acception cadre mal avec le niveau de risque important du pays et décourage les candidats. Cependant, Les autorités concédantes maintiennent le contrôle sur l'intégralité des plans d'exécution du projet, même dans les domaines dont les risques sont assumés par l'opérateur privé. Ces interventions publiques remettent en cause le mécanisme d'optimisation des risques, nécessaire à la réussite d'un projet PPP.

Ainsi, dans le secteur de la production d'énergie, le gouvernement doit signer un contrat d'enlèvement pour garantir la rentabilité de la nouvelle usine<sup>1681</sup> construite par le projet pendant toute la durée de la concession, un engagement pour les matières premières nécessaires à la production,<sup>1682</sup> ainsi que la garantie du risque de change.<sup>1683</sup> Selon Pierre Jacquet, *les BOT, sous leur forme actuelle, conduisent également à une prise de risque maximale pour les autorités vietnamiennes. La perception du risque pays par les investisseurs étrangers est telle, que ces derniers réclament un ensemble de garanties gouvernementales qui de très loin dépassent le seul risque pays*.<sup>1684</sup>

Les projets *BOT* interne sont appliqués dans les domaines de construction des infrastructures routières avec paiement par les usagers. En effet, dans ces domaines, les risques sont plus facilement identifiés et gérés. Cependant, on observe un phénomène de détournement des projets *BOT* pour d'autres objectifs, notamment celui de création d'emploi. En effet, les opérateurs privés ont recours à la pratique de l'offre excessivement basse et profite de l'attitude laxiste des autorités concédantes pour obtenir le marché.

Les banques n'effectuent pas de contrôle de fiabilité des projets. En effet, les crédits sont accordés en fonction des garanties publiques sans vérification complémentaire. Ce laxisme a abouti à une généralisation des projets interrompus en raison de la faillite des concessionnaires. Dans le cas du projet de Pont de Phú Mỹ à HCMV, la renégociation a abouti à une reprise du projet par l'autorité concédante.

---

<sup>1678</sup> Voir PLUCHART (J.J.), *L'ingénierie financière de projet*, Editions d'Organisation, Paris, 2000.

<sup>1679</sup> Ibidem.

<sup>1680</sup> CAMPAGNAC (E.), *Evaluer les partenariats public-privé en Europe*, Presses de l'Ecole nationale des Ponts et chaussées, Paris, 2009, p.109.

<sup>1681</sup> Voir JACQUET (P.), *Infrastructures, croissance et réduction de la pauvreté*, op.cit.,p.18.

<sup>1682</sup> Voir BETTINGER (C.), « *La gestion déléguée des services publics dans le monde, concession ou BOT* », op.cit.

<sup>1683</sup> JACQUET (P.), *Infrastructures, croissance et réduction de la pauvreté*, op.cit., p. 18.

<sup>1684</sup> Ibidem, p.18.

L'incohérence de la politique urbaniste a été une des causes d'échec de ce projet. Le Projet du Pont Binh Trieu rencontre les mêmes types de difficultés.<sup>1685</sup>

L'importation des méthodes de gestion publique des pays développés nécessite une réadaptation au système interne. En effet, les gains économiques qui sont prioritaires dans ces pays ne sont pas les objectifs premiers des réformateurs vietnamiens.

## **SECTION 2) LES REFERENCES COMPAREES DES REFORMES DE LA GESTION PUBLIQUE : L'INTERET DU MODELE FRANÇAIS**

Les concepts du *NPM* ont une influence sur une grande majorité des réformes de gestion publique dans le monde.<sup>1686</sup> Cependant, malgré une homogénéité des discours sur les valeurs managériales, les traditions et les cultures administratives des pays ont une incidence sur la mise en œuvre de ces réformes. En effet, *l'influence du New Public Management a été fort différente d'un pays à l'autre, réinterprétée à chaque fois en fonction des structures sociales et des enjeux de politique intérieure.*<sup>1687</sup> Les portées des réformes qui sont inspirées par les mêmes sources idéologiques sont cependant, différentes selon la politique plus ou moins libérale du pays concerné.

L'étude comparée des réformes de l'action publique en France et au Royaume-Uni, les deux pays qui ont réussi à *développer une théorie de l'action publique explicitement destinée à conformer l'État nation aux besoins de la mondialisation et facilement exportable*<sup>1688</sup> soulève des pistes de réflexions en ce qui concerne l'adaptation des méthodes de management privé au secteur public au Vietnam.

A la différence des réformes du modèle néo libérale au Royaume-Uni (Sous-section 1) qui présente des idéologiques éloignées du modèle socialiste, la modernisation du cadre juridique de la gestion publique en France (Sous-section 2) est une suite cohérente de la tradition étatique du système français et semble plus adaptées aux changements progressifs du système vietnamien.

---

<sup>1685</sup> Les entreprises sont contraintes par la responsabilité qui leur incombe de « trouver du travail pour le personnel de l'entreprise » plutôt que de « créer du profit ». Ceci les pousse à miser sur des « prix moins disant » qui peuvent aller jusqu'à 50% en dessous du prix estimé de faisabilité du marché. Voir PHAM (P.L.), *La réforme de l'Etat et des entreprises au Vietnam : le cas des infrastructures de transport*, thèse op.cit., p. 59.

<sup>1686</sup> BARTOLI (A.), *Le management des organisations publiques*, Dunod, Paris, 1997.

<sup>1687</sup> Voir notamment BOUKAERT (G.), POLITT (C.), *Public Management Reform, a Comparative Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2000. Pour une présentation générale du New Public management, voir HOOD (C.), « A Public Management for all Seasons ? », *Public Administration*, 69 Spring, 1991, pp. 3 et s. et MERRIEN (F.X.), « La nouvelle gestion publique : un concept mythique », *Lien social et politiques/RIAC*, 41, printemps, 1999, pp. 95 et s.

<sup>1688</sup> ROUBAN (L.), « Réformer ou recomposer l'Etat ? Les enjeux sociopolitiques d'une mutation annoncée », op.cit., p. 153.

## Sous-section 1) Les réformes du modèle néo libéral au Royaume-Uni

*Si le NPM ne se limite pas au modèle des PPP, loin s'en faut, il n'en demeure pas moins que ceux-ci incarnent la plupart de ses recommandations.*<sup>1689</sup> Ainsi, les influences du NPM sur la réforme administrative britannique (paragraphe 1) se sont aussi révélées à travers la prédominance managériale dans les projets PFI/PPP (paragraphe 2) qui ont été développés en grande ampleur dans ce pays.

### Paragraphe 1) Les influences du NPM sur la réforme administrative au Royaume-Uni

La réforme administrative dans les pays occidentaux fait très souvent référence au NPM,<sup>1690</sup> un concept créé au Royaume-Uni et qui a trouvé des défenseurs les plus actifs avec le gouvernement Thatcher.<sup>1691</sup> La logique de performance appliquée dans la gestion publique (I) et l'usage des instruments techniques privés dans la gestion publique (II) ont été les particularités des réformes administratives dans ce pays.

#### I) LA LOGIQUE DE PERFORMANCE DANS LA GESTION PUBLIQUE

Le Royaume-Uni a adopté la pratique néo libérale, tranchée avec le mode de fonctionnement de l'Etat providence après-guerre. En effet, les principes d'égalité de ce courant, sont en conflit avec les critères économiques mis en avant par les doctrines NPM. Selon ces dernières, *l'Etat doit être efficient sinon efficace, c'est à dire capable d'intervenir au moindre coût. Il doit surtout beaucoup moins intervenir.*<sup>1692</sup> Cependant, *la réforme administrative britannique possède des spécificités propres qui ne peuvent la rendre emblématique d'un problème généralisable de modernisation administrative...*<sup>1693</sup> En effet, la tradition libérale et les caractéristiques du système britannique ont fait que les *doctrines d'inspiration économique et leur mise en œuvre restent plus intenses et plus exclusives que dans d'autres pays occidentaux.*<sup>1694</sup>

Les réformes administratives selon les principes du NPM ne concernent pas uniquement des changements techniques, elles impliquent aussi un choix des valeurs.<sup>1695</sup> En effet, l'importance accordée au manager dans l'objectif d'améliorer l'efficacité de l'action publique met en avant le rôle du gestionnaire. Pour les défenseurs

---

<sup>1689</sup> MARTY (F.), « Le nouveau management public et la transformation des compétences dans la sphère publique », in SOLIS-POTVIN (L.), *Vers un modèle européen de fonction publique?*, Bruylant, pp.193 et s., 2011, p.196.

<sup>1690</sup> Voir POLITT (C.), *Managerialism and the Public Service, The Anglo-American Experience*, Oxford, Blackwell, 1990 ; HOOD (C.), « A public management for all seasons? », op.cit.

<sup>1691</sup> TOURNADRE -PLANCROQ (J.), « La naissance du New Public Management en Grande-Bretagne et sa reformulation par les néotravailleurs », in Willy PELLETIER et Laurent BONELLI, *L'État démantelé*, La Découverte « Cahiers libres », 2010 p. 87 et s. p. 87.

<sup>1692</sup> ROUBAN (L.), « Les paradoxes de l'Etat postmoderne », Cités , PUF, 2004/2, n°18, p. 6.

<sup>1693</sup> KEREUDREN (P.), « Entre nouveau management public et gouvernance : les spécificités de la réforme de l'administration centrale en Grande-Bretagne », In *Politiques et management public*, vol. 17 n° 1, 1999, pp. 59 et s., p. 60.

<sup>1694</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>1695</sup> ROTHMAYR ALLISON (C.), « Le droit et l'administration de la justice face aux instruments managériaux », *Droit et sociétés*, 84/2013, pp.277 et s., p. 278.

de ces principes, la capacité managériale du gestionnaire public prime sur sa responsabilité politique.

Les performances de la gestion privées sont jugées nécessaires et introduites dans le domaine public. Ces techniques sont censées apporter non seulement des améliorations au niveau de la gestion du personnel et de l'organisation, mais aussi à *la structure de l'administration et la sélection des instruments de politique publique*.<sup>1696</sup> Dans ce système, l'efficacité des méthodes de gestion calquées sur le secteur privé et l'évaluation des organisations. Ainsi, *le Royaume Uni est resté la référence en matière de gestion inspirée des entreprises privées*.<sup>1697</sup> Par ailleurs, ce concept justifie la politique d'externalisation qui met en avant la rentabilité et l'efficacité du financement privé pour répondre aux besoins publics.

Dans la pratique, la présupposition selon laquelle *management public et management privé sont fondamentalement similaires*<sup>1698</sup> n'est pas toujours avérée. Selon les principes *NPM*, l'importance est focalisée sur la bonne gestion du secteur public et non plus l'action de l'administration traditionnelle. En conséquence, la distinction entre le domaine politique qui détermine 'quoi faire' et le domaine de la gestion qui détermine 'comment faire' n'est pas toujours nette dans la gestion libérale. En effet, les principes de *NPM* concernent plus la manière dont l'administration accomplit ses tâches qu'à ce que ces dernières devraient être. La rationalité *place les performances organisationnelles (tant des points de vue de la qualité que des dimensions budgétaires) au centre des attentes*.<sup>1699</sup> L'idée de la performance est le souci des attentes et de la satisfaction des citoyens qui sont devenus des clients. La qualité ainsi que la normalisation des services sont des critères privilégiés par l'administration qui cherche à améliorer la capacité à répondre aux besoins des clients.<sup>1700</sup> Cependant, c'est à partir des orientations fixées par la politique que le plan d'action doit être conçu.<sup>1701</sup>

## II) LES INSTRUMENTS TECHNIQUES PRIVÉS DANS LA GESTION PUBLIQUE

*La Grande-Bretagne est sans aucun doute le pays européen le plus connu pour la mise en place d'instruments de mesure de la performance administrative*.<sup>1702</sup> Les réformes de *NPM* peuvent aboutir notamment à une fragmentation des instruments d'action publique. Il existe donc, une spécialisation croissante, une concurrence forte entre ces différents types d'instrument (jugés à l'aune du rapport coût/efficacité) et un fort mouvement en faveur des instruments plus incitatifs que classiquement

---

<sup>1696</sup>PETERS (G.B.), *Nouveau management public (New public management)* », in BOUSSAGUET (L.) et al., *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po « Références », 2010, p. 398 et s., p. 399.

<sup>1697</sup>ROUBAN (L.), « *Les paradoxes de l'Etat postmoderne* », Cités, PUF, 2004/2, n°18, p. 6.

<sup>1698</sup>PETERS (G.B.), *Nouveau management public (New public management)* », op.cit., p. 399. Voir aussi ALLISON (G.T.), « *Public and Private Management. Are they fundamentally Alike in all Unimportant Respects* », in SHAFRITZ (J.M.), HYDE (A.C.), (eds), *Classics of Public Administration*, Homewood Dorsey, 1987.

<sup>1699</sup>PICHAULT (F.), SCHOENAERS (F.), « *Le middle management sous pression* », *Revue internationale de psychosociologie et de gestion des comportements organisationnels*, 2012/45 Vol. XVIII, p. 121 et s., p.127.

<sup>1700</sup>LAPSLEY (I.), MIDWINTER (A.), « *Moderniser l'Etat : les aspects financiers des programmes Reviews au Royaume-Uni* », op.cit., p. 823.

<sup>1701</sup>Ibidem, p.11.

<sup>1702</sup>KUHLMANN (S.), « *Les démarches pour mesurer la performance des administrations européennes locales : une analyse comparative des expériences de réforme en Grande Bretagne, en France, en Suède et en Allemagne* », op.cit.

normatifs.<sup>1703</sup> Ainsi, l'efficacité des instruments et le changement lié à leur usage adéquat<sup>1704</sup> sont devenus des problématiques centrales de la gestion publique. Dans ces conditions, pour mesurer la performance, il est nécessaire de mettre en place des indices et des critères pour évaluer les actions publiques,<sup>1705</sup> notamment des audits pour vérifier l'efficacité ou encore des études du rapport coût-efficacité (*value for money*).<sup>1706</sup> Dans la pratique, les indices d'évaluation sont parfois imparfaits voire inexistants.<sup>1707</sup>

La focalisation sur l'évaluation des performances peut reléguer la finalité des prestations publiques au second rang. Par ailleurs, les objectifs du mouvement *NPM* sont très divers, il peut s'agir de l'amélioration de l'efficacité ou de l'efficience de l'action publique, il peut aussi s'agir de la responsabilisation des autorités publiques. Le mouvement *NPM* introduit des mécanismes de marché dans la gestion publique, notamment l'objectif du rendement et de la fonction publique ou la rémunération à la productivité. Le *NPM* met en avant les avantages tels que la réduction du coût de gestion, l'optimisation des allocations des ressources, la modernisation du système bureaucratique par la création d'agences distinctes. Cependant, les coûts concernant la mise en place de ces instruments sont très élevés et l'amélioration des services de l'Etat est un argument discutable selon les domaines.

L'autonomie et la responsabilité sont des éléments complémentaires et nécessaires pour la mise en œuvre du *NPM*. En effet, la grande liberté d'action accordée aux gestionnaires publics doit être accompagnée d'une responsabilité accrue. Ces derniers peuvent bénéficier de nouvelles formes de gestion des ressources humaines : développement de stratégies d'incitations, d'amélioration des rémunérations et des évolutions de carrière...<sup>1708</sup> En contrepartie, ils doivent rendre compte des résultats de leurs actions.

## Paragraphe 2) La prédominance managériale dans les projets PFI/PPP

Selon Frédéric Marty, le PPP n'est ni une privatisation ni une externalisation, ce dernier répond plutôt à une logique qui est celle du *Nouveau Management Public*.<sup>1709</sup> Ainsi, la généralisation des projets PPP au Royaume-Uni (I) a été justifiée par le critère du gain de l'efficience (II), et favorisée par la souplesse du cadre normatif concernant les PPP (III).

---

<sup>1703</sup> LASCOUMES (P.), LE GALES (P.), « Introduction : L'action publique saisie par ses instruments », in LASCOUMES (P.), LE GALES (P.), *Gouverner par les instruments*, Presses de Sciences Po « Académique », 2005 p. 11 et s., p.24.

<sup>1704</sup> PESQUEUX (Y.), *Le nouveau management public (New public management)*, op.cit., p. 399.

<sup>1705</sup> PETERS (G.B.), *Dictionnaire des politiques publiques*, p. 400.

<sup>1706</sup> LAPSLEY (I.), MIDWINTER (A.), « Moderniser l'Etat : les aspects financiers des programmes reviews au Royaume-Uni », *Revue française d'administration publique* 2010/4 (n° 136), p. 821 et s., p. 823.

<sup>1707</sup> BUREAU (D.), MOUGEOT (M.), « Mesure de la performance et incitations dans la gestion publique », *Rapport Conseil d'Analyse Economique*, La documentation française, Paris, 2007, pp. 7 et s., p.18.

<sup>1708</sup> WAINTRUP (F.), CHOL (C.), « Gestion publique et mondialisation : contraintes et opportunités », op.cit., p.124.

<sup>1709</sup> MARTY (F.), « Le nouveau management public et la transformation des compétences dans la sphère publique », op.cit., p.195.

## D) UNE GENERALISATION DES PPP AU ROYAUME-UNI

Le programme *PFI* a été initié au Royaume-Uni dans la suite de la logique de l'efficacité selon les concepts NPM.<sup>1710</sup> Ce programme a été repris par son successeur, pourtant appartenant à la tendance politique opposée<sup>1711</sup>. En 1997, le gouvernement a relancé les premiers *PFI* pour en faire l'un des outils fer de lance de l'investissement public. En effet, dans les années 90, il existe au Royaume-Uni un urgent besoin de rénover les infrastructures délaissées par l'investissement public pendant l'ère du gouvernement Thatcher.<sup>1712</sup> Il résulte de cette période une vétusté alarmante des bâtiments publics, qu'il s'agisse des hôpitaux, des écoles<sup>1713</sup> ou du transport public.

Des chiffres très convaincants sur le succès de ce modèle peuvent être avancés : 750 projets dont 500 opérationnels.<sup>1714</sup> Les domaines de recours au *PFI* sont extrêmement variables, même les secteurs régaliens sont concernés. Le ministère de la défense a recours au *PFI* pour le traitement des informations, le service d'entraînement des militaires, la construction des logements pour ces derniers, le ravitaillement en vol des avions de l'armée.<sup>1715</sup>

En Grande Bretagne, la présence de grands groupes d'*engineering* et d'architectes a facilité les concepts globaux du style conception-construction (*DBO*).<sup>1716</sup> En effet, les montages financiers et contractuels relèvent du monopole des cabinets d'avocats d'affaires spécialisés dans le domaine. Les expertises de ces professionnels sont onéreuses, ce qui explique une partie des surcoûts constatés dans les projets *PFI/PFI*.

Le démarrage des projets *PFI* a été retardé en raison du manque de connaissance commerciale et de gestion de la part des autorités publiques. Dans les premières années de lancement des *PFI*, les collectivités publiques éprouvent des difficultés dans les étapes de préparation et négociation. Les expériences ont certes comblé partiellement ces lacunes, cependant la mise en œuvre de ce type de relation à long terme présente des difficultés qui n'ont pas été prévues dans la phase initiale.<sup>1717</sup>

Le gouvernement britannique a mis en place des institutions<sup>1718</sup> pour veiller à la bonne application des guides des projets *PFI*. Le *HM Treasury* est l'autorité de tutelle gouvernementale qui supervise les organisations en charge du suivi de la politique de *PFI*, notamment l'*Advisory Council of Partnerships UK* et le *HMT PFI Unit*. Ces dernières traitent les questions politiques touchant au *PFI* tels que la standardisation des

---

<sup>1710</sup> Créé en 1992, à l'occasion du discours du budget du Chancelier de l'Echiquier Norman Lamont, le projet n'avait eu qu'un succès limité, en 1995, on ne comptait que 21 projets. Voir *PFI in the UK and PPP in Europe*, International Financial Services Limited, 2007.

<sup>1711</sup> Le gouvernement travailliste a voulu reconduire le programme *PFI* dans un objectif de rupture avec la politique de privatisation des conservateurs avec le concept gagnant-gagnant du Partenariat public privé.

<sup>1712</sup> FAUCHER-KING (F.), LE GALES (P.), *Tony Blair (1997- 2007)*, Nouveaux débats, Presses de Sciences Po, 2007.

<sup>1713</sup> Le taux d'investissement public en 1997 est au plus bas depuis plusieurs années (0,6 % du PIB). Voir *HM Treasury, PFI : Meeting the Investment challenge*, Londres, juillet 2003.

<sup>1714</sup> HM TREASURY, *PFI Meeting the investment challenge*, op.cit., p.43.

<sup>1715</sup> Voir MARTY (F.), VOISIN (A.), TROSA (S.), *Les partenariats public privé*, op.cit., p. 11 et s.

<sup>1716</sup> Cette idée a été prônée par les rapports de Michel Latham (*Constructing the team*, 1994), de Sir John Edgan (*Rethinking construction*, 1998).

<sup>1717</sup> WEIL (S.), BIAU (V.), *Evaluation de la politique PFI concernant les bâtiments publics en Grande Bretagne*, Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP), complément d'enquête, 2006, p. 29.

<sup>1718</sup> La « *Private Finance Taskforce* », constituée de 8 dirigeants du secteur public, expérimentés en gestion de projet et hautement compétents dans le domaine financier.

contrats, les indicateurs et comparateurs de prix (*PS Comparator*), le réseau PFI (*PFI network*) et les statistiques destinés au Parlement.

Un autre organisme indépendant, dénommé *Partnership UK*, initialement créé sous l'égide du secteur public, puis transféré au secteur privé en 2004, a joué un rôle important en matière d'assistance au développement des PPP.<sup>1719</sup> La création de cette organisation soulève *des questions au sujet des conflits d'intérêts potentiels du fait qu'elle conduit à ce qu'une entité en partie privée aide le secteur public à négocier un contrat dans lequel elle pourrait ensuite prendre une participation afin de compenser le coût du soutien ou des conseils qu'elle fournit (et pour cette raison, il serait envisagé de faire payer une redevance au lieu de la prise de participation.)*<sup>1720</sup> Le fait que le secteur privé qui a un fort intérêt dans la promotion de la politique de PPP, soit le conseiller du secteur public, remet en cause l'objectivité des renseignements fournis par cette organisation.

## II) LES CRITERES DU GAIN DE L'EFFICIENCE

Les critères de l'efficacité et de l'optimisation de coûts sont mis en avant pour justifier le recours en masse au programme PFI. *Il s'agit d'augmenter conjointement l'efficacité des dépenses publiques et de se doter de garanties contractuelles en termes de qualité et d'effectivité de la fourniture des prestations en temps et en heure.*<sup>1721</sup> Le critère de *Best value for money (Bvfm)* est donc l'avantage obtenu par les projets PFI par rapport au mode classique.

L'expansion rapide de ces projets peut être expliquée par l'action d'un « *test systématique de financement privé* »,<sup>1722</sup> c'est-à-dire que le ministère des Finances n'approuverait aucun projet d'investissement tant que les possibilités de financement privé n'auraient pas été étudiées.<sup>1723</sup> L'indice *Bvfm* a été utilisé en 1999 pour imposer le contrôle gouvernemental sur les autorités locales. Selon ce processus, le secteur public a l'obligation de vérifier que l'argent public est mieux utilisé dans l'hypothèse du modèle PFI que dans les modèles de commande classiques. L'instrument utilisé pour ce processus est le « *Comparateur du secteur public* » (*Public sector Comparator*).<sup>1724</sup> Avec le temps, cette obligation n'est maintenue qu'aux niveaux des « *councils* » - les collectivités territoriales.<sup>1725</sup>

*Bien qu'il repose sur des méthodes courantes, le Public Sector Comparator fait l'objet de vives polémiques au Royaume-Uni.*<sup>1726</sup> En effet, il s'agit d'un concept flou, difficilement cerné. La littérature britannique relative à cette notion fournit divers critères, il s'agit de *l'économie, l'efficacité et l'efficacité dans la manière dont une entreprise utilise les ressources, dont elle gère les activités et les procédures, et dont*

<sup>1719</sup> LICHERE (F.), MARTOR (B.), PEDINI (G.), THOUVENOT (S.), *Pratique des partenariats public privé*, Litec, Paris, 2009, p.75.

<sup>1720</sup> OCDE, *Etudes économiques de l'OCDE : Le Royaume-Uni*, 2000, p. 95.

<sup>1721</sup> MARTY (F.), « Le nouveau management public et la transformation des compétences dans la sphère publique », op.cit., p. 199.

<sup>1722</sup> BESANCON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, Paris, LGDJ, 1999, 2ème tirage avec mise à jour 2001, p. 495.

<sup>1723</sup> Cette obligation a été levée en 1997, toutefois, dans le cadre d'un réexamen général du système de santé.

<sup>1724</sup> SHAOUL (J.), « L'expérience britannique des PFI et ses implications sur les dépenses publiques : du secteur hospitalier au métro de Londres », op.cit., p.254.

<sup>1725</sup> BESANCON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, op.cit., p. 495.

<sup>1726</sup> MARTY (F.), VOISIN ( ), TROSA (S.), *Les partenariats public privé*, op.cit.,p. 46.

elle poursuit les objectifs<sup>1727</sup>. Cependant, la gestion micro-économique n'est pas similaire à la gestion macro-économique. La première correspond au fonctionnement de l'entreprise et ne prend pas en compte l'intérêt général, ni la politique publique. Ce critère risque aboutir à une vision étroite de l'intérêt général, représentée en terme avantages/coûts.

La limite de la *Bvfm* est l'exclusion des externalités non quantifiables en terme comptable. Ainsi, les aspects de la politique publique sont absents dans ces évaluations. La méthode est en effet, incomplète puisqu'elle est concentré sur des mesures quantitatives de la phase d'achat, et non pas sur les effets à long terme. Ainsi, la plupart des évaluations publiques de la *Bvfm* sont restreintes à la vision 'économique', ce qui signifie que seules les mesures de quantification des dépenses publiques<sup>1728</sup> sont prises en compte. En conséquence les aspects qualitatifs et les indicateurs de performances *ex post* ne peuvent être pris en compte dans cette méthode. Ces critères sont pourtant nécessaires à une évaluation complète, puisque la qualité des services est l'un des éléments essentiels du projet.

Les études sur les cas des projets *PFI* réalisés au Royaume-Uni ont démontré que les évaluations contenues dans la démarche *Bvfm* sont conceptuellement et méthodologiquement erronées.<sup>1729</sup> Selon les données officielles,<sup>1730</sup> pour cinquante projets *PFI* réalisés par différents ministères, la sous-estimation moyenne des coûts publics était de 47% pour les dépenses en capital et de 17% pour les durées d'exécution.<sup>1731</sup>

Par ailleurs, les bénéfices de la *Bvfm* ne peuvent être obtenus que si l'autorité concédante a pu exploiter le mécanisme d'allocation de risque entre les partenaires de manière à baisser le coût total du projet<sup>1732</sup>. Ce processus implique des études approfondies *ex ante*, des mesures à mettre en œuvre, des négociations avec les partenaires, sans compter l'incertitude qui est inhérente au long terme du contrat.

La performance se mesure par la comparaison des réalisations par rapport aux objectifs définis. Cependant, il n'est pas évident de pouvoir chiffrer de manière exacte le coût du produit (*output*), encore moins l'impact ou le résultat (*outcome*) des actions publiques.<sup>1733</sup> L'organisation *National Audit Office (NAO)* réalise des audits qui ont pour tout un tas de raisons conceptuelles porté sur l'approche économique plutôt que sur l'efficacité et l'efficacité des politiques publiques.<sup>1734</sup>

---

<sup>1727</sup> BLANKEN (A.), DEWULF (G.), « Evaluer la *value for Money*' : vers un cahier d'évaluation? », in CAMPAGNAC (E.), "Evaluer les partenariats public-privé en Europe", Presses de l'Ecole nationale des Ponts et chaussées, Paris, 2009, pp. 225 et s.

<sup>1728</sup> DEMIRAG (I.), DUBNICK (M.J.), KHADAROO (M.I.), « A framework for examining accountability and value for money in the UK's Private Finance Initiative », *JCC*, 15(3), 2004, pp.1 et s.

<sup>1729</sup> GAFFNEY (D.), POLLOCK (A.M.), PRICE (D.), SHAOUL (J.), "PFI in the NHS – Is There an Economic Case", op.cit. ; "NHS Capital Expenditure And The Private Finance Initiative – Expansion or Contract, A policy in search of a Rationale", op.cit.

<sup>1730</sup> HM TREASURY, *The Green Book, Appraisal and Evaluation in Central Government*, 2003.

<sup>1731</sup> Ibidem. Une note complémentaire consacrée au 'biais d'optimiste' dans l'évaluation des projets a été annexée au livre vert par les autorités britanniques, qui tirent ainsi les délais dans le 'procurement' britannique: *Review of Large Public Procurement in the UK*, Juillet 2002, disponible sur le site : [http://www.hm-treasury.gov.uk/media/A00/D3/green\\_book\\_mott.pdf](http://www.hm-treasury.gov.uk/media/A00/D3/green_book_mott.pdf).

<sup>1732</sup> HM Treasury, *Value for money assesment guidance*, op.cit., p. 14 et s.

<sup>1733</sup> BUREAU (D.) et al., « Mesurer la performance de la gestion publique à la lumière de l'analyse économique », *Revue Française des Affaires sociales*, 2010/1 n° 1-2, p. 89 et s. p.98.

<sup>1734</sup> BLANKEN (A.), DEWULF (G.), « Evaluer la Value for Money : vers un cadre d'évaluation », in CAMPAGNAC (E.), op.cit., p.229.

### III) LA SOUPLESSE DU CADRE NORMATIF CONCERNANT LES PPP

A la différence de la France, *l'Angleterre n'a qu'un système de règle pour résoudre les questions publiques et privées. Le droit administratif n'est pas soumis aux juristes traditionnels, il est un signe, un privilège de l'Etat.*<sup>1735</sup> Dans ce pays, un encadrement légal minimal suffit pour gérer le sujet des domaines régaliens délégués au secteur privé, tandis qu'en France, ces questions relèvent du domaine constitutionnel.

L'absence de constitution écrite a été un facteur de souplesse qui facilite les réformes de gestion publique au Royaume-Uni. Ainsi, le cadre juridique des achats publics qui est constitué de lois cadres, laisse au gouvernement une large manœuvre dans le domaine d'externalisation. En effet, à part quelques domaines limités légalement, la délégation des missions publiques est en général encouragée. Cette souplesse a favorisé la mise en œuvre du programme *PFI*. Ainsi, *la législation n'a qu'une importance réduite en ce qui concerne la PFI, et quelques textes seulement lui sont directement ou indirectement liés.*<sup>1736</sup>

Le lancement des projets PFI/PPP dégage l'idée de flexibilité, *il est maintenant clair que le gouvernement veut des accords, pas de règles.*<sup>1737</sup> En effet, le gouvernement anglais a affirmé sa volonté de fixer un cadre minimum ; les quatre guides ministériels<sup>1738</sup> ayant servi de base sont ensuite complétés par de nombreuses publications des institutions spécifiées en la matière. En conséquence, la majorité des règles concernant ces contrats sont élaborées par le Trésor britannique, sous forme de guides.<sup>1739</sup> Cependant, les pouvoirs discrétionnaires ou '*prerogative powers*' du gouvernement ont donné force normative aux guides ministériels qui sont respectés par les ministères et par les autorités locales.<sup>1740</sup> *Sans avoir de véritable force normative, ces guides du Trésor ont posé les règles de la PFI, ... ce corps de règle sera respecté par tous les ministères, et par les autorités locales.*<sup>1741</sup> Ainsi, le gouvernement britannique peut gérer directement des contrats *PFI*.<sup>1742</sup>

En plus des guides, le Trésor Britannique établit des modèles de contrats types, sur la base d'une synthèse des éléments communs à tous les contrats *PFI*. Par ailleurs, un Comité est chargé de résoudre, *à un stade précoce les problèmes de base en rapport avec les conditions du contrat.*<sup>1743</sup> Les crédits sont accordés par le département ministériel après validation du choix du modèle *PFI*.<sup>1744</sup>

---

<sup>1735</sup> MARTINE (G.), « Pierre Legendre, Trésor historique de l'Etat en France. L'administration classique », *Annales, économies, Sociétés, Civilisations*, année 1992, vol. 47, n° 6, p. 1253 et s., p. 1254.

<sup>1736</sup> Les seules limites que le droit anglais pose à l'utilisation des contrats de PFI résultent de deux textes : sur la déréglementation et celle de 1997 sur les contrats des autorités locales.

<sup>1737</sup> HM Treasury, « *The Government has now made clear that it wants deals, not rules* », Breaking New Ground, Private Finance Panel, 1993, p. 7.

<sup>1738</sup> 1- The PFI – Breaking New Ground (BNG) (HM Treasury, novembre 1993). 2- Private Opportunity, Public Benefit – Progressing the PFI (POPB) (HM Treasury, Private Finance Panel, novembre 1995). 3- Partnership for Prosperity – The PFI (PPF) (Treasury Taskforce on Private Finance, novembre 1997). 4- A Step-by-Step Guide to the PFI Procurement Process (Treasury Taskforce on Private Finance, novembre 1997).

<sup>1739</sup> Voir COSSALTER (P.), MARAIS (B. de), *La Private Finance Initiative*, op. cit., p. 19.

<sup>1740</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>1741</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>1742</sup> Le Ministère de finance (HM Treasury) est doté de larges pouvoirs contraignants, issus « *des prerogative powers* ». Voir COSSALTER (P.), Marais (B. de), *La Private Finance Initiative*, op.cit.

<sup>1743</sup> BESANCON (X.), BESANCON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, op.cit., p. 505.

<sup>1744</sup> L'autorité publique doit présenter et justifier son projet par les documents *Strategic Outline Case (SOC)*, et le *Public Sector Comparator (PSC)*. La validation par le ministère ne peut déclencher qu'une

*Les contrats de PFI ont fait l'objet de nombreuses critiques. On leur reproche notamment de ne pas toujours permettre les gains financiers<sup>1745</sup> ou de temps escomptés.<sup>1746</sup> Pour les projets de techniques très complexes, seuls les grands groupes d'entreprises ont les compétences nécessaires, ce qui réduit les avantages du mécanisme de concurrence et le risque du monopole privé dans le secteur.<sup>1747</sup>*

Dans les projets qui impliquent des services stratégiques pour le fonctionnement du pays tels que le projet de métro de Londres, le projet de contrôle aérien, de la défense, des prisons... le mécanisme de transfert de risque vers le secteur privé n'est pas fonctionnel. Il est impossible d'imaginer que le gouvernement britannique peut laisser les opérateurs privés assumer les risques d'une perturbation de contrôle de trafic aérien ou du défaut de service hospitalier pour la population. Le risque dans tous les cas est du côté public. Au niveau des régions, *la contractualisation en l'absence de véritables « gouvernements locaux » ayant une marge d'indépendance financière et juridique n'entraîne pas beaucoup d'effets.*<sup>1748</sup>

Dans le contexte historique et institutionnel de la France, l'accueil et l'intégration des savoirs de la nouvelle gestion publique *NPM* ont pris un aspect très différent du cas britannique. Il en est ainsi pour les échanges d'idées de concepts qui ne cessent de traverser la Manche dans les deux sens.

## **SOUS-SECTION 2) LA MODERNISATION DU CADRE JURIDIQUE DE LA GESTION PUBLIQUE EN FRANCE**

A la différence du modèle britannique qui privilégie le dynamisme *du laissez-faire entrepreneurial*,<sup>1749</sup> le système français met en avant le rôle de l'Etat au service *d'un libre marché intégral, générateur de l'intérêt général.*<sup>1750</sup> Cependant, dans le contexte de l'économie mondialisée, la rigueur du contrôle juridique de la gestion publique française (Paragraphe 1) restreint le dynamisme économique. Ainsi, l'évolution du modèle de partenariat public-privé (Paragraphe 2) est une adaptation nécessaire de la gestion publique.

---

inscription provisionnelle des crédits PFI. La phase suivante doit déboucher sur l'Outline Business Case (OBC), avec un PSC détaillé et le programme ainsi que le cahier des charges. L'autorisation de soumettre le projet à la concurrence est subordonnée à la validation interministérielle de l'OBC et de l'enveloppe de crédit prévue. Voir WEIL (S.), BIAU (V.), *Evaluation de la politique PFI concernant les bâtiments publics en Grande Bretagne*, op.cit., p. 16.

<sup>1745</sup> LICHERE (F.), « Le droit anglais des contrats publics comme modèle? », in *Mélange Guibal*, op.cit., p. 449 et s., p. 461, voir note n° 62.

<sup>1746</sup> LICHERE (F.), « Le droit anglais des contrats publics comme modèle? », op.cit., p. 462, voir note n° 63.

<sup>1747</sup> Voir DUMEZ (H.), JEUNEMAÎTRE (A.), « Combinaison harmonieuse des vertus du public et du privé, ou mélange des genres ? Les partenariats public/privé, nouveaux venus du management public », in *Politiques et management public*, vol. 21 n° 4, 2003. pp.1 et s.

<sup>1748</sup> ROUBAN (L.), « Réformer ou recomposer l'Etat ? Les enjeux sociopolitiques d'une mutation annoncée », in *Revue française d'administration publique* 2003/1 (no105-106), p. 153 et s., p. 154.

<sup>1749</sup> LAURENT (L.), *Les grands courants du libéralisme*, collection Armand Colin, 1998, p.9.

<sup>1750</sup> Ibidem, p.9.

## Paragraphe 1) La rigueur de contrôle juridique de la gestion publique française

La mutation récente de la gestion publique en France (I) révèle une relative réticence par rapport aux concepts *NPM*, importés des pays anglo-saxons. En effet, la logique managériale met en avant les vertus qui ne sont pas toujours en harmonie avec des valeurs du droit administratif français. En conséquence l'adaptation de l'efficacité managériale aux particularismes de la gestion publique française (II) a été une démarche nécessaire.

### I) LA MUTATION RECENTE DE LA GESTION PUBLIQUE EN FRANCE

Le critère de l'efficacité mis en avant par le courant *NPM* a moins d'attrait en France qu'au Royaume-Uni. En effet, *la promotion du thème de l'efficacité n'allait pas de soi : pendant longtemps a prévalu en effet en France le postulat selon lequel la gestion publique, placée sous le sceau de l'intérêt général, ne pouvait être mesurée en termes d'efficacité.*<sup>1751</sup> Avec l'avènement des *NPM*, le droit public français intègre le principe d'efficacité *qui est au cœur de la démarche managériale.*<sup>1752</sup> La rationalité juridique classique du modèle bureaucratique est donc, *dénaturée par la transcription des préceptes managériaux en termes juridiques.*<sup>1753</sup> Ainsi, *la pénétration de la rationalité managériale dans le droit se traduit par la promotion de cet impératif d'efficacité : non seulement celui-ci est érigé en principe juridique, mais encore il devient la condition de validité des normes juridiques.*<sup>1754</sup>

Le développement des techniques managériaux fait son apparition au sein de l'Etat avec la constitution des organisations de formation des gestionnaires publiques dans les années soixante-dix.<sup>1755</sup> Les promoteurs du management public font valoir *la dimension fonctionnelle et analytique* avec la promotion des instruments micro-économiques, notamment les études coûts-bénéfices,<sup>1756</sup> cependant le mode de production des connaissances en matière managériale reste modeste. Par ailleurs, les mesures qui concernent la restructuration du système, notamment la décentralisation ou la rationalisation du statut des fonctionnaires, n'ont pas été dotées de moyens adaptés.

Le changement doit être effectué dans la manière dont le personnel de l'administration assume et exerce ses rôles.<sup>1757</sup> En effet, en l'absence d'obligation de justifier les résultats, *les cadres de la fonction publique n'ont pas été ou insuffisamment*

---

<sup>1751</sup> CHEVALLIER (J.), LOSCHAK (D.), « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *Revue française d'administration publique*, n° 24, octobre-décembre 1982, pp. 679 et s.

<sup>1752</sup> CHEVALLIER (J.), « Management public et Droit », op.cit.

<sup>1753</sup> CHEVALLIER (J.), « La juridicisation des préceptes managériaux », in *Politiques et management public*, vol. 11 n° 4, 1993, *Numero spécial droit et management public* (Numéro préparé par Jean-Bernard Auby) pp. 111 et s., p. 111.

<sup>1754</sup> Ibidem p. 112.

<sup>1755</sup> A l'initiative du ministère des Postes Télécommunication et d'écoles de formation d'ingénieurs et de hauts fonctionnaires. Voir BEZES (P.), « État, experts et savoirs néo-managériaux. Les producteurs et diffuseurs du New Public Management en France depuis les années 1970 », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2012/3 n° 193, p. 16 et s., p. 17.

<sup>1756</sup> BEZES (P.), « État, experts et savoirs néo-managériaux. Les producteurs et diffuseurs du New Public Management en France depuis les années 1970 », op.cit., p. 17.

<sup>1757</sup> CROZET (P.), DESMARAIS (C.), « L'encadrement des organisations publiques face à la modernisation managériale : concilier l'inconciliable ? », *6e Conférence de l'AGRH -Paris Dauphine-* 15 et 16 septembre 2005.

formés aux techniques et aux outils du management indispensables à l'exercice de leur métier.<sup>1758</sup> Dans l'ensemble, les principes *NPM* n'ont pas été structurés en doctrine, à vocation théorique ou idéologique,<sup>1759</sup> et n'ont pas trouvé de terrain pour une large diffusion<sup>1760</sup> dans le système français. En effet, les changements sont limités à l'amélioration des services administratifs par le biais de la concurrence, à l'application des 'mécanismes' de marché dans le secteur public.<sup>1761</sup> L'évaluation de l'action publique a été mise en œuvre tardivement en France. Par ailleurs, elle s'est focalisée sur l'évaluation *ex post* des politiques interministérielles alors qu'à l'étranger les efforts portaient principalement sur l'évaluation *ex ante* des projets gouvernementaux.<sup>1762</sup>

Dans les années 80, le mouvement de réforme a émergé avec la « démarche qualité » et la recherche des voies d'un renouveau du service public.<sup>1763</sup> Vers les années 90, les réformes s'affirment avec la promotion d'une « administration de service », placée sous le triple signe de l'efficacité, de la proximité et de la simplicité.<sup>1764</sup> A partir des années 2000, on a constaté l'influence des consultants privés à travers les réformes comme la loi organique relative aux lois de finances (LOLF)<sup>1765</sup> ou encore la Révision générale des politiques publiques (RGPP).<sup>1766</sup> Ces deux réformes confirment le caractère continu sans rupture de la réforme administrative en France. En effet, si leur temporalité est différente, la LOLF fixant un cadre durable pour l'action publique alors que la RGPP relève d'une stratégie contingente de réforme, ces deux réformes se complètent et se conjuguent, en créant une nouvelle dynamique dont les effets se font sentir sur tous les terrains de la réforme administrative.<sup>1767</sup> La gestion publique est évaluée sous l'angle de l'efficacité économique et celui de la rationalité du choix public des offres de services. Dans le cas de gestion interne, l'efficacité de l'activité publique doit être mesurable.<sup>1768</sup>

La réforme de « Modernisation de l'action publique » (MAP) mise en œuvre en 2012, remplace la RGPP, est basée sur les pratiques fonctionnelles de la simplification des démarches administratives et la promotion de la transparence de l'action publique.<sup>1769</sup>

---

<sup>1758</sup>LACHMANN (J.), « Management privé et management public : la fin des frontières », *Etats généraux du management*, Strasbourg, 15/1/ 2012. Disponible sur le site : <http://www.etatsgenerauxdumangement.fr/egm2012/ddoc-312-S21-JLACHMANN.pdf>, consulté le 17/9/2015.

<sup>1759</sup>BEZES (P.), « État, experts et savoirs néo-managériaux. Les producteurs et diffuseurs du New Public Management en France depuis les années 1970 », *op.cit.*, p. 1.

<sup>1760</sup>Ibidem, p. 1.

<sup>1761</sup>PESQUEUX (Y.), *New public management*, p. 6, disponible sur le site : <https://hal.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/510878/filename/Lenouveaumanagementpublic.doc>, consulté le 22/9/2015.

<sup>1762</sup>PERBET (M.), « Retour sur les expériences d'évaluation en France », *Revue Française des Affaires sociales*, 2010/1 n° 1-2, pp. 101 et s., p. 112.

<sup>1763</sup>CHEVALLIER (J.), « Les orientations nouvelles des politiques de réforme administrative en France », *Pyramides* [En ligne], 19 | 2010, mis en ligne le 10 janvier 2012, consulté le 07 décembre 2015.

<sup>1764</sup>Ibidem.

<sup>1765</sup>« LOLF et gestion de la réforme publique », *Actualité juridique Droit administratif*, 10/2006 ; « Réformes budgétaires et réformes de l'Etat », *Revue française d'administration publique*, n° 117, 2006.

<sup>1766</sup>Ibidem, p. 31. Sur la genèse de la LOLF, voir BEZES (P.), "Path-dependent and path-breaking changes in the French administrative system: the weight of legacy explanations", in PAINTER (M.) et PETERS (B.G.), (éds), *Tradition and Public Administration*, New York, Palgrave Macmillan, 2010, p. 158 et s.

<sup>1767</sup>CHEVALLIER (J.), « Management public et Droit », *op.cit.*

<sup>1768</sup>BUREAU (D.), MOUGEOT (M.), « Mesure de la performance et incitations dans la gestion publique », *Rapport Conseil d'Analyse Economique*, La documentation française, Paris, 2007, pp. 7 et s., p.8.

<sup>1769</sup>LAMARZELLE (D.), *Management public et modernisation des services publics*, p. 28.

De manière beaucoup plus tardive qu'au Royaume-Uni, le mouvement *NPM* a cependant été le vecteur de modernisation de l'administration française. Ainsi, l'action publique s'adapte aux exigences de l'évolution de la société civile, aux contraintes économiques, sans rupture avec ses valeurs traditionnelles.<sup>1770</sup>

## II) UNE ADAPTATION DE L'EFFICACITE MANAGERIALE AUX PARTICULARISMES DE LA GESTION PUBLIQUE FRANÇAISE

*L'action publique est un espace sociopolitique construit autant par des techniques et des instruments que par des finalités, des contenus et des projets d'acteur.*<sup>1771</sup> En effet, la gestion publique ne peut être assimilée à la gestion privée et en conséquence ne peut fonctionner avec les mêmes principes de gestion. Même s'il s'agit d'une *technologie propre, c'est-à-dire un ensemble organisé de pratiques et de savoir-faire gestionnaires, appliqués en l'occurrence dans le cadre spécifique des institutions publiques,*<sup>1772</sup> il est difficile d'assimiler le *NPM* à une modernisation de l'action publique, construite uniquement sur des techniques de gestion. *Néanmoins, c'est bien autour de l'idée de la spécificité irréductible des organisations publiques que sera construit le management public ; et cette spécificité résulterait en tout premier lieu de la relation que ces organisations entretiennent avec le droit.*<sup>1773</sup>

L'action publique doit tenir compte non seulement de l'intérêt général mais aussi des groupes d'intérêts divergents.<sup>1774</sup> Il en est autrement pour la gestion privée qui est concentrée uniquement sur la rentabilité de l'entreprise. *Certaines valeurs professionnelles sont réputées spécifiques à l'action publique, comme la légalité, la continuité et l'adaptabilité,*<sup>1775</sup> sont définies par le droit administratif dont le fondement n'est pas *seulement d'ordre technique.*<sup>1776</sup> Les réformes *NPM* ont tendance à effacer les frontières entre le secteur public et le privé dont la nature de la collaboration se transforme.

L'action publique française est évaluée en termes de production et d'impact sur la société civile. Cette dernière est composée des usagers de service public dont les besoins ne cessent d'évoluer, des citoyens qui réclament une responsabilisation des acteurs publics, des contribuables qui demandent l'optimisation des dépenses publiques. Même si la pression de performance est moins forte sur l'administration que sur les gestionnaires du secteur privé, la réalisation de cette performance est complexe. *Les difficultés pour déterminer la performance publique sont souvent mises en exergue*

---

<sup>1770</sup> CHEVALLIER (J.), « Management public et Droit », op.cit.

<sup>1771</sup> LACOUSME (P.), LEGALES (P.), « L'action publique saisie par les instruments », in *Gouverner par les instruments*, Presses de Sciences Po, 2004, pp.11 et s., p.12.

<sup>1772</sup> CAILLOSSE (J.), « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'Etat », *Revue française d'administration publique* 2003/1 (no105-106), pp. 121 et s., note 15, p. 125.

<sup>1773</sup> CHEVALLIER (J.), « Management public et Droit », op.cit.

<sup>1774</sup> DESMARAIS (C.), ABORD DE CHÂTILLON (E.), « Existe-t-il encore des différences entre le travail des managers du public et ceux du privé ? », in *Revue française d'administration publique*, 2008/4 n° 128, p. 767 et s., p. 774 .

<sup>1775</sup> BETH (M.), Mémoire de master de recherche, RGPP et le droit administratif, Université Panthéon Assas, 2011, p. 93.

<sup>1776</sup> Ibidem, , p. 111.

*comme une caractéristique différenciant management public et management privé.*<sup>1777</sup> Pour évaluer la performance, encore faut-il avoir des indicateurs qui permettent de mesurer les progrès effectués. Dans la pratique, la création des indicateurs de performance est difficile : *la tendance à privilégier les données quantitatives risque d'entraîner une confusion entre mesure de l'activité et mesure du résultat, en conduisant, comme pour la police ou la justice, à une « politique du chiffre » ; mais les éléments d'ordre qualitatif sont par nature difficilement évaluables.*<sup>1778</sup>

En France, le système administratif est basé sur le principe de la rationalité juridique, en conséquence, la modernisation de ce dernier doit tenir compte des particularités administratives et doit renouveler les modalités et les formes d'expression de l'action public. Ainsi, le *management à l'épreuve de l'administration publique devient un moyen de renforcer la prégnance de la rationalité juridique.*<sup>1779</sup>

L'administration française adopte l'évaluation sans abandonner la tradition de contrôle. *Tour à tour, elle fait l'objet d'examens de conformité à des normes d'organisation ou de fonctionnement puis de comparaisons au regard de bonnes pratiques dans le contexte de réforme générale de l'Etat et d'assainissement de ses finances publiques.*<sup>1780</sup> Ainsi, le mouvement NPM en France est *contrôlé sous l'angle de ses processus et évalué au regard de ce qu'il produit.*<sup>1781</sup> Le management privé qui est adopté au secteur public n'a plus le même contenu ; ses objectifs ne sont plus ceux qui préoccupent des professionnels, des praticiens et des théoriciens de la gestion privée.<sup>1782</sup>

Selon le professeur Chevallier, *cette hybridation paraît à vrai dire inévitable dès l'instant où la gestion publique ne saurait pas plus abandonner un référentiel juridique qui lui confère sa véritable spécificité que renoncer à l'impératif d'efficacité, qui est devenue une valeur incontournable.*<sup>1783</sup> Le professeur Caillosse émet des réserves en ce qui concerne les qualités des réformes NPM : *« On observera que les transformations dictées par la raison managériale risquent de porter atteinte à des savoir-faire comme à des valeurs dont notre droit administratif ne cesserait d'entretenir la mémoire, pour autant que l'on peut voir dans ce droit une machinerie complexe qui, mêlant le réel et le symbolique, fonctionne — selon la belle expression de René Chapus <sup>1784</sup> « pour le plus grand service des tiers ».*<sup>1785</sup>

---

<sup>1777</sup> DESMARAIS (C.), ABORD DE CHÂTILLON (E.), « Existe-t-il encore des différences entre le travail des managers du public et ceux du privé ? », in *Revue française d'administration publique*, 2008/4 n° 128, p. 767 et s., p. 774 .

<sup>1778</sup> CHEVALLIER (J.), « Les orientations nouvelles des politiques de réforme administrative en France », op.cit.

<sup>1779</sup> CHEVALLIER (J.), « La juridicisation des préceptes managériaux », in *Politiques et management public*, vol. 11 n° 4, 1993. *Numéro spécial droit et management public* (Numéro préparé par Jean-Bernard Auby), pp. 111 et s. p.132.

<sup>1780</sup> SINNASSAMY (C.), « Contrôle ou évaluation : réalités et illusions du management public », *Pyramides*, disponible sur le site <http://pyramides.revues.org/219>, mis en ligne le 07 Septembre 2011, consulté le 21 Septembre 2015.

<sup>1781</sup> Ibidem.

<sup>1782</sup> CAILLOSSE (J.), « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'Etat », *Revue française d'administration publique* 2003/1 (no105-106), pp. 121 et s., note 15, p. 125.

<sup>1783</sup> CHEVALLIER (J.), « La juridicisation des préceptes managériaux », op.cit.

<sup>1784</sup> Voir CHAPUS (R.), « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, pp. 235 et s.

<sup>1785</sup> CAILLOSSE (J.), « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'Etat », *Revue française d'administration publique* 2003/1 (no105-106), pp. 121 et s., p. 122.

## Paragraphe 2) L'évolution du partenariat public privé en France

Le contexte historique et institutionnel des Etats influence la manière d'assimilation et d'importation des techniques de gestion publique venant de l'étranger. La France a une tradition ancienne de faire coopérer le secteur privé aux œuvres publiques, ce qui a contribué à la construction *d'un cadre institution extrêmement riche en matière de diversité des contrats administratifs*.<sup>1786</sup> Dans le contexte de l'économie financiarisée, la création du contrat de partenariat (I) a été l'occasion de moderniser l'action publique, notamment par la prise en compte de la rationalité du choix public (II) ainsi que par l'intégration de la nouveauté du processus de l'appel d'offre dans les PPP (III).

### I) LA CREATION DU CONTRAT DE PARTENARIAT

Les formalismes et les procédures strictes du système français constituent des obstacles pour le recours à des structures financières modernes de type *PFI*. Sous la pression des demandes du secteur privé et de contrainte budgétaire,<sup>1787</sup> le gouvernement a mis en place des modèles de partenariat sectoriels.<sup>1788</sup> La création ensuite du contrat de partenariat<sup>1789</sup> a suscité beaucoup de controverses entre les partisans<sup>1790</sup> et ceux qui<sup>1791</sup> contestent l'existence de ce contrat dans le cadre de la commande publique. Cependant, ce qui est controversé n'est pas le concept de partenariat en lui-même, mais la technique législative utilisée. En effet, *pour la première fois dans l'histoire des contrats administratifs une nouvelle forme de contrat est créée par un texte écrit*.<sup>1792</sup> Cependant, le PPP, présenté comme une *idée neuve et « inventée » récemment par le droit anglo-saxon, n'a en fait rien de nouveau dans la plupart des pays d'Europe, notamment en France*.<sup>1793</sup>

A la différence du PFI/PPP au Royaume-Uni, *le contrat de partenariat se développe dans un contexte de concurrence avec d'autres solutions contractuelles*,<sup>1794</sup> notamment la concession ou la délégation de service public. En effet, le Cdp est inséré dans *« un cadre institution extrêmement riche en matière de diversité des contrats*

---

<sup>1786</sup> MARTY (F.), VOISIN (A.), « Le contrat de partenariat constitue-t-il une *Private finance initiative* à la Française », *RIDE*, 2006, n°2, pp. 132 et s., p. 137.

<sup>1787</sup> RICHER (L.), « Le contrat de partenariat, le droit et l'économie », *Annales de la régulation*, Bibliothèque de l'institut André Tunc, LGDJ, 2006, pp. 113 et s., p.115.

<sup>1788</sup> MASSENET (M.), *La nouvelle gestion publique*, Paris, Editions d'organisation, 1975 ; BURLAUD (A.), LAUFER (R.), *Management public*, Paris, Dalloz, 1980.

<sup>1789</sup> Le contrat de partenariat est issu de l'ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004 sur les Contrats de partenariats, modifiée par la loi 2008-735 du 28 juillet 2008. Pour les collectivités territoriales, le CP a été codifié au Code général des collectivités territoriales aux articles L1411-1 à L1411-16.

<sup>1790</sup> Les travaux de Claude MARTINAND pour le compte du Conseil Economique et social sur les services publics urbains organisés en réseaux. Voir MARTINAND (C.), in « *Le bon usage des partenariats public privé* », Compte rendu de la réunion du 21 septembre 2005, du Club Penser&Agir en partenariat avec l'Institut de l'entreprise, l'Institut de l'ENS et IDRH.

<sup>1791</sup> AUBY (J.F.), « Les contrats de partenariats sont-ils nécessaires ? », *RFDA*, 2004, p.1095 et s.

<sup>1792</sup> Ibidem, p.114.

<sup>1793</sup> POCHARD (M.), *Diversité juridique et pratiques administratives : L'exemple du partenariat public-privé*, 27è Congrès de l'Institut International de sciences administratives, Abu Dhabi 9/14 Juillet 2007, p. 1.

<sup>1794</sup> L'idée d'un code de commande public a été en débat. Voir MARTY (F.), VOISIN (A.), « Le contrat de partenariat constitue-t-il une *Private finance initiative* à la Française », *RIDE*, 2006, n°2, pp. 132 et s., p. 133.

*administratifs* ». <sup>1795</sup> Cette gamme d'outil de gestion publique permet une intervention variée et adaptée selon les affaires publiques concernées. En conséquence, le Cdp est soumis aux conditions d'éligibilité et devait justifier le bien fondé du choix. <sup>1796</sup> Il faut ainsi démontrer que la solution partenariale est la seule possible pour l'action concernée et qu'elle soit plus rentable que les autres solutions.

Les PPP sont des moyens de contrôler et de mesurer la satisfaction des besoins du service public dans la durée. Cependant, le Cdp n'a pas vocation à remplacer les marchés publics ou les délégations de service public, cet instrument est une concession à paiement public <sup>1797</sup> qui offre aux personnes publiques plus de liberté dans l'objectif *d'accroître la réactivité de l'Etat et de réduire les délais de constructions des édifices publics*. <sup>1798</sup> Avec le Cdp, un changement s'est opéré dans la gestion de la commande publique. En effet, la commande publique devient une opération économique et nécessite des calculs économiques complexes. <sup>1799</sup> Par ailleurs, la gestion globale permet de mesurer l'efficacité du projet, cela consiste à mettre en parallèle le coût total du projet – l'investissement, technique, juridique, tout au long de la durée du contrat de l'ensemble de l'opération et la qualité du service, l'adéquation aux besoins des usagers. <sup>1800</sup>

## II) LA RATIONALITE DES CHOIX PUBLICS

Le montage contractuel et financier des Cdp génère un surcoût qui anéantirait tout intérêt de cet instrument si le gain apporté ne pouvait pas le compenser. <sup>1801</sup> Ainsi, le choix du bon contrat <sup>1802</sup> ne dépend pas seulement de la définition préalable des caractéristiques des prestations mais aussi de la définition exhaustive des besoins. <sup>1803</sup> *Définir son besoin est considéré comme la clé de voûte, le préalable indispensable à la passation de tout contrat de la commande publique*. <sup>1804</sup> Il s'agit de la prise en compte de

---

<sup>1795</sup> MARTY (F.), VOISIN (A.), « Le contrat de partenariat constitue-t-il une *Private finance initiative* à la Française », op.cit., p. 137.

<sup>1796</sup> LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), « L'irrésistible ascension du partenariat public-privé, *C ontrats et marchés publics*, n° 11, novembre 2002, Repères. Sur la loi elle-même, voir not. : Fenoyl (E. de), « Timide avancée pour le contrat de partenariat » op.cit. ; LINDITCH (F.), « Bientôt une réforme des partenariats public-privé ? », *Contrats Marchés publics*, 2007, alerte 12.

<sup>1797</sup> Il s'agit des secteurs où la rémunération ne peut provenir des usagers, notamment les secteurs hospitaliers, pénitentiaire, l'éducation nationale. Voir LIGNIERES (P.), *Partenariats public privé*, Lexis Nexis, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, 2005, p.117.

<sup>1798</sup> DREYFUS (J. D.), « Le contrat de partenariat ne doit pas être banalisé », *AJDA*, 2003, p.1353 et s.

<sup>1799</sup> KIRAT (T.) « Contrat de partenariat et économie du contrat », in *Droit et ville*, pp.85 et s., p. 90.

<sup>1800</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>1801</sup> Voir MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES, *Les contrats de partenariats, principes et méthodes*, 2011, p. 21.

<sup>1802</sup> *Le choix du contrat le plus adapté ne résulte pas de la seule définition qualitative et quantitative des prestations attendues, mais il existe bien différents modes contractuels susceptibles de répondre au même besoin*. Voir BENCHIKH (L.), « La définition des besoins et le choix du bon contrat », *Contrats publics*, n° 100, juin 2010 pp.100 et s.

<sup>1803</sup> La jurisprudence concernant les sanctions des imprécisions en matière de définition des besoins de l'administration révèle ce point faible : en matière de déclaration d'infructuosité, TA Grenoble 13 octobre 2000, *Préfet de Haute-Savoie*, req. n° 00774, à propos des estimations financières irréalistes de l'administration ; ou en matière d'avenant, CE 8 mars 1996, *Commune de Petit-Bourg*, req. n° 165075, à propos de sujétions techniques finalement considérées comme prévisibles.

<sup>1804</sup> *Pour une illustration voir* : CE 15 décembre 2008, 31/03/80 : « *Que faute d'avoir précisément défini le type des prestations complémentaires envisagées, lesquelles doivent nécessairement être en rapport direct avec l'objet du marché, la communauté urbaine de Dunkerque et la ville de Dunkerque n'ont pas eu égard à l'insuffisante définition de la nature et de l'étendue de leurs besoins et à la marge de choix discrétionnaire qu'elles s'étaient ainsi réservée, prévu des modalités d'examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure* ».

*l'ensemble des considérations tendant à identifier le mode contractuel le plus adapté, correspond ainsi, notamment aux intérêts « économique, financier, juridique et administratif », qu'apporte ce type de contrat par rapport à un autre.*<sup>1805</sup>

Dans cette approche, l'acheteur public doit tenir compte en premier lieu, de l'ensemble des moyens dont il dispose tout en connaissant les caractéristiques organisationnelles, financières et techniques correspondant à ces moyens et ensuite des contraintes de mise en concurrence. La démarche n'est pas seulement par rapport à l'obligation légale de l'évaluation préalable mais il s'agit aussi de prévoir les autorisations d'engagement correspondantes.<sup>1806</sup> Dans ce cadre, la personne publique qui décide doit s'assurer quelles sont les sources de financement adéquates pour le type de projet avant de discuter avec les candidats éventuels.

Pour le recours au Cdp, l'autorité concédante doit faire une analyse juridique, financière, économique et administrative pour démontrer qu'elle ne peut *définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet.*<sup>1807</sup> Par ailleurs, l'évaluation ne signifie pas simplement une estimation en coût, mais aussi en termes de performance, de partage de risques, mais aussi des délais. La finalité de l'évaluation préalable est de justifier de l'opportunité du recours au modèle partenarial. On peut dire que le Cdp a inauguré l'exigence d'évaluation préalable ainsi que la procédure spécifique précontractuelle dans le domaine des contrats administratifs.<sup>1808</sup>

La maîtrise des coûts réels constitue un défi majeur pour le recours au Cdp. En effet, pour procéder à l'analyse comparative, la personne publique n'a pas toujours une connaissance parfaitement exacte de ses propres coûts, notamment les coûts cachés. Il s'agit en premier lieu des coûts d'expertise technique et juridique, ensuite des coûts indirects liés au risque politique et du coût du crédit.<sup>1809</sup> Le Cdp est centré autour de la performance, il est particulièrement important dans le cadre du suivi, de s'assurer que les performances définies contractuellement sont atteintes. Celles-ci peuvent, par exemple, porter sur les délais, sur les coûts ou encore sur des standards de qualité et de quantité. Ici encore, ce sont la pertinence et la rigueur des clauses contractuelles qui doivent permettre de suivre le bon déroulement du PPP.<sup>1810</sup>

La difficulté de réaliser des vérifications dans la pratique, tient au fait que la personne publique ne dispose pas forcément de l'expertise technique nécessaire pour appréhender la gestion du partenaire privé. Cette tâche est d'autant plus difficile que pour être pertinent, il faut prendre en compte les besoins sur le long terme. Ce qui implique que la définition des besoins doit être étendue aussi à la phase d'exploitation et de maintenance du projet. La faiblesse de la culture économique chez les décideurs publics incite souvent ces derniers à se concentrer sur l'aspect purement financier des

---

1805 BENCHIKH (L.), La définition des besoins et le choix du bon contrat», *Contrats publics*, op.cit.

1806 OUDOT (J.M.), MENARD (C.), « L'évaluation préalable dans les contrats partenariats », *RFAP*, pp. 349 et s., p.350.

1807 Article 2, ordonnance 2004.

1808 Ibidem.

1809 LINDITCH (F.), « Les PPP, vecteurs d'externalisation et de déconsolidation, quelques interrogations de nature financière », *Droit et Ville*, 2006.

1810 LICHERE (F.), MARTOR (B.), PEDINI (G.), THOUVENOT (S.), *Pratique des partenariats public privé*, op.cit., p.75.

1810 Ibidem, p. 203.

investissements, *vus sous l'angle de la faisabilité immédiate*.<sup>1811</sup> Compte tenu des spécificités des Cdp, la procédure de l'appel d'offre a aussi été réaménagée pour ce type de contrat.

### III) LA NOUVEAUTE DE LA PROCEDURE DE L'APPEL D'OFFRE DANS LES PPP

La directive n ° 2004/18 du 31 mars 2004<sup>1812</sup> relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics a créé une nouvelle procédure : le dialogue compétitif pour les contrats globaux. Ce mécanisme élargit la marge de liberté de la personne publique dans la négociation du contrat. L'objectif est de *sauvegarder à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des autorités adjudicatrices de discuter avec ces derniers sur les aspects du marché*.<sup>1813</sup>

En France, la procédure de dialogue compétitif<sup>1814</sup> est imposée, lorsque le Cdp est justifié par le motif de la complexité du projet<sup>1815</sup>. Cependant, pour mener à bien cette procédure, la personne publique doit renforcer ses compétences ou se faire assister par des conseillers externes pour vérifier la validité des propositions de l'opérateur privé. La mise en œuvre des discussions entre les partenaires sont nécessaires pour trouver la meilleure solution aux objectifs de performance. Il s'agit d'une grande nouveauté par rapport à une procédure appel d'offre classique.<sup>1816</sup>

Le cadre strict des procédures de passation de marchés publics<sup>1817</sup> fait partie des questions de l'éthique dans le domaine public, érigé en objectif politique français. La négociation est souvent considérée comme suspecte, dans bien des esprits<sup>1818</sup>. *Le droit des marchés publics s'est construit, en quelque sorte, contre la négociation, imposant le recours à des procédures de passation (dont l'appel d'offres) exclusives de toute*

---

<sup>1811</sup> PIRON (V.), « Les données actuelles des partenariat public privé », *La revue du Trésor*, pp.319 et s. , p.319.

<sup>1812</sup> TESSIER (A.), «La refonte des directives communautaires sur la coordination des procédures de passation des marchés publics», *BJDCP*, n° 27, p. 97.

<sup>1813</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la directive n° 2004 /18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

<sup>1814</sup> L'appel d'offres constitue donc le principe et le dialogue compétitif, l'exception (qui ne peut être envisagée ainsi que précédemment rappelé, que dans les hypothèses où l'exigence de complexité est satisfaite). Ils sauront que la procédure négociée, avec publication d'un appel public à la concurrence, est réservée aux opérations dont le montant est inférieur à un seuil fixé par décret (très vraisemblablement : 5, 150 millions d'euros). Pour un panorama complet des procédures applicables au contrat de partenariat, voir BERGERE (F.), BEZANCON (X.), DERUY (L.), FISZELSON (R.) et FORNACCIARI (R.), *Le guide opérationnel des PPP*, Editions le Moniteur, Paris, 2007.

<sup>1815</sup> La procédure de dialogue compétitif est autorisée dans le cadre des marchés publics particulièrement complexes (ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées, soumises au code des marchés publics.). Voir DELELIS (P.), « Le dialogue compétitif », *La Revue du Trésor*, n° 3-4, 2007, p. 279 et s., *Charte du dialogue compétitif*, 18 janvier 2007, disponible sur le site de l'IGD, [www.fondation\\_igd.org/pdf/competitif\\_2.Pdf](http://www.fondation_igd.org/pdf/competitif_2.Pdf) ; MARTINAND (C.) « Le dialogue compétitif, un partenariat gagnant », *La Tribune*, 18 janvier 2007.

<sup>1816</sup> Dans une délégation de service public, l'entité publique assume la conception et la définition des détails de son besoin et le confie au secteur privé pour la réalisation.

<sup>1817</sup> Dans les marchés publics traditionnels, l'appel d'offre est encadré par les règles strictes et impose la neutralité et la liberté d'accès des candidats. A part le cas de la concession, il ne doit pas y avoir de contact personnel entre les autorités adjudicatrices et les candidats. Le droit de commande publique est souvent critiqué comme étant un droit contraignant et liberticide. Voir PIGNON (S.), «Le dialogue compétitif, une opportunité pour les acteurs de la commande publique», *AJDA*, 2004, p. 1521 et s.

<sup>1818</sup> PEYRICAL (J.M.), « Régime de passation des contrats publics, le droit des délégations comme modèle ? », *op.cit.*

*discussion entre les pouvoirs adjudicateurs et les candidats, et reléguant, à l'inverse, la négociation au rang d'une procédure dérogatoire et exceptionnelle.*<sup>1819</sup> Cependant, le passage d'une logique de moyens à une logique de résultats implique que les autorités concédantes doivent estimer quelles sont les performances demandées aux acteurs privés. Dans les cas d'achats traditionnels, le partenaire public se contente de trouver la solution la plus économique par rapport à des spécifications précises définies dans le cahier des charges, ainsi, les critères de sélection sont fondés uniquement sur des critères quantitatifs. Ces derniers ne sont pas pertinents dans les projets PPP, puisque la crédibilité<sup>1820</sup> des candidats est aussi un élément qui permet de mieux garantir les résultats dans les projets PPP.

Dans la procédure de dialogue compétitif, la publication obligatoire des appels d'offre est suivie d'une pré-qualification qui permet de réduire le nombre des candidats participant ensuite au dialogue compétitif. En effet, l'appel d'offre concurrentiel recommande la restriction du choix de 3 ou 4 candidats, pour éviter des frais inutiles de présentations d'offres. Cependant, les cahiers des charges doivent définir clairement les responsabilités du concédant et les critères d'attribution explicites<sup>1821</sup> dans l'objectif de la transparence. Ainsi, *avec le dialogue compétitif, on ne répond plus à un cahier des charges conçu de manière indépendante, on rentre dans un schéma vertueux qui permet au maître d'ouvrage public et au candidat de construire ensemble le projet final.*<sup>1822</sup>

La définition préalable des besoins suppose que l'acheteur doive connaître non seulement ses propres besoins<sup>1823</sup> mais aussi l'état du marché. La difficulté de réaliser des vérifications en pratique tient au fait que la personne publique ne dispose pas forcément de l'expertise technique nécessaire pour appréhender la gestion du partenaire privé. Pour avoir une base de discussion, un programme fonctionnel<sup>1824</sup> pourrait être préparé de manière plus ou moins détaillée selon les résultats attendus par la personne publique. Un avant-projet de contrat et un projet de matrice de risque sont des documents complémentaires qui permettent d'accélérer les négociations avec les candidats. Dans la réalité, souvent, l'autorité publique ne dispose pas du programme fonctionnel. Les coûts estimés par les autorités publiques sont souvent inférieurs à ceux prévus par les candidats dans le cadre du dialogue compétitif, ce qui oblige ces derniers à réduire les demandes pour pouvoir respecter le budget prévu.<sup>1825</sup>

Le rapport Sueur propose le renforcement des capacités de contre-expertise de la MAPP *par la création d'une base de données sur les différents coûts induits par un contrat de partenariat, et par la définition d'une doctrine d'évaluation et de mutualisation des bonnes pratiques entre les différents acheteurs publics.*<sup>1826</sup> En ce qui

---

<sup>1819</sup> LEPRON (F.), *Quelle place pour le dialogue et la négociation dans l'achat public*, *Contrats publics*, n° 100, juin 2010, pp. 59 et s.

<sup>1820</sup> Les informations concernant les capacités financières et techniques de l'entreprise doivent renseigner les sélectionneurs sur la solidité et les compétences des soumissionnaires.

<sup>1821</sup> BESANCON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, Paris, LGDJ, 1999, 2ème tirage avec mise à jour 2001, p. 503.

<sup>1822</sup> PEAUCELLE (T.), « Un encouragement à l'innovation », *ENA hors les murs, dossier les partenariats public-privé*, hors-série, juillet août 2012, p. 11 et s. p. 11.

<sup>1823</sup> *Les acheteurs publics sont tenus de définir la nature et l'étendue de ces besoins. Voir CJCE 10 mars, Commission c/République italienne, aff. 1999/85 : Rec. p. 1055.*

<sup>1824</sup> Le programme fonctionnel définit les exigences de la personne publique (en termes d'obligations et de résultats), et doit exprimer des performances exigées par cette dernière. Voir TERRIEN (G.), *L'appel d'offres sur performances*, édit. Eka, 2003.

<sup>1825</sup> BRACONNIER (S.), DELELIS (Ph.), « Partenariats public-privé : Guide des mauvaises pratiques », *Contrats et marchés publics*, n°12, décembre 2010, p.46 et s., p.47.

<sup>1826</sup> SUEUR (J.P.), PORTELLI (H.), *Les partenariats public-privé*, Rapport op.cit., p. 46.

concerne la pertinence du Cdp, le rapport identifie trois catégories de services qui ne sont pas adaptées à ce type de contrat. En premier lieu, *des services très évolutifs au point de vue technologique* dans lesquels le partenaire public sera obligé de faire face à des renégociations difficilement maîtrisables, au niveau des coûts, ensuite *des services pour lesquels les critères de qualité objectifs et opposables sont difficiles à déterminer* et enfin *des services pour lesquels s'appliquent de fortes évolutions réglementaires ou sanitaires*.<sup>1827</sup>

---

<sup>1827</sup> Ibidem, p. 53.

## CONCLUSION : TITRE 1

L'étude de la mise en œuvre des PPP ne peut omettre la problématique de l'environnement financier et celle de la gestion publique dans la mondialisation. En effet, la crise économique et financière a mis au grand jour la question des valeurs dominantes de l'économie et les impacts sur le développement des PPP. Le financement est considéré comme l'objectif mais aussi la finalité des pratiques économiques. Les notions de *financiarisation, mondialisation, libéralisation tendent à se confondre dans une réprobation généralisée dont la finance constituait l'illustration même.*<sup>1828</sup>

La comptabilité est le lieu où se concrétisent de nouvelles formes de conflit<sup>1829</sup> entre les différents pouvoirs d'influence, à défaut d'être l'instrument médiateur des divergences conflictuelles entre le pouvoir public et les acteurs financiers. A travers la normalisation comptable, se révèle la concrétisation de l'évolution idéologique du système socialiste. En effet, la prise en compte éventuelle des principes comptables qui accordent une priorité aux marchés financiers est un signe révélateur d'une révision de l'idéologie socialiste au Vietnam. Le passage à un système de comptabilité patrimoniale présente des risques pour la gestion publique, l'expérience de la France peut inspirer les réformes du système de comptabilité en cours au Vietnam. Les questions essentielles concernant la comptabilité et son impact sur la gestion publique constituent des pistes de réflexions dans les réformes ultérieures.

Ces évolutions ont révélé la manière dont la tradition juridique française faisait face à la montée en puissance de l'économie du marché mondial. Cette adaptation témoigne du caractère vivant d'un droit qui ne fait pas table rase de toutes ses racines pour s'adapter aux évolutions du temps. Cette qualité est très utile dans le contexte du Vietnam puisque cela permet à ce dernier de définir sa propre voie pour trouver un équilibre entre la tentation de s'engager à fond dans la voie économique et l'élaboration d'un cadre juridique rigoureux qui permet d'encadrer les externalités.

*Lorsqu'une « vague de réformes » frappe un pays, elle doit passer un test de compatibilité : une compatibilité élevée se traduit par une plus grande acceptation et une compatibilité faible suscite un rejet, une résistance ou une adaptation lente et pragmatique des réformes aux traditions culturelles.*<sup>1830</sup> Les réformes NPM britanniques présentent une compatibilité faible avec le système dirigisme du Vietnam, en conséquence, le risque de rejet est important. Le droit administratif français privilégie la hiérarchie et le légal-rationnel, des éléments qui sont considérés comme nécessaires à la cohérence et à la sécurité du système. Ces éléments sont utiles à la consolidation du système administratif vietnamien.

---

<sup>1828</sup> THEVENET (M.), « Finance et management », Domination ou soumission, *Revue française de gestion*, 2009/8 n° 198-199, p. 173 et s., p. 185.

<sup>1829</sup> LE (N. T.), « Liens entre comptabilité et système économique : la transition vietnamienne, La place de la dimension européenne dans la comptabilité », *Contrôle Audit*, Strasbourg, 2009, p. 163.

<sup>1830</sup> BRUNSSON (N.), OLSEN (J.P.), *The Reforming Organization*. London and New York : Routledge, 1993.

**TITRE II) LES PARTENARIATS  
PUBLIC-PRIVE ET LE  
DEVELOPPEMENT DES SERVICES DE  
RESEAUX : LES REFERENCES  
FRANÇAISES POUR LA MUTATION  
DES TUTELLES AU VIETNAM**

Les entreprises des industries de réseaux sont au centre des débats de compétitivité nationale, dans le contexte de la compétition internationale accrue, de la raréfaction des budgets publics des années 80.<sup>1831</sup> La réforme des industries de réseaux fait partie des changements importants de l'économie libérale. Ces réseaux se sont développés en fonction des spécificités géographiques mais aussi par rapport à l'influence de la culture sociale et politique de chaque pays.<sup>1832</sup>

L'intervention de l'Etat dans les secteurs de réseaux est nécessaire en raison des impacts sociaux de ces activités. Dans le système français, les obligations de service public sont imposées aux fournisseurs privés des services de réseaux.<sup>1833</sup> En effet, le prestataire de services doit tenir compte des missions reconnues comme indispensables à la cohésion sociale, au développement économique...

C'est le consensus politique qui permet de qualifier un service de service public de réseau.<sup>1834</sup> Tandis que le Royaume-Uni privatise les entreprises publiques dans les secteurs de réseaux, la France, fidèle à la tradition colbertiste, a fait évoluer le mode d'intervention étatique des secteurs de réseaux. Le modèle français est en conséquence plus proche de la politique vietnamienne qui s'oriente vers un modèle de «mercantilisme fortement coloré de protectionnisme.»<sup>1835</sup> En effet, dans ce pays, à la place du retrait du rôle de l'Etat, les dirigeants préfèrent améliorer l'intervention étatique et lui trouver une légitimité. Par ailleurs, la réussite des PPP dans les secteurs de réseaux dépend du compromis trouvé entre l'intervention de l'Etat pour les objectifs sociaux et politiques et l'autonomie de l'opérateur privé pour manœuvrer ses activités. Ainsi, la gestion des PPP dans les secteurs de réseaux implique de clarifier les questions suivantes :

Chapitre 1) La légitimité de l'intervention étatique : les missions d'intérêt général

Chapitre 2) Le nouveau mode de contrôle étatique : la régulation

---

<sup>1831</sup> ISODORO (C.), *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire*, op.cit., p. 116.

<sup>1832</sup> MARTINAND (C.), « Les grands réseaux et l'Europe. Transports, énergie, communications. Pour une approche nouvelle combinant efficacité, concurrence et service public », in *Flux*, n°6, 1991. pp. 54 et s., p. 54.

<sup>1833</sup> ZIAMI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, Issy les Moulineaux, 2015, p. 7.

<sup>1834</sup> LAMARCHE (T.) « Du service public à la relation clientèle dans les services en réseau », in *Politiques et management public*, vol. 18 n° 3, 2000. pp. 1 et s., p. 10.

<sup>1835</sup> Voir FLOUZAT-OSMONT d'AMILLY (D.), « L'Europe et l'évolution du modèle chinois », *Politique Etrangère* 2011/2 (Eté), pp. 389 et s.

## **CHAPITRE I) LA LEGITIMITE DE L'INTERVENTION ETATIQUE : LES MISSIONS D'INTERET GENERAL**

Selon la définition de la 2<sup>ème</sup> conférence des Nations Unies sur les Etablissements Humains, les services de réseau dans les domaines de *l'approvisionnement en eau potable, l'assainissement, la gestion des déchets, la protection sociale, les transports et les communications, l'approvisionnement énergétique*,<sup>1836</sup> sont considérés comme des services de bases.

Les industries de réseaux ont un caractère fortement capitalistique. Dans le contexte de rareté de fonds publics au Vietnam, le recours aux PPP pourrait être une solution pour le développement de ces secteurs. Cependant, l'approche sociale des PPP doit être prise en compte par les autorités publiques qui ont souvent tendance à limiter leur intervention à des questions techniques de l'accès du client ou des questions économiques de la rentabilité du réseau.<sup>1837</sup> En effet, ces domaines ont une dimension sociétale *qui va bien au-delà de la simple question de l'accès (technique et économique) aux services de base*.<sup>1838</sup>

Les objectifs de cohésion sociale ne peuvent être atteints sans l'élaboration d'un cadre juridique des services publics. (Section 1) En effet, les normes juridiques sont nécessaires pour définir les droits et les obligations de la population et de l'administration. Cet aspect est spécialement important dans les services de l'eau en raison du caractère stratégique de ce secteur. La réforme de la gestion locale des services de l'eau (Section 2) est une occasion d'améliorer la relation entre le pouvoir public et les citoyens, d'optimiser la relation entre le gouvernement central et les autorités régionales.

### **SECTION 1) L'ELABORATION D'UN CADRE JURIDIQUE DE SERVICES PUBLICS**

La faiblesse des services publics au Vietnam est due à l'absence du concept de service public et à la priorité du développement économique. Dans ce domaine, le gouvernement externalise des secteurs considérés comme non stratégiques. En conséquence, la majorité des secteurs de réseaux reste le monopole du secteur public. Il est nécessaire d'appréhender la question de l'offre de service sous un angle global, ce qui inclut les aspects économique, technique et social. En premier lieu, l'intégration du concept de service public dans les réformes sociales au Vietnam (Sous-section 1) est une démarche nécessaire à l'élaboration d'un cadre juridique. Ensuite, le recours aux références du droit comparé des pays développés pour mieux appréhender le mode d'intervention étatique dans les service de réseau (Sous-section 2) est utile pour le changement des modes de gestion publique dans ces domaines.

---

<sup>1836</sup> IGD, CHABANNE (P.E.), BATOT (S.), *Gouvernance contractuelle des services de bases en réseaux*, 2012, p. 6.

<sup>1837</sup> AFD, *Service d'eau et secteur privé dans les pays en développement*, 2010, p. 11.

<sup>1838</sup> *Ibidem*, p. 11.

## Sous-section 1) Le concept de service public dans les réformes sociales au Vietnam

La définition des rôles assumés par les autorités publiques dans les secteurs de réseaux est importante puisque les actions publiques ne sont pas les mêmes dans un domaine considéré comme mission de service public ou comme de simple service d'intérêt général. *Le critère de définition de ce qui doit être un service public est le degré d'intervention, l'échelle de responsabilité de l'autorité publique dans la gestion d'une activité.*<sup>1839</sup> Ainsi, pour remédier à des lacunes de la politique sociale au Vietnam (Paragraphe 1) et améliorer les services publics, le gouvernement doit tenir compte de la nécessité de définir des missions de service public dans les secteurs de réseau. (Paragraphe 2)

### Paragraphe 1) Les lacunes de la politique sociale au Vietnam

La politique de l'ouverture à l'économie de marché accapare les moyens publics pour le développement du pays aux dépens de la politique sociale. En effet, la priorité des actions économiques sur le développement social (I) a abouti à un déficit des offres publiques en matière de service de base. (II)

#### I) LA PRIORITE DES ACTIONS ECONOMIQUES SUR LE DEVELOPPEMENT SOCIAL

Au Vietnam, avec l'essor de la croissance, les besoins de la société se multiplient. Le développement économique augmente l'inégalité sociale entre les classes sociales et entre les régions du pays. En raison de l'interdépendance des dimensions sociales, économiques et humaines, il est difficile de déterminer une priorité et ensuite, chercher à équilibrer ces paramètres. En conséquence, il est important de trouver un compromis entre les objectifs de développement économique et de réduction des inégalités sociales.

La croissance économique au Vietnam a surtout bénéficié à certaines catégories sociales minoritaires, en conséquence l'écart entre riches et pauvres s'élargit.<sup>1840</sup> Sur le plan géographique, la disparité entre les régions urbaines développées et les régions rurales délaissées se creuse.<sup>1841</sup> La population vivant dans des zones reculées ou sujette aux phénomènes de catastrophes naturelles est encore cantonnée dans la trappe de pauvreté. Les minorités ethniques sont les plus délaissées dans le processus de développement.

La focalisation sur des objectifs économiques sans se préoccuper des externalités négatives sur la population, est néfaste pour le développement harmonieux du pays. En effet, la gestion sociale est un préalable pour réduire la pauvreté même en situation de

---

<sup>1839</sup> VILLAIN-COURRIER (A.E.), *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Dalloz, Paris, 2004, p. 134.

<sup>1840</sup> Si la proportion des ménages pauvres a pu être ramenée de 26-28% à 12-13% pendant et après les années 90, celle des familles riches a augmenté de 3- 4% à 12-13% vers la fin de la même décennie.

<sup>1841</sup> Le territoire du Vietnam s'étend sur plus de 2000 km du nord au sud, constitue aux trois quarts de montagnes et de collines. Les populations qui vivent dans les zones reculées, les minorités ethniques, ont un accès réduit aux soins de santé et à l'éducation.

croissance forte.<sup>1842</sup> En conséquence, le prélèvement d'une part de croissance pour financer la réduction des inégalités sociales s'impose. *Au-delà de l'impératif social, la réduction de la pauvreté peut donc apparaître aussi comme l'un des facteurs d'efficacité économique à long terme.*<sup>1843</sup> Ainsi, la politique de développement basée sur le dynamisme de l'urbanisation doit tenir compte de l'apparition de nouvelles zones de pauvreté qui *caractérisent les processus d'urbanisation insuffisamment maîtrisés.*<sup>1844</sup>

Dans le système socialiste, l'Etat, en tant qu'unique propriétaire de tous les moyens de productions, doit subvenir aux besoins de la population. Ainsi, sous le régime socialiste, les prestations sociales sont totalement gratuites. Dans la réalité, Le système qui doit garantir à la population l'accès aux services de base nécessaires à la vie quotidienne, a cependant développé une relation sociale basée sur l'assistanat et des gaspillages considérables, sans en apporter les bénéfices voulus.<sup>1845</sup> En effet, en l'absence de moyens budgétaires et institutionnels, les objectifs de service public resteront dans les discours politiques sans réalisations dans la pratique.

Malgré l'accent mis sur le volet social, le Vietnam n'a pas de tradition d'Etat providence'. Les années de guerres ont formé un 'Etat combattant' ne disposant pas de ressources pour la redistribution.<sup>1846</sup> Dans la logique socialiste vietnamienne, l'Etat distribue les aides et les avantages en tant que récompense des sacrifices pour la patrie et non comme des droits. *Le passage de la charité d'Etat à une politique de protection des populations les plus faibles suppose une « société civile » qui fait largement défaut au Vietnam.*<sup>1847</sup> Ainsi, les aides fournies par le Front de la Patrie sont restées cantonnées au niveau local et restent dépendantes de l'initiative spontanée de cette organisation.

Le succès du mouvement Dõi Mói a confirmé dans l'opinion du gouvernement vietnamien que l'économie était la solution idéale pour lutter contre la pauvreté et améliorer la vie des gens. En effet, l'ouverture à l'économie de marché a permis d'améliorer le niveau de vie, cependant les besoins d'une population en forte progression sont des charges trop lourdes pour l'Etat. La priorité absolue pour l'économie a été menée aux dépens des services publics. En effet, la subvention générale des activités sociales a été supprimée, notamment la prise en charge des dépenses de santé<sup>1848</sup> Il est regrettable que le domaine social doive faire les frais de cette course à la croissance.

Au Vietnam, il existe des classes sociales 'ancrées' dans la pauvreté et des parties de la population fragiles qui rechutent dans la pauvreté.<sup>1849</sup> Pour traiter de manière solidaire les risques de la société, il faut mettre en œuvre des politiques sociales, trouver le consensus entre les différents acteurs concernés et dégager les moyens financiers nécessaires. Pour combler le vide du désengagement étatique, le

---

<sup>1842</sup>NASSE (P.), *Redistribution et croissance dans une économie en transition*, quatrième session du forum franco-vietnamien, HCMV, 10/11 septembre 2003.

<sup>1843</sup> JACQUET (P.), CHARNOZ (O.), *Infrastructures, croissance et réduction de la pauvreté*, op.cit.

<sup>1844</sup> Ibidem.

<sup>1845</sup> BAUBY (P.), « Les modèles de service public, quels modèles de service public dans les pays de l'OCDE », *Cahiers français*, n°339, juillet-août, 2007, pp. 21 et s., p. 23.

<sup>1846</sup>HOURS (B.), SELIM (M.), « La protection sociale au Vietnam : de la fiction égalitaire à la marchandise », op.cit., p.623.

<sup>1847</sup> Ibidem, p. 635.

<sup>1848</sup> NGUYEN MINH (T.), POPKIN (B.), « Evolution des revenus et du système de santé au Viet Nam : réduction de la pauvreté et augmentation des inégalités de prise en charge », *Population*, 2003/2, p. 279 et s., p. 287.

<sup>1849</sup> BUI (S.L.), « Giải pháp giảm nghèo bền vững ở Việt Nam » (Les mesures pour une réduction durable de la pauvreté au Vietnam), op.cit.

gouvernement a mis en place le programme de socialisation<sup>1850</sup> qui consiste à ouvrir au secteur privé les services publics à caractère social, notamment la santé et l'enseignement. Cette politique permet de trouver une réponse à court terme aux besoins de la population. Cependant, les domaines considérés comme secteurs sensibles sont exclus de la libéralisation. Seuls les services publics à caractère social tels que les services de santé ou de l'enseignement sont concernés. Cependant, la politique de socialisation dans ces domaines n'a pas fait l'objet de contrôle et de suivi par les autorités publiques.<sup>1851</sup>

En l'absence d'une politique de service public, la mise en œuvre de la socialisation n'a pas donné les résultats attendus. Pour les pays en développement, le phénomène d'externalisation n'a pas les mêmes effets sur la gestion publique que pour les pays développés. *L'externalisation peut être en effet la meilleure ou la pire des choses.*<sup>1852</sup> Lorsque l'Etat est incapable de maîtriser les fonctions essentielles du pays, notamment le contrôle des domaines clés tels que la douane, la fiscalité, la sécurité, « *l'externalisation est le premier terme d'une privatisation de l'État, lourde de risques pour la société.* »<sup>1853</sup>

Dans un pays qui a toujours adopté une politique de contrôle hiérarchique et centralisé sous la conduite du Parti Communiste, la situation du *délitement ou le dépérissement d'un État devenu incapable de remplir son rôle*<sup>1854</sup> comme dans certains pays en Afrique est peu probable. Cependant, *l'externalisation peut aussi s'avérer critiquable lorsqu'elle se fait au hasard, sans un plan préconçu.*<sup>1855</sup>

La recherche d'une voie médiane de transition à l'économie de marché implique des débats et réflexions en ce qui concerne la stratégie de modernisation des services publics. *Il convient de tenir compte de toutes les réalités nationales, internationales : des évolutions dans les entreprises, les expériences étrangères.*<sup>1856</sup> Les services publics tels que les services essentiels ne peuvent être négligés dans la stratégie de développement économique de Dõi Mói.

## II) LES DEFICITS DES OFFRES PUBLIQUES EN MATIERE DE SERVICE DE BASE

Les services de réseaux désignent un *ensemble de lignes, voies de communication, conducteurs électriques, canalisation... qui desservent la même unité géographique et dépendent de la même compagnie.*<sup>1857</sup> Ces infrastructures fournissent des services indispensables à la vie quotidienne. L'eau potable, l'électricité, les moyens de transport sont des besoins premiers, aucune population urbaine ne peut s'en passer à moyen terme. *Le service de téléphonie, qui représente le symbole de la société intégrée et*

---

1850 « Socialisation » est la traduction vietnamienne « *xã hội hóa* », qui signifie la mise à contribution de la population dans la fourniture des services publics. Concrètement, cette politique se traduit par l'ouverture des secteurs acteurs privés et s'accompagne d'une augmentation des prix de service.

1851 NGUYEN MINH (T.), POPKIN (B.), « Evolution des revenus et du système de santé au Viet Nam : réduction de la pauvreté et augmentation des inégalités de prise en charge », op.cit., p. 287.

1852 BASTE (M.), *Suivi et évaluation des politiques publiques et des programmes*, Economica, Paris, 2008, p. 58.

1853 Ibidem, p. 58.

1854 Ibidem, p. 58.

1855 BASTE (M.), « Suivi et évaluation des politiques publiques et des programmes », op.cit., p. 58.

1856 Ibidem, p. 3.

1857 Selon le dictionnaire Robert.

*moderne*,<sup>1858</sup> est tout aussi nécessaire aux activités de la société. L'infrastructure de ces activités est déterminante pour le développement de l'économie du pays, en raison de son rôle *structurant pour la mise en place des autres services indispensables pour la société*.<sup>1859</sup> En effet, *en matière de besoin public général, le service public de réseau est une activité distincte porteuse d'un service particulier*.<sup>1860</sup> Il s'agit des « *secteurs d'infrastructures de base, c'est-à-dire des réseaux qui apportent à chacun, particuliers comme entreprises, les flux de services à haut contenu technologique, indispensables au bon fonctionnement de la vie industrielle moderne* ». <sup>1861</sup> Selon Christian Stoffaës, ces secteurs de réseaux ont un rôle déterminant dans la compétition économique d'un pays.<sup>1862</sup>

Avec une population de presque 90 millions d'habitants en 2013, le Vietnam est classé en douzième position des pays les plus peuplés dans le monde.<sup>1863</sup> Un tiers de la population réside en milieu urbain. L'évolution de l'agriculture à l'industrie a créé des zones urbaines de haute densité et les conséquences qui y sont connexes. Les services d'électricité sont défectueux avec des coupures fréquentes, en raison de l'insuffisance de la production. Le système de distribution reste artisanal et la vétusté des réseaux s'aggrave faute d'investissement nécessaire pour renouveler le système.

Dans ce contexte, la population a recours à des moyens propres pour se procurer des services de base nécessaires à la vie quotidienne. Ces comportements, non encadrés, débouchent à la détérioration des infrastructures en place. En effet, faute de pouvoir subvenir aux besoins de la société, les autorités publiques considèrent le phénomène de vol de l'électricité, de l'eau comme une réaction inévitable de la population pour survivre.

Dans le long terme, sans une intervention minimale pour tisser un filet social qui permet à la population de traverser les épreuves de la pauvreté, les classes sociales défavorisées risquent de devenir des exclues de la société, d'autant plus que l'individualisme de l'économie libérale a déstabilisé quelque peu la tradition de solidarité dans la société vietnamienne. La course au gain et à la rentabilité a rendu obsolètes les valeurs de l'entraide sociale. Le fléau de la corruption détruit la politique sociale, surtout dans des zones éloignées, dans lesquelles vit une population isolée du reste de la société. La paix sociale ne peut exister si une certaine couche sociale reste enlisée dans la pauvreté.

L'amélioration des services de réseaux urbains est essentielle pour la politique de développement basée sur le dynamisme de l'urbanisation du Vietnam. Les industries de réseaux sont au centre de la politique de l'indépendance en énergie, de l'environnement, et de l'aménagement du territoire. Par ailleurs, les entreprises dans les industries de réseaux participent aux objectifs politiques tels que la cohésion sociale, le développement économique.

---

<sup>1858</sup>BOTTON (S.), *Privatisation des services urbains et desserte des quartiers défavorisés : Une responsabilité sociale en partage (Le cas des services d'eau et d'assainissement, d'électricité et de télécommunications dans les quartiers 'carenciados' de l'agglomération de Buenos Aires (Argentine) de 1991 à 2004)*, thèse op.cit.

<sup>1859</sup>DELORS (J.), *Croissance, Compétitivité, Emploi, les défis et les pistes pour entrer dans le XXIe siècle*, livre blanc de la Commission européenne du 8 déc. 1993, OPOCE, 1993.

<sup>1860</sup>SABART (G.), *Les services publics de réseau, Essai de comparaison entre les Etats-Unis, la France et la Grande Bretagne*, Thèse op.cit., p. 27.

<sup>1861</sup>STOFFAËS (C.), « Avant-propos », op.cit., p. 8.

<sup>1862</sup>Ibidem, p. 8.

<sup>1863</sup>ADB, « La contractualisation : une clé pour la gestion durable des services essentiels », op.cit., p. 7.

## Paragraphe 2) la nécessité de définir des missions de services publics dans les secteurs de réseau

L'initiative internationale pour l'accès de tous aux services essentiels<sup>1864</sup> est reprise dans les rencontres internationales pour le développement. L'idée qui est dégagée de ces débats est que les services de réseaux sont déterminants pour l'amélioration de la vie quotidienne de l'individu et du citoyen. En effet, ces services leur offrent *l'opportunité de communiquer, de bénéficier de l'énergie et cela peu importe leur lieu d'habitation ou leur situation sociale.*<sup>1865</sup> *A contrario le non consommation de services essentiels par les pauvres engendre des externalités négatives ; une mauvaise eau plus des déchets non collectés engendrent des épidémies, des déchets non collectés et l'absence d'assainissement entraînent une pollution de la nappe, par exemple.*<sup>1866</sup> Au-delà de l'aspect matériel, l'infrastructure des services de réseaux permet de maintenir un lien social par le branchement au réseau commun, que ce soit le branchement à l'électricité, à l'eau ou au système du téléphone.<sup>1867</sup> Ce qui aide à limiter le phénomène des misères qui aboutissent à des exclusions sociales

La garantie d'un service universel est un concept intégré depuis longtemps, dans les pays développés, ce qui n'est pas le cas des PED. En effet, *le véritable défi de la gestion des services publics, dans les pays en développement, est d'en permettre l'accès à tous ; dans tous les pays, de maintenir un niveau de services dont le coût reste supportable pour tous ; et dans tous les cas, de le faire dans des conditions durables qui ne conduisent pas à des effets contraires aux objectifs.*<sup>1868</sup>

*Il n'existe pas de modèle universel d'organisation des services publics. C'est à chaque pays de déterminer un dispositif correspondant à ses spécificités, en tenant compte de son histoire, de sa culture et de son niveau de développement.*<sup>1869</sup> Pour le Vietnam, ce qui fait défaut dans la politique sociale est la qualification d'une activité de service public et la définition des moyens pour fournir ce service. Ainsi, au préalable, il est nécessaire de cerner le contour des missions d'intérêt général, ensuite il faut définir le mode d'organisation, les responsabilités des acteurs concernés.<sup>1870</sup> Même si le gouvernement ne dispose pas d'instrument fiscal efficace pour gérer une politique distributive, il est vital d'élaborer des mesures visant à favoriser l'accès des personnes déshéritées au service essentiel de la vie.

Le gouvernement vietnamien doit gérer le paradoxe entre l'intervention étatique et la libéralisation des secteurs des réseaux de services urbains. En effet, l'idée de base est de trouver un compromis entre l'accès pour tous ou au moins éviter l'exclusion d'une partie des usagers à ces services et la réussite économique apportée par le secteur privé.

---

1864 La proposition française lors du sommet pour le développement durable de Johannesburg (2002) a contribué à cette initiative.

1865 SABART (G.), *Les services publics de réseau, Essai de comparaison entre les Etats-Unis, la France et la Grande Bretagne*, Thèse op.cit., p. 25.

1866 GIRAUD (P.N.), LEFEVRE (B.), AUGUSTIN (M.), RUET (J.) « Le financement des services essentiels dans les villes pauvres », op.cit., p. 288.

1867 Ibidem, p. 24.

1868 TETART (J.M.), LE BRIS (C.), IGD, *La contractualisation : une clé pour la gestion des services essentiels*, op.cit., p. 4.

1869 COSSE (P.Y.), *Les entreprises vietnamiennes, Services publics et responsabilité de l'Etat*, op.cit., p. 3.

1870 BAUBY (P.) « L'Europe des services publics : entre libéralisation, modernisation, régulation, évaluation », op.cit., p. 23.

Le recours au financement et aux expertises privés sont indispensables pour développer les infrastructures nécessaires au fonctionnement de ces services.

Dans les domaines considérés comme des services essentiels, les autorités publiques doivent s'impliquer dans l'organisation et assumer leurs responsabilités.<sup>1871</sup> Ainsi la définition des principes de gestion des services de base permet de mettre en place des mesures d'incitation ou des sanctions pour assurer l'efficacité de ces services. Les principes d'égalité/neutralité, continuité, mutabilité, visent l'objectif de la cohésion sociale. En effet, le principe de continuité signifie que les services de base sont soumis à un impératif de régularité de fonctionnement. Selon le principe de mutabilité, la gestion des services de base ne doit pas être entravée dans son adaptation aux besoins évolutifs de la population ou de la politique étatique.<sup>1872</sup>

Ces principes doivent être pris en compte dans la contractualisation des services dans les projets PPP. La modification de la part de l'administration doit être encadrée par des normes claires qui garantissent la sécurité juridique nécessaire à la confiance des opérateurs privés. L'absence d'un cadre normatif qui fixe un régime concernant l'offre des services publics est un obstacle pour l'extension des PPP dans ces domaines. En effet, la politique de socialisation du gouvernement vietnamien s'oriente vers la coopération public-privé, cependant il n'existe pas de cadre juridique efficace pour la concrétisation de ces actions.

Au Vietnam, les services de bases sont assumés par les entreprises qui ont vu leur structure et leurs objectifs évoluer dans le sens de la recherche des objectifs commerciaux. Dans ce contexte, les obligations concernant l'accès aux services doivent être concrétisées par des règles, des standards contrôlables par l'autorité publique. Ces normes sont indispensables et doivent être basées sur des principes de service public reconnus par la loi.<sup>1873</sup> L'obligation de service public est nécessaire à la définition du standard de qualité des services de base en réseaux. Il peut s'agir des normes imposées aux fournisseurs des prestations de base minimum, notamment le raccordement au réseau d'eau et d'électricité.

Par ailleurs, il est nécessaire d'impliquer l'ensemble des acteurs économiques et sociaux dans le développement des services publics. *La délivrance et la gestion des services de base ne peuvent résulter que d'une coopération, d'une coproduction qui implique à la fois l'Etat et les collectivités locales, la population et les services publics, le secteur public et le secteur privé.*<sup>1874</sup>

---

<sup>1871</sup>TETART (J.M.), LE BRIS (C.), IGD, *La contractualisation : une clé pour la gestion des services essentiels*, op.cit., p. 5.

<sup>1872</sup>CHABANNE (P.E.), BATOT (S.), *Gouvernance contractuelle des services de bases en réseaux*, op.cit., p. 9.

<sup>1873</sup>Selon le Professeur Léon Duguit, le service public « est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante ». (DUGUIT ((L.), *Traité de droit constitutionnel*, Tome II, Paris, de Boccard, 3<sup>e</sup> éd., 1928, p. 68). Cité in GENTOT (M.), « L'identification du service public par le juge administratif », *AJDA*, 20 juin 1997, p. 32 et in MELLERAY (F.), « La notion judiciaire de service public », *AJDA*, 27 janv.2003, p. 117.

<sup>1874</sup>AFD, « La contractualisation : une clé pour la gestion durable des services essentiels », op.cit., p. 97.

## **Sous-section 2) Les références du droit comparé : le mode d'intervention étatique dans les services de réseaux**

Pour les Anglais, l'électricité, les télécommunications et les services de l'eau sont des *Public utilities*, tandis que pour les Français, ce sont des services publics.<sup>1875</sup> *C'est donc bien l'obtention du label « intérêt public » qui définit ou, plutôt, qui détermine une activité économique en tant que service public de réseau (public utility).*<sup>1876</sup> Au Royaume-Uni, le service public est une question de gestion des activités nécessaires à la société civile, le rôle de l'Etat est donc limité à certaines missions d'intérêt général.<sup>1877</sup>

Au Royaume-Uni, *l'existence de service public relève davantage de la coutume ou de principes généraux formulés par la jurisprudence.*<sup>1878</sup> Dans le modèle anglais, l'Etat est considéré comme un prestataire de service. (Paragraphe 1) Ce concept est contrasté avec la notion française de service public, reconnue comme un concept juridique. Ainsi, dans le modèle français, l'Etat est le garant de l'intérêt général (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1) Le modèle anglais : l'Etat prestataire de service**

Dans un pays qui reste fortement influencé par les doctrines 'utilitaristes' tel que l'Angleterre,<sup>1879</sup> le service public est forcément influencé par un esprit pragmatique qui recherche avant tout le fonctionnel et le moyen de s'adapter à la réalité du terrain.<sup>1880</sup> En effet, la logique fonctionnelle du service public anglais (I) donne la priorité à la relation marchande dans les services publics (II). Dans le système anglais, en l'absence d'un régime spécifique, la mise en œuvre des services publics est assumée par le juge et le régulateur. (III)

#### **I) LA LOGIQUE FONCTIONNELLE DU SERVICE PUBLIC ANGLAIS**

Le droit anglais est un droit procédural dans lequel la notion de service public ne revêt pas un grand intérêt.<sup>1881</sup> Dans ce système, un service est qualifié de service public si son financement est public ou si son existence est déterminée par la loi (*public law duty*).<sup>1882</sup> Le modèle de service public britannique distingue les *activités prises en charge par les autorités publiques (même si les prestations sont fournies au public par un concessionnaire privé) et les activités privées réglementées dans l'intérêt général par une autorité publique.*<sup>1883</sup> La notion de « l'intérêt général » qui est au cœur de la

---

<sup>1875</sup> FOUCAULD (J.B. de), « Avant-propos », op.cit., p. 7.

<sup>1876</sup> SABART (G.), *Les services publics de réseau, Essai de comparaison entre les Etats-Unis, la France et la Grande Bretagne*, Thèse op.cit., p. 32.

<sup>1877</sup> VILLAIN-COURRIER (A.E.), Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé, op.cit., p. 378.

<sup>1878</sup> BAUBY (P.), « Les modèles de service public, quels modèles de service public dans les pays de l'OCDE », op.cit., p. 21.

<sup>1879</sup> VILLAIN-COURRIER (A.E.), Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé, op.cit., p. 378.

<sup>1880</sup> MARSHALL (T.H.), « Citizenship and social class », op.cit.

<sup>1881</sup> THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, 2002, p. 273.

<sup>1882</sup> HARDEN (I.), *The contracting state*, op.cit.

<sup>1883</sup> Voir BELL (J.) « Le service public : l'expérience britannique », op.cit.

gestion de service public en France est exprimé dans le système anglais, par les expressions '*public duty*' ou '*public fonction*'<sup>1884</sup>, autrement dit : *tout évènement traduisant une manifestation de l'autorité publique dans l'exercice de l'activité, imposant des ressources ou règles dérogeant au droit commun.*<sup>1885</sup>

Au Royaume-Uni, le concept de cohésion sociale, de solidarité n'est pas un objectif mis en avant dans la politique sociale. En effet, son existence est presque effacée, silencieuse. *La raison essentielle tient sans doute en ce que la solidarité n'est pas une valeur induite par cette conception de 'l'intérêt général', mais seulement un moyen d'obtenir une autre valeur, l'autonomie individuelle, qui, elle, s'avère conforme à l'intérêt général', conçue comme somme des intérêts particuliers.*<sup>1886</sup> L'individualiste reste la valeur prédominante dans la gestion publique dont la modernisation a conduit à remettre en cause les approches collectives au profit des approches individuelles.<sup>1887</sup> Ainsi, les logiques individualistes sont intégrées dans le fonctionnement du service public.<sup>1888</sup> Même si l'idée d'égalisation est présente dans les services publics, *c'est bien sous l'angle de la recherche de l'épanouissement personnel* que ces derniers sont effectués.<sup>1889</sup> *En Angleterre, l'intérêt général repose donc sur une harmonie naturelle*<sup>1890</sup> *avec les intérêts particuliers.*

Dans un contexte de rareté des ressources qui fait ressortir le poids du coût de l'Etat de providence, la logique rationnelle permet aux autorités publiques de justifier les restrictions des budgets sociaux. Selon cette politique, *la population ne veut pas que lui soient accordés des droits aux pensions de retraite ou aux allocations ; elle veut les gagner par ses contributions.*<sup>1891</sup> Lorsque les moyens ne sont plus suffisants, les objectifs sociaux devraient s'y adapter. La solidarité sociale dans ce cas reste pragmatique et renonce à des objectifs trop ambitieux. Faute de pouvoir réduire l'inégalité sociale, le pouvoir public se contente de l'organiser de manière la plus '*fair*' possible.<sup>1892</sup>

## II) LA RELATION MARCHANDE DANS LES SERVICES PUBLICS

Au Royaume-Uni, *le rôle de l'autorité publique se limite à la conception, la concession et la régulation de l'exécution du service public. Celle-ci est de plus en plus rarement le prestataire direct du service.*<sup>1893</sup> Le concept utilitaire de service public aboutit à la fourniture d'une prestation basée sur la logique marchande. Le consommateur participe à la gestion de la qualité et au coût des services publics. *Si le niveau de service ne lui convenait pas, il pourrait ensuite suivre la logique du marché, choisir un autre prestataire de services. Dans l'absolu, grâce à cette logique de concurrence, le service public doit orienter son action en fonction d'une certaine efficacité.*<sup>1894</sup>

---

<sup>1884</sup> VILLAIN-COURRIER (A.E.), Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé, op.cit., p. 175.

<sup>1885</sup> Ibidem, p. 133.

<sup>1886</sup> Ibidem, p. 195, note 217.

<sup>1887</sup> Ibidem, p. 146.

<sup>1888</sup> VILLAIN-COURRIER (A.E.), Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé, op.cit., p. 194.

<sup>1889</sup> Ibidem, p. 236.

<sup>1890</sup> CONSEIL D'ETAT, *L'intérêt général, Rapport public 1999*, op.cit., p. 255.

<sup>1891</sup> Ibidem., p. 200.

<sup>1892</sup> MARSHALL (T.H), « *Citizenship and social class* » op.cit.

<sup>1893</sup> BELL (J.) « Le service public : l'expérience britannique », op.cit.

<sup>1894</sup> VILLAIN-COURRIER (A.E.), Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé, op.cit., p. 576.

Il n'existe pas de définition juridique de service public au Royaume-Uni<sup>1895</sup> ni de cadre juridique structuré concernant le service public.<sup>1896</sup> *Même si le service public remplit concrètement une fonction de prestation de service au nom de l'autorité publique, son rôle ne se définit autrement que comme l'action de 'délivrer un service'.*<sup>1897</sup> A la différence du concept français, la notion anglaise de service public n'a pas de portée juridique, ni de statut particulier. Cette notion est cependant reconnue dans le cadre de *New Public Management*.<sup>1898</sup> *La création des services publics par des lois ponctuelles a débouché sur l'absence d'une notion juridique de service public,*<sup>1899</sup> *d'une notion juridique claire permettant de distinguer entre ces différentes interventions de l'autorité publique ou de la loi dans l'intérêt général.*<sup>1900</sup>

Pour référer aux activités d'intérêt général, il faut se référer à l'expression '*public utilities*' qui se préoccupe davantage des modes de gestion de services.<sup>1901</sup> La privatisation des activités administratives a été accompagnée du programme des *Citizens' Charters, concernant les normes relatives à la qualité des services à fournir (standards) et aux procédures de plaintes en cas de non-respect de ces derniers.*<sup>1902</sup> Ce document établit un cadre de principes non juridiques qui joue un rôle déterminant dans la gestion des services.<sup>1903</sup> Même si le terme utilisé évoque la protection du 'citoyen', le contenu concerne plutôt la gestion de la relation du consommateur et les prestataires de service.

La justification du service public est plutôt dans l'accomplissement de la fonction de protection et de prestation. La frontière est mouvante entre le public et le privé dans le système anglais, ce qui explique *la confusion constatée en Angleterre, entre les termes de « public services » et de « social services ».*<sup>1904</sup> *Par « social services », on n'entend pas alors du point de vue organique, le groupe de services publics ayant un caractère social, mais on envisage d'un point de vue fonctionnel l'ensemble des publics services qui accomplissent au-delà de l'idée de la liberté, l'idée d'égalisation sociale – même si ces définitions finissent par désigner les mêmes structures.*<sup>1905</sup>

Dans la logique consumériste en Angleterre, c'est l'intérêt du consommateur qui remplace celui du patient, de l'élève ou du passager. Il en résulte que le service public efficace a l'aspect de *l'échange marchand guidé par une logique de choix, de calculs et de préférences, détaché de toute référence à une identité collective.* En effet, ce sont les *impératifs de l'efficacité et du consommateurisme* qui font évoluer les actions publiques

---

<sup>1895</sup> Voir BELL (J.), « Le service public : l'expérience britannique », op.cit.

<sup>1896</sup> *L'absence de statut juridique n'empêche pas la notion de service public d'être présente dans la sphère juridique anglaise.* Voir VILLAIN-COURRIER (A.E.), Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé, op.cit., p. 145.

<sup>1897</sup> FAULKNER (D.), CROUCHE (C.), FREEDLAND (M.), KING (D.), *Memorandum for the Report of the role of the civil service, Auditions Treasury and civil Service committee*, op.cit., p. 83.

<sup>1898</sup> VILLAIN-COURRIER (A.E.), Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé, op.cit., p. 131.

<sup>1899</sup> VILLAIN-COURRIER (A.E.), Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé, op.cit., p. 239.

<sup>1900</sup> Voir BELL (J.) « Le service public : l'expérience britannique », op.cit.

<sup>1901</sup> VALETTE (J.P.), « *Droit des services publics* », op.cit., p. 92.

<sup>1902</sup> THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché*, op.cit., p. 274.

<sup>1903</sup> Voir BELL (J.), « Le service public : l'expérience britannique », op.cit.

<sup>1904</sup> Voir GIBBON (G.), « Public services – what value ? », *Public Administration*, 1939, pp. 341 et s.

<sup>1905</sup> VILLAIN-COURRIER (A.E.) « Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé », op.cit., p. 239.

vers un modèle marchand dans lequel *l'autorité publique se substitue à l'utilisateur pour acheter le service à moindre prix et à la qualité requise.*<sup>1906</sup>

La focalisation sur la satisfaction du consommateur est un moteur pour l'amélioration de la gestion des services publics, cependant cette logique risque de négliger la prise en compte des relations de solidarité et de droit du citoyen dans le contexte du collectif.<sup>1907</sup> *Le service public n'est pas défini par rapport au programme établi par l'autorité concédante, mais par rapport à la réponse de celle-ci aux demandes des usagers.*<sup>1908</sup>

Cette approche favorise l'externalisation des services publics. En effet, l'autorité publique *ne concède pas l'exercice d'une partie de ses prérogatives vis-à-vis du public, mais se limite à acheter les services nécessaires à sa propre activité, ainsi le Lord Chancellor a pu faire des appels d'offre au marché privé pour le service sténographique des tribunaux.*<sup>1909</sup>

### III) LA MISE EN ŒUVRE DES SERVICES PUBLICS DANS LES SECTEURS DE RESEAU : ROLE DU JUGE ET DU REGULATEUR

L'administration anglaise ne dispose pas de la compétence légale pour adapter le service public à l'évolution des besoins publics. Le changement nécessite une autorisation par la loi. Les principes de service public reconnus en droit français, sont plus implicites qu'explicites dans le système anglais et ne fournissent pas de bases *pour déterminer les structures ainsi que les obligations légales des services publics.*<sup>1910</sup> En effet, sur le plan juridique, les principes de continuité, de mutabilité, d'égalité sont présents dans les services publics en France de manière plus systématisée.

Au Royaume-Uni, en l'absence de formulation par la doctrine, ces principes sont appliqués par la complémentarité des sources de droit.<sup>1911</sup> *Même si l'égalité des usagers n'est pas reconnue formellement, la discrimination injustifiée est sanctionnée par les juges comme un exercice déraisonnable d'un pouvoir discrétionnaire, et la discrimination raciale ou entre les sexes est prohibée par la loi.*<sup>1912</sup>

*La Grande-Bretagne a été le premier pays européen à prendre conscience des bienfaits de la politique sociale dans les services publics de réseau. L'évolution du concept de service public au Royaume-Uni et son application aux télécommunications sont marquées, en toile de fond, par la spécificité inhérente à la formation de l'Etat britannique et par des contextes juridiques, politiques et culturels particuliers.*<sup>1913</sup>

Ainsi, l'offre d'un service téléphonique de base à la population est reconnue sur la base du principe d'égalité. *Le régulateur de l'OFTEL (Office of Telecommunications) a inscrit dans le cahier des charges de la concession l'obligation de maintenir un*

<sup>1906</sup> Voir BELL (J.) « Le service public : l'expérience britannique », op.cit.

<sup>1907</sup> VILLAIN-COURRIER (A.E.) « Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé », op.cit., p.146-148.

<sup>1908</sup> Ibidem, p.146-148.

<sup>1909</sup> Voir BELL (J.) « Le service public : l'expérience britannique », op.cit.

<sup>1910</sup> Ibidem.

<sup>1911</sup> Voir VILLAIN-COURRIER (A.E.), Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé, op.cit., p. 362 et s.

<sup>1912</sup> VILLAIN-COURRIER (A.E.), Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé, op.cit., p. 239.

<sup>1913</sup> GAARNHAM (N.), JOOSTEN (M.), OWEN (J.), CHECCONI (C.), «Le développement du service public dans les télécommunications et la radiodiffusion au Royaume-Uni », in *Réseaux*, 1994, volume 12 n°66. pp. 37 et s. , p.41.

*service minimal dans des régions peu peuplées, et le Franchise Director a défini un service minimal ferroviaire pour chaque concession de lignes de train.*<sup>1914</sup>

En matière d'énergie, le législateur<sup>1915</sup> a précisé la volonté de la protection des personnes défavorisées, notamment des plus âgées, et celles qui sont en difficulté. Par l'intermédiaire du régulateur, la politique sociale du gouvernement s'impose aux opérateurs privés.

Dans les secteurs de réseau, *le régulateur d'un service public peut proposer au gestionnaire une adaptation du service (par exemple, la possibilité d'exclure un usager endetté), mais il n'a pas le pouvoir d'imposer sa solution, sauf si le contrat de concession le lui reconnaît.*<sup>1916</sup>

Le droit anglais se réfère au consommateur et n'effectue aucune allusion au service universel ou au service public.<sup>1917</sup> Sous l'influence du droit européen, dans plusieurs lois d'orientation anglaise, émerge le concept de service universel qui se rapproche de la conception française du service public. Par rapport à ce dernier qui est réticent à la logique concurrentielle, le concept anglais adhère plus facilement au droit communautaire.

## **Paragraphe 2) Le modèle français : l'Etat garant de l'intérêt général**

Selon le modèle français de service public, il revient à l'Etat de *définir des solutions dans l'indépendance de la société civile, grâce à une autorité scellée et à des moyens juridiques adaptés*<sup>1918</sup> Ainsi, la notion de service public est une institution sociopolitique française. Dans ce modèle, le fondement du service public est basé sur la cohésion de l'Etat-société (I) et la mise en œuvre du service public est soumise à un régime juridique spécifique (II). Cette cohésion se révèle aussi à travers le principe de solidarité du financement des services publics de réseaux (III) en France.

### **I) LE FONDEMENT DU SERVICE PUBLIC : UNE COHESION ETAT-SOCIETE**

Dans la conception juridique française, l'Etat est le dépositaire de la souveraineté nationale et il revient au peuple de l'exercer, conformément à la Constitution<sup>1919</sup>. Ainsi, l'Etat est le garant de l'intérêt général et le responsable des actions sociales, économiques. Le modèle de service public français reste distinct de celui des autres pays. Il s'agit d'un modèle d'organisation, plébiscité par les français qui souhaitent de le conserver dans l'objectif de la solidarité.<sup>1920</sup> En effet, *la notion de « service public » est une notion française apparue à la fin du 19ème siècle pour désigner un ensemble de missions d'intérêt général qui relèvent de la responsabilité des autorités publiques.*<sup>1921</sup>

---

<sup>1914</sup> Voir BELL (J.), « Le service public : l'expérience britannique », op.cit.

<sup>1915</sup> La loi *Public Utilities Act de 2000*.

<sup>1916</sup> Voir BELL (J.), « Le service public : l'expérience britannique », op.cit.

<sup>1917</sup> SABART (G.), *Les services publics de réseau*, Thèse op.cit., p. 272.

<sup>1918</sup> Voir DELELIS (P.), « Partenariats public-privé », in *J-Cl Adm.* Fasc. 670, 2005, n° 1, LIGNIERES (P.), *Partenariats public-privé*, op.cit.

<sup>1919</sup> LONG (M.), « Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire », op.cit.

<sup>1920</sup> Voir MARCOU (G.) « Maintenir l'expression et la notion de 'service public' », *AJDA* 2008, pp. 83 et s.

<sup>1921</sup> BREUIL (L.), NAKHLA (M.), « Concilier efficacité et service public dans les concessions de service d'eau et d'assainissement dans un environnement institutionnel incertain », op.cit., p. 12.

La relation de service public reflète une tradition *de mouvement mutualiste, coopératif, associatif, qui exprime la résistance, l'engagement de la société civile, sa volonté de vivre mieux dans une économie respectueuse de l'homme et de sa nature.*<sup>1922</sup> Ainsi, la cohésion sociale doit être soutenue par un système de mutualisation de ressources géré par l'Etat. En conséquence, *les secteurs d'activité relevant de l'intérêt général doivent faire l'objet de politiques publiques placées sous le contrôle des populations et adaptables en fonction des besoins.*<sup>1923</sup>

La notion de service public exprime la relation Etat-société, elle est donc porteuses de valeurs fondamentales qui évoluent en adéquation avec la mutation des besoins de la société. *L'intérêt général, au nom duquel s'exercent légitimement les prérogatives de la puissance publique dans la tradition juridique, tend ainsi à revêtir une dimension concrète, et à s'actualiser dans le détail de prestations aux usagers auquel l'État royal ne dédaigne pas de prêter attention.*<sup>1924</sup>

*L'histoire de la notion française de service public conduit ainsi à mettre en évidence les relations complexes existant entre le champ juridique et le champ socio politique.*<sup>1925</sup> Le service public français est « l'expression juridique d'une philosophie politique ». <sup>1926</sup> Ainsi, les principes de base des services publics sont définis par la loi.

## II) LA MISE EN ŒUVRE DES SERVICES PUBLICS : UN REGIME JURIDIQUE SPECIFIQUE

La tradition de service public français a contribué à élaborer des instruments juridiques qui différencient avec les moyens utilisés par le modèle de service public britannique. Ainsi, *ce qu'on appelle aujourd'hui service public à la française n'est ni une doctrine ni un modèle d'organisation.*<sup>1927</sup> *C'est la dimension juridique, nulle part ailleurs aussi forte, qui dote la notion française de service public d'une portée singulière.*<sup>1928</sup> En effet, *les principes de service public (égalité du traitement des usagers, continuité du service et adaptabilité du service) s'adosent ainsi à la jurisprudence du Conseil d'État.*<sup>1929</sup> La mise en œuvre des services publics implique l'application des règles de gestion adéquates.<sup>1930</sup> En effet, *la conception française du service public insistera fortement sur cette dimension : l'existence d'un service public entraîne l'application d'un « régime juridique » spécifique et dérogatoire par rapport au droit commun.*<sup>1931</sup>

Le cadre juridique des services publics français est à la fois, *la reconnaissance de la spécificité de l'action étatique par rapport à toute action entreprise par des particuliers, et, simultanément, la volonté de protection des administrés des éventuels*

---

<sup>1922</sup> ALPHANDERY (C.), « Un avenir fondé sur les valeurs de l'Economie sociale et solidaire », op.cit., p. 4.

<sup>1923</sup> DAUBA(M.), RIZZI (M.), *Services publics*, op.cit., p. 30.

<sup>1924</sup> MARGAIRAZ (D.), « L'invention du « service public » : entre « changement matériel » et « contrainte de nommer » », op.cit., p. 15.

<sup>1925</sup> CHEVALLIER (J.), « La place du service public dans l'univers juridique contemporain » op.cit., p. 22.

<sup>1926</sup> PONTIER (J.M.), « Sur la conception française du service public », op.cit., p. 9.

<sup>1927</sup> SABART (G.), *Les services publics de réseau*, Thèse op.cit., p. 21.

<sup>1928</sup> CHEVALLIER (J.), « La place du service public dans l'univers juridique contemporain », op.cit., p. 21.

<sup>1929</sup> BREUIL (L.), NAKHLA (M.), « Concilier efficacité et service public dans les concessions de service d'eau et d'assainissement dans un environnement institutionnel incertain », op.cit., p. 12.

<sup>1930</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>1931</sup> CHEVALLIER (J.), « Les nouvelles frontières du service public », op.cit., p. 16.

*abus de la puissance publique.*<sup>1932</sup> Le modèle français de service public est élaboré sur le fondement d'une *conception solidaire du lien social*<sup>1933</sup> et doté de *mécanismes juridiques souples, compatibles avec l'intervention des personnes privées.*<sup>1934</sup> Le droit permet de concrétiser les objectifs d'intérêt général des services publics et permet *d'intégrer les différents éléments constitutifs dans un ensemble conceptuel unifié et cohérent.*<sup>1935</sup> *Au-delà des missions régaliennes de l'État, la notion de service public industriel et commercial élargit la notion de service public à des activités pouvant être accomplies par des acteurs privés.*<sup>1936</sup>

Dans la pratique, *le droit administratif français présente une richesse quant aux modalités de réalisation des services publics, notamment en matière de gestion déléguée.*<sup>1937</sup> Ce concept met l'accent davantage sur la gestion d'un service public. En effet, il s'agit d'une délégation de responsabilité de l'autorité publique concédante envers l'opérateur chargé de gérer l'activité d'intérêt général. Ce dernier doit tenir compte de la recherche de la cohésion sociale, objectif des services publics, mais encore il se doit de respecter les principes de services publics.

La référence du module de délégation du service public (DSP) met en exergue le concept de « mission » qui est au centre de ce contrat administratif français. Dans ce contrat, le concessionnaire *gère le service public en son nom et pour son propre compte. Les effets juridiques des actes qu'il accomplit dans le cadre de cette gestion du service lui sont alors directement imputés. C'est là l'indice d'une véritable délégation.*<sup>1938</sup>

L'opérateur privé d'un service public délégué dispose de la prérogative de puissance publique confiée par le pouvoir public pour réaliser sa mission. Il s'agit d'une *coordination régulée entre un donneur d'ordres public et un opérateur, entre des fournisseurs et des usagers.*<sup>1939</sup> La protection des intérêts publics est matérialisée par *la rédaction de cahiers des charges*<sup>1940</sup> *de plus en plus précis imposés aux concessionnaires.*<sup>1941</sup> *Cette vigilance se traduit notamment par l'introduction, dans les différents contrats ou règlements, de clauses de garanties de la continuité et de la qualité du service rendu, et de tarifs fixes et uniformes assortis d'une obligation d'affichage, gages d'un large accès au service au moindre coût.*<sup>1942</sup>

Ce modèle permet de définir les obligations et les droits des autorités concédantes et des délégataires : Ces dernières *disposent d'une certaine autonomie et pour une*

---

1932 MARTY (F.), VOISIN (A.), « Le contrat de partenariat constitue-t-il une Private finance initiative à la Française », op.cit., p. 139.

1933 LACHAUME (J.F.), « Brèves remarques sur les services publics à double visage », *RFDA*, 2003, p. 362.

1934 GUGLIELMI (G.), KOUBI (G.), « Les modèles de service public, le service public à la française : une notion en extinction », op.cit., p. 3.

1935 Ibidem, p. 21.

1936 BREUIL (L.), NAKHLA (M.), « Concilier efficacité et service public dans les concessions de service d'eau et d'assainissement dans un environnement institutionnel incertain », op.cit., p. 12.

1937 MARTY (F.), VOISIN (A.), « Le contrat de partenariat constitue-t-il une Private finance initiative à la Française », op.cit., p. 139.

1938 BETTINGER (C.), *La gestion déléguée des services publics dans le monde, concession ou BOT*, op.cit., p. 30.

1939 IGD, *Gouvernance, partenariat et financement pour les services essentiels*, Comité pour la Charte des services essentiels, op.cit., p.5.

1940 Des exemples de cahiers des charges encadrant les concessions de travaux et de services dans CONDETTE- MARCANT (A.S.), *Bâtir une généralité : le droit des travaux publics dans la généralité d'Amiens au XVIIIe siècle*, op.cit..

1941 MARGAIRAZ (D.), « L'invention du « service public »: entre « changement matériel » et « contrainte de nommer » », op.cit., p. 15.

1942 Ibidem, p. 15.

*certaine durée*<sup>1943</sup>. Cette autonomie implique une responsabilité renforcée du contractant privé. Dans la logique du DSP, *la réalisation d'une mission de service public n'est pas tout entière dissoute dans la recherche, par le partenaire privé, du profit financier maximum.*<sup>1944</sup> La rémunération du prestataire privé dans le modèle de gestion déléguée est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.<sup>1945</sup> Cela implique que les recettes soient payées par des usagers du service, sous forme de redevances.

Le champ d'application de la gestion déléguée dépend de la définition de ce qu'est un service public. *Le mot « gestion » met l'accent non pas tant sur la phase initiale de conception et de financement, mais plutôt sur les aspects plus continus de la prestation du partenaire privé tels que le service au contact direct avec les usagers, aux risques de l'opérateur, et l'entretien d'un patrimoine d'infrastructure pour le compte de la collectivité. Le mot « délégation » rappelle par ailleurs qu'il ne s'agit pas d'une privatisation. La collectivité conserve une responsabilité significative et un devoir de contrôle.*<sup>1946</sup> En effet, le prestataire privé réalise une mission confiée par la personne publique qui reste responsable de la prestation. Ce premier est responsable devant les usagers du service, cependant cette responsabilité se rapproche de celle des prestataires de service envers leurs clients.<sup>1947</sup> Lorsqu'il s'agit de la prestation de service public, la responsabilité ultime revient à l'autorité publique, quel que soit le statut du gestionnaire de ce service. Les réformes des PPP en France ont été accompagnées de nouvelles normes fiscales, de mesures concernant la question de solidarité, de l'inégalité.

### III) LE PRINCIPE DE SOLIDARITE DU FINANCEMENT DES SERVICES PUBLICS DE RESEAUX

En France, l'externalisation des services publics s'oriente vers une relation client-prestataire. Ainsi, l'utilisateur du service public est un consommateur qui doit payer les prestations fournies par un opérateur privé. Au fil du temps, l'image de l'utilisateur du service public s'est calquée sur celui du client : l'utilisateur adopte un comportement de client en exigeant des services de qualité, à des coûts inférieurs.<sup>1948</sup> Cependant, la notion de service public est à la base du droit administratif français et conditionne la relation entre l'Etat et la société.

Le statut de consommateur dans les services publics complique la relation avec l'administration qui doit gérer la contradiction des prérogatives exorbitantes dont bénéficient les prestataires privés des services et les impératifs du droit de la consommation et du droit de la concurrence.<sup>1949</sup> Ainsi, le principe de l'égalité appliqué dans les services publics, s'est évolué et s'adapte à la relation marchande. En effet, l'égalité est de moins en moins une égalité identitaire, et de plus en plus, une égalité différentielle.<sup>1950</sup> Sans l'intervention étatique pour la prise en compte des besoins

<sup>1943</sup> AUBY (J.B), MAUGUE (C.), « Les contrats de délégation de service public », op.cit.

<sup>1944</sup> ZEGHBIB (H.) « Le contrat dans l'action publique », op.cit., p. 617.

<sup>1945</sup> Ibidem, p. 553.

<sup>1946</sup> PETITET (S.) et al., « La concession, levier de développement ? », op.cit., p. 127.

<sup>1947</sup> VILLAIN-COURRIER (A.E.), Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé, op.cit., p. 553.

<sup>1948</sup> LE BIHAN (D.C.), « De l'utilisateur au consommateur-citoyen : les mutations du service public à la française », *Le service public ; indispensable mais controversé, comparaison Maroc-France*, Actes de Colloque, L'Harmattan, 1999.

<sup>1949</sup> LE BIHAN (D.C.), « De l'utilisateur au consommateur-citoyen : les mutations du service public à la française », op.cit., p. 286.

<sup>1950</sup> TOURETTE (F.), « Le principe d'égalité, la tarification des services publics et les ressources des usagers », op.cit.

collectifs de la population dans le cadre du service public, les prestataires privés sont enclins à faire prédominer les critères marchands sur celui de l'intérêt général, censé être défendu par le service public.<sup>1951</sup>

Dans les services de base en réseaux, la logique de service public a conduit progressivement à définir un sous-ensemble d'obligations donnant droit à compensation financière aux prestataires privés.<sup>1952</sup> En effet, les charges de service public impliquent la mise en place d'un mécanisme de compensation pour éviter la compromission de la viabilité économique des opérateurs qui en assument le financement, notamment celles qui sont imputées à l'entretien du réseau ou au paiement des taxes de pollution. La prise en compte des missions de service public dans les services de base en réseaux génère un coût supplémentaire qui n'est pas négligeable. La définition des conditions de financement des services publics est nécessaire pour éviter que les opérateurs chargés de ces missions ne soient placés en situation de faiblesse par rapport à leurs concurrents du fait de la fourniture de ce service.<sup>1953</sup> Les autorités publiques ont mis en place des instruments de financement du service public « par solidarité des concurrents ». Ces derniers sont basés sur le principe de contribution de tous les opérateurs du marché au financement du service public.<sup>1954</sup>

La définition du tarif payé par le consommateur d'un service fourni par un prestataire privé est en fonction des principes de gestion de service public fixés par l'autorité publique.<sup>1955</sup> Au prix payé par le consommateur s'ajoute toutefois un financement complémentaire pour compenser le surcoût qui pèse sur l'opérateur chargé de gérer ce service.<sup>1956</sup> L'effectivité de la politique tarifaire implique une imputation équitable des coûts du service public. Le tarif payé par les différentes catégories d'usagers dépend du type d'infrastructure de réseau qui nécessite des amortissements plus ou moins importants. Le tarif n'est pas le même pour les usagers qui ne disposent pas des mêmes capacités financières. Seuls les services utilisés principalement par les opérateurs économiques peuvent et doivent couvrir normalement le coût complet du service (électricité, télécommunications).<sup>1957</sup> L'intervention publique est d'autant plus nécessaire que dans les contrats d'adhésion dans les services de distribution d'eau, d'électricité ou de téléphone, les relations contractuelles sont inégalitaires aux dépens des usagers.

Le service public dans certains secteurs de réseaux, peut comporter des mesures sociales, notamment le maintien des tarifs spécifiques pour les consommateurs qui ont des faibles revenus.<sup>1958</sup> Il peut s'agir aussi du maintien de l'offre dans les régions qui ne sont pas rentables pour les prestataires privés. On peut citer en particulier l'accès au haut débit dans les zones de très faible densité démographique.<sup>1959</sup> Ce service n'est pas reconnu comme un service universel par le droit communautaire.

---

<sup>1951</sup> CHAMSAUR (P.), « Du monopole à la concurrence », op.cit., p. 291.

<sup>1952</sup> Ibidem, p. 291 ;

<sup>1953</sup> LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseaux, télécommunications et électricité*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 242.

<sup>1954</sup> RODRIGUES (S.), thèse op.cit., p. 757.

<sup>1955</sup> IGD, *Gouvernance, partenariat et financement pour les services essentiels*, op.cit., p. 21.

<sup>1956</sup> LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseaux, télécommunications et électricité*, op.cit., p. 246.

<sup>1957</sup> MARTINAND (C.), « Economie et gouvernance des services essentiels ou services de base », *Revue d'économie financière*, pp. 1 et s. p. 7.

<sup>1958</sup> LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseaux, télécommunications et électricité*, op.cit., p. 246.

<sup>1959</sup> CHAMSAUR (P.), « Du monopole à la concurrence », op.cit., p. 290.

Il existe également des obligations de service public qui n'ouvrent pas droit à compensation financière. Le cahier des charges d'un opérateur de téléphonie mobile comporte des obligations de couverture du territoire, de continuité, de sécurité et de qualité de service, en contrepartie d'un droit d'usage d'une partie du spectre hertzien. Cette contrepartie est cependant essentielle compte tenu de la rareté des ressources.<sup>1960</sup>

Le service public n'est pas toujours l'affaire du gouvernement central, notamment en ce qui concerne des secteurs de réseaux qui ont un ancrage au niveau régional comme les services de l'eau.

## **SECTION 2) LA GESTION LOCALE DU SECTEUR DE L'EAU**

Le mot nation en Vietnamien 'Đất nước' est composé de deux mots : terre et eau. En conséquence ces deux éléments sont au centre de la politique nationale et cependant relèvent de la gestion locale. L'eau et la terre, sont essentielles pour les activités sociales, économiques et sont considérées comme symbole de la souveraineté étatique.

Pour la population, l'eau reste un bien social, faisant partie des biens subventionnés. La mise en place d'un service public universel permet de définir un régime de gestion de l'eau mais aussi de susciter la prise de conscience de la population dans le service de l'eau. Cependant, pour améliorer les défaillances des services de l'eau au Vietnam (Sous-section 1), il est nécessaire de réformer l'environnement juridique dans ce domaine. Les références de droit comparé, notamment l'intérêt du modèle français pour la socialisation de l'eau au Vietnam (Sous-section 2) peuvent ouvrir des pistes pour une meilleure gestion dans ce domaine stratégique.

### **Sous-section 1) Les défaillances des services de l'eau au Vietnam**

Face à des enjeux multiples de la gestion de l'eau au Vietnam (Paragraphe 1), les réformes limitées dans les services de l'eau (Paragraphe 2) ne permettent pas de trouver des solutions pour répondre aux besoins croissants, tant au niveau économique que social.

#### **Paragraphe 1) Les enjeux multiples de la gestion de l'eau au Vietnam**

Le déficit de l'offre publique (I) dans le secteur de l'eau, notamment en milieu urbain, s'aggrave au fur et à mesure des évolutions économiques du pays. Cependant, en l'absence d'une approche globale de la gestion de l'eau, (II) les réformes mises en place par le gouvernement ne peuvent inverser la situation.

---

<sup>1960</sup> CHAMSAUR (P.), « Du monopole à la concurrence », op.cit., p. 290.

## D) LE DEFICIT DE L'OFFRE PUBLIQUE

Le déficit du budget public ne permet pas au gouvernement vietnamien de répondre à des besoins exponentiels et variés de la population. Les demandes en matière de service de l'eau est le cas le plus prégnant.<sup>1961</sup> Avec un taux d'accès à l'eau potable de 73%,<sup>1962</sup> le Vietnam se place en dessous de la moyenne par rapport aux pays en développement en Asie,<sup>1963</sup> d'autant plus que le problème du Vietnam est accentué par l'inégalité territoriale, plus de 87% des minorités ethniques n'ont pas accès à un réseau d'eau. En effet, *avec des taux d'urbanisation et de croissance démographique en constante augmentation, l'accès à l'eau potable devient un défi majeur au Vietnam.*<sup>1964</sup>

La politique de développement basée sur le dynamisme urbain se heurte à l'absence des infrastructures nécessaires, en premier lieu, celles des services de l'eau. Ce phénomène est crucial à HCMV, la capitale de l'ancien régime qui est devenue le plus grand centre industriel et commercial du Vietnam. Dans cette métropole, la population, en constante croissance, devrait atteindre 13,5 millions d'habitants en 2020.<sup>1965</sup>

Le besoin en eau de la population est considérable non seulement en raison de l'accroissement démographique et de l'urbanisation de masse, mais aussi en raison de l'augmentation de la consommation moyenne des personnes.<sup>1966</sup> Cependant, la capacité de l'offre publique diminue en raison de la vétusté alarmante, des réseaux des services de l'eau.<sup>1967</sup> A HCMV, les premières infrastructures d'eau dataient du 19<sup>ème</sup> siècle, à l'époque de la colonisation française, sont devenues obsolètes. En effet, installées *en prévision d'une ville de 500 000 habitants*, ces équipements ne peuvent plus répondre aux besoins de la population, d'autant plus que ces infrastructures n'ont été que marginalement étendues *pour suivre les mouvements d'urbanisation accélérée des dernières décennies.*<sup>1968</sup>

Dans les villes qui sont desservies, la qualité de service est mauvaise. Les coupures d'eau en raison de la mauvaise pression dans les réseaux sont courantes. Les défaillances de l'entretien et de la maintenance *provoquent des pertes techniques importantes et peuvent mettre en cause la potabilité de l'eau.*<sup>1969</sup> *L'inefficience du service public, les prises d'eau clandestines, un réseau inadapté, ne supportant pas un*

---

Vietnam », *Actes des JSIRAUF*, 6-9 novembre 2007, p. 3.

<sup>1962</sup> Dans les années 90, le plan national de la production de l'eau a fixé l'objectif de la couverture de 80% des besoins d'eau en milieu urbain.

<sup>1963</sup> Le taux moyen d'accès au réseau d'eau propre est de 78%. Voir SENTENAC (P.), « Le panorama de l'eau potable dans les pays émergents d'Asie-Pacifique », *Mission Economique*, n° 133, 2006.

<sup>1964</sup> DIAZ PEDREGAL (V.), VU (T.B.), « Vers une gestion durable de l'eau potable dans le nord Vietnam », op.cit., p. 2.

<sup>1965</sup> ADB, 2008.

<sup>1966</sup> Pour la ville de Hanoi, la demande est doublée en 16 ans, de 350.000 m<sup>3</sup> par jour, la demande avoisine 700000m<sup>3</sup> en 2011, au niveau national, les besoins en eau entre 1995 et 2025 vont être multipliés par 5 (source banque mondiale 1996).

<sup>1967</sup> Une grande partie des canalisations d'eau de HCM avaient entre 30 et 70 ans. V. BOTTON (S.), « Penser la complémentarité entre secteurs formel et informel : la régulation des POP de la distribution d'eau à Ho chi Minh ville (Vietnam) », in BOTTON (S.), BLANC (A.), (sous la dir.), *Services d'eau et secteur privé dans les pays en développement, perceptions croisées et dynamique des réflexions*. AFD, 2010, pp. 351 et s., p. 354.

<sup>1968</sup> BOTTON (S.), BLANC (A.), (sous la dir.), *Accès de tous au service d'eau : le rôle des petits opérateurs privés à Hochiminh ville, Vietnam*, AFD, 2010, p. 19.

<sup>1969</sup> BOTTON (S.), « Penser la complémentarité entre secteurs formel et informel : la régulation des POP de la distribution d'eau à Ho chi Minh ville (Vietnam) », op.cit., p. 353.

*niveau de pression élevé, des niveaux de pertes quantitativement très importantes constituent un tableau plutôt sombre.*<sup>1970</sup>

En l'absence de nouveaux investissements pour l'extension des réseaux, les services sont limités au centre ville et à des périphéries proches. En conséquence, les banlieues ne sont pas desservies, ce qui crée des modes d'adaptation parmi la population pour leurs besoins en eau. En milieu rural, la population conserve les pratiques traditionnelles concernant l'utilisation des ressources d'eau provenant des points d'eau ou des puits. Le développement des creusements des puits individuels ou collectifs présente un risque pour les nappes d'eau souterraines.<sup>1971</sup> Ce comportement adopté par la population, dénuée de moyens financiers, affecte les ressources en eau et fait obstacle aux réformes du système.

Le circuit de l'eau n'est pas circonscrit uniquement à la fourniture et concerne le parcours entier de l'arrivée à l'évacuation de l'eau. En effet, le traitement des eaux usées est un processus qui n'est pas suffisamment pris en compte dans la politique de l'eau au Vietnam. Dans la vie quotidienne, les eaux usées sont déversées directement dans les sols, polluant ainsi les nappes souterraines. Dans ce domaine, le retard est gigantesque. En 2009, il existe seulement 6 usines de traitement des eaux usées, avec une capacité de moins de 380 000 m<sup>3</sup> /jour face aux 4,3 millions m<sup>3</sup> d'eau produite.<sup>1972</sup>

## II) L'ABSENCE D'UNE APPROCHE GLOBALE DE LA GESTION DE L'EAU

*L'approvisionnement en eau potable, en plus d'être un service essentiel et irremplaçable, est par nature monopolistique et comporte une dimension symbolique très forte.*<sup>1973</sup> En effet, la gestion de l'eau est au carrefour des questions stratégiques pour la croissance durable du Vietnam. La cohérence entre le développement économique, la protection de l'environnement et la garantie de sanitaire implique un consensus entre la société civile et les décideurs publics pour le choix des solutions de réformes.<sup>1974</sup> *En d'autres termes, le fonctionnement des services d'eau dépend de variables définies en dehors d'eux, qu'il convient de chercher dans la nature, dans la conduite des institutions politiques et dans les structures sociales.*<sup>1975</sup>

La problématique de la gestion de l'eau ne peut être cantonnée au niveau de l'offre à la population. En effet, ce sujet concerne plusieurs politiques publiques sensibles, notamment, l'aménagement du territoire, le développement urbain, la réforme des entreprises publiques<sup>1976</sup> Ainsi, les dimensions temporelles entre le marché du court terme et le développement durable du long terme, les dimensions

---

<sup>1970</sup> PRUD, *Transitions nationales, gouvernance urbaine et gestion de l'eau potable Maroc, Vietnam*, Rapport final, 2004, p. 263.

<sup>1971</sup> Il existe plus de 200.000 puits dans la région de HCMV pour les besoins domestiques et industriels. Voir Thèse VO (P.L), *Formulation d'une approche intégrale de la gestion durable de l'eau à HCMV*, Vietnam, Université Adelaide, 2011.

<sup>1972</sup> ALBRECHT (D.), HOCQUARD (H.), PAPIN (P.), «Les acteurs publics locaux au cœur du développement urbain vietnamien », AFD, *Focales* 05, Octobre 2010, p.68.

<sup>1973</sup> JAGLIN (S.), ZERAH (M.H.), « Eau des villes : repenser des services en mutation. Introduction », *Revue Tiers Monde*, 2010/3 n° 203, p. 7 et s., p. 13.

<sup>1974</sup> AUDETTE-CHAPELAINE (M.), TREMBLAY ( B.), DUPRÉ ( J.P.), « Les partenariats public-privé dans le secteur des services d'eau », *Revue française d'administration publique* 2/2009 (n° 130) , p. 233 et s.

<sup>1975</sup> JAGLIN (S.), ZERAH (M.H.), « Eau des villes : repenser des services en mutation. Introduction », *Revue Tiers Monde*, 2010/3 n° 203, p. 7 et s., p. 13.

<sup>1976</sup> IRD, *Regards croisés sur Hanoi, transition, spécificité urbaine, et choix de développement*, Actes du séminaire, 12-14 novembre 2002, disponible sur le site [http://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins\\_textes/ divers10-09/010033931.pdf](http://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/ divers10-09/010033931.pdf), consulté le 13/10/2015.

spatiales entre les différents territoires doivent être prises en compte dans la détermination des modes de gestion de l'eau.

Pour attirer les investissements étrangers et les APD, le gouvernement vietnamien est obligé d'harmoniser le discours de la politique interne à celui des bailleurs de fonds et des investisseurs.<sup>1977</sup> Pour ces derniers la notion de « développement durable » doit être prise en compte dans la gestion sociale de l'eau. Il est regrettable cependant de constater que ce concept n'a pas une place importante dans *les propos des responsables de services des compagnies des eaux, des consommateurs et des représentants publics au Vietnam*.<sup>1978</sup>

Il est erroné, cependant, de conclure à l'absence d'une politique environnementale au Vietnam. En effet, la ratification du Plan national sur l'environnement et le développement durable en 1991 ainsi que la loi sur la protection de l'environnement en 1994 confirment l'intérêt politique dans ce domaine. Par ailleurs, le Vietnam fait partie des pays qui ont ratifié le Protocole Kyoto de 2002.<sup>1979</sup>

La loi de mai 1998<sup>1980</sup> pose les premiers jalons du cadre juridique concernant la protection des ressources en déterminant *les compétences et les responsabilités des différents acteurs participant à la gestion de l'eau, aux niveaux national et local*.<sup>1981</sup> Cependant, les moyens pour la mise en œuvre de ces normes ne sont pas suffisants face aux objectifs. Les défaillances techniques ne sont pas les seules raisons des dysfonctionnements des services de l'eau, l'organisation administrative et la gestion du financement sont aussi en cause.

Au Vietnam, la gestion de l'eau est un sujet stratégique et complexe. *La séparation horizontale des pouvoirs entre les zones rurales et urbaines au sein de ministères et de collectivités locales disparates entraîne de nombreux paradoxes et inefficacité*.<sup>1982</sup> En effet, le service de l'eau est placé sous la direction de cinq ministères<sup>1983</sup> qui doivent se concerter pour toutes décisions concernant la question de l'eau. Ce système décisionnel collectif est source de fragmentation des responsabilités. Par ailleurs, ce mode de fonctionnement augmente les difficultés dans le choix d'une politique réactive aux besoins de la société, notamment dans le choix du modèle de gestion de l'eau.

Dans la pratique, les problèmes sont traités séparément en deux domaines : l'eau en milieu urbain et *en* milieu rural. Il est nécessaire, cependant, de développer parallèlement l'accès à l'eau dans ces milieux qui ont des enjeux économiques et

---

<sup>1977</sup> En 1993 la Banque mondiale recensait 38 projets concernant le secteur de l'eau, financés par la Finlande, l'Italie, la France, le Japon, la BAD et l'Allemagne ...soit plus de 727 millions de USD, dont à peine 7% consacrés à l'assainissement, ce qui montre la priorité particulière portée au secteur de l'approvisionnement en eau au début des années 90. Voir PRUD, *Transitions nationales, gouvernance urbaine et gestion de l'eau potable Maroc, Vietnam*, op.cit., p. 255.

<sup>1978</sup> DIAZ PEDREGAL (V.), VU (T.B.), « Vers une gestion durable de l'eau potable dans le nord Vietnam », op.cit., p. 5.

<sup>1979</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>1980</sup> Cette loi impose l'obtention de licences pour l'extraction des eaux brutes (eaux non traitées) et la décharge des Eaux usées ; elle prévoit des sanctions sévères pour les contrevenants sur la base du principe pollueur-payeur. Voir BURKHARDT (G), GRILLOT (C.), NGUYEN (N.T.), *Guide répertoire sur l'environnement au Vietnam*, Mission Economique de Hanoi, 2006.

<sup>1981</sup> DIAZ PEDREGAL (V.), VU (T.B.), « Vers une gestion durable de l'eau potable dans le nord Vietnam », op.cit., p. 6.

<sup>1982</sup> PRUD, « Transitions nationales, gouvernance urbaine et gestion de l'eau potable Maroc, Vietnam », op.cit., p. 308.

<sup>1983</sup> Il s'agit du Ministère des Ressources Naturelles et de l'Environnement, du Ministère du Plan et de l'Investissement, du Ministère de la Construction, du Ministère de l'Industrie et du Ministère de l'Agriculture et du Développement Rural.

sociaux différents. Un regard croisé entre les deux environnements différents est utile pour une anticipation et une adaptation des projets à la réalité.<sup>1984</sup> La gestion de l'eau dépasse le problème technique, car elle est liée aussi, à la question politique et sociale.<sup>1985</sup>

## **Paragraphe 2) Les limites des réformes des services d'eau**

A la différence des autres services de réseaux, le service de l'eau relève de la gestion locale. La disparité des services de l'eau entre les régions (I) constitue un obstacle pour les mesures de réforme mises en place au niveau central. La gestion décentralisée dans le domaine de l'eau a créé le phénomène de blocage des tarifs de l'eau au niveau local (II) pour des raisons politiques. Ce blocage augmente les difficultés des recours aux modèles PPP dans le domaine de l'eau au Vietnam (III).

### **I) LA DISPARITE DES SERVICES DE L'EAU ENTRE LES REGIONS**

La gestion de l'eau au Vietnam est décentralisée à l'échelle des provinces et les Comités populaires de provinces<sup>1986</sup> assurent la politique de développement de ces services<sup>1987</sup> et gèrent les entreprises de production et de distribution de l'eau. Seule la gestion de l'eau potable dans la capitale Hanoi relève de la compétence du gouvernement central, les autres régions sont autonomes dans ce domaine. Cependant, il n'existe pas de gestion globale au niveau national, des inégalités socio-spatiales majeures favorisant les grandes villes où les niveaux de vie sont les plus élevés.<sup>1988</sup> En effet, la population dans les grandes villes bénéficie d'un tarif de l'eau subventionné, tandis que celle de la majorité des villes, est obligée de payer le prix fort. Cependant, les disparités de prix ne sont pas justifiées et ne prennent en compte ni les niveaux de vie des populations, ni les coûts de production réels.<sup>1989</sup>

Les trois grandes villes Hanoi, HCMV, et Haiphong disposent d'entreprises spécialisées dans l'approvisionnement en eau, tandis que les autres villes n'ont qu'une seule entreprise gérant la distribution et le drainage. Ces entités sont implantées dans les endroits éloignés et fonctionnent de manière autarcique.<sup>1990</sup> Dans les zones rurales, des régies d'eau se retrouvent éparpillées dans différentes régions.<sup>1991</sup> Les budgets annualisés ne permettent pas aux organisations locales d'investir sur le long terme.<sup>1992</sup> Ces inégalités ont tendance de s'aggraver à long terme et génèrent des conflits entre les provinces.

---

<sup>1984</sup> PRUD, « Transitions nationales, gouvernance urbaine et gestion de l'eau potable Maroc, Vietnam », op.cit., p. 309.

<sup>1985</sup> BAKKER (K.), « Participation du secteur privé à la gestion des services des eaux : tendances récentes et débats dans les pays en voie de développement », *Espaces et sociétés* 2009/4 (n°139), p. 91 et s. p. 102.

<sup>1986</sup> PRUD, *Transitions nationales, gouvernance urbaine et gestion de l'eau potable Maroc*, op.cit., p. 236.

<sup>1987</sup> Ibidem, p. 236.

<sup>1988</sup> PRUD, « Transitions nationales, gouvernance urbaine et gestion de l'eau potable Maroc, Vietnam », op.cit., p. 304.

<sup>1989</sup> Ibidem, p. 304.

<sup>1990</sup> PRUD, « Transitions nationales, gouvernance urbaine et gestion de l'eau potable Maroc, Vietnam », op.cit., p. 236.

<sup>1991</sup> DIAZ PEDREGAL (V.), VU (T.B.), « Vers une gestion durable de l'eau potable dans le nord Vietnam », op.cit., p. 3.

<sup>1992</sup> Ibidem, p. 7.

La ville qui représente le dynamisme régional le plus réussi en matière de l'eau est HCMV. Ainsi, cette ville est devenue le lieu où se déroulent les projets pilotes de la politique de transition au Vietnam. En raison du poids économique de la région, le Comité Populaire de HCMV dispose d'une autonomie plus importante par rapport aux autres régions. Dans un cadre d'action libre, les autorités locales ont lancé le programme de socialisation<sup>1993</sup> et la régulation des petits opérateurs privés (POP) dans le secteur de l'eau.<sup>1994</sup> Ce programme consiste à passer un accord entre l'opérateur officiel SAWACO et les POP pour compenser la faiblesse de la production publique et pour développer les services de l'eau.

Cependant, le contrôle public est limité aux normes techniques, à la qualité et au tarif de l'eau. En général, les autorités publiques adoptent une attitude de tolérance envers les activités commerciales de petite taille. Cette politique a laissé proliférer de nombreuses POP qui échappent à tout contrôle.<sup>1995</sup> Le développement des POP représente une menace à long terme pour l'environnement. En effet, ces entreprises font des forages de manière « artisanale » pour leur propre production. Dans la pratique, les POP ne sont pas attirés par les accords de socialisation qui représentent des contraintes, notamment en matière de détermination des tarifs de vente. Par ailleurs, leurs chiffres d'affaires sont subordonnés à la politique de rachat de l'eau de SAWACO.

En raison du manque de succès de la socialisation, le pouvoir public a décidé de reprendre les rênes dans les services de l'eau. Ainsi ce dernier cherche à restructurer l'entreprise publique SAWACO en ouvrant le capital social à des acteurs économiques divers.<sup>1996</sup> L'ouverture du capital de SAWACO à des entreprises publiques dans d'autres secteurs, immobiliers ou bancaires a abouti à la création d'entreprises publiques qui entrent en concurrence avec les POP du secteur de l'eau.

La politique d'actionnarisation<sup>1997</sup> à HCMV met l'accent sur la logique financière qui consiste à ne pas faire d'ombre à des nouvelles sociétés par actions ainsi que sur la logique politique qui consiste à l'ouverture du secteur aux investisseurs privés. La logique de service qui concerne l'amélioration de la desserte de l'eau n'est pas correctement prise en compte dans ce processus.<sup>1998</sup>

Le cas de HCMV met au grand jour les contradictions difficilement surmontables dans la gestion de l'eau au Vietnam et le conflit entre la logique politique et sociale et la logique financière.<sup>1999</sup> *Il est donc aisé de conclure qu'une amélioration notable de la qualité du service et de la desserte en eau potable à HCMV ne se fera pas du jour au lendemain ni sans l'aide de la coopération internationale.*<sup>2000</sup>

---

<sup>1993</sup> Par le décret 117 de juillet 2007, les entreprises publiques de l'eau sont obligées de se constituer en sociétés commerciales à capitaux et d'ouvrir leur capitaux aux agents économiques du secteur privé.

<sup>1994</sup> Voir BOTTON (S.), BLANC (A.), *Accès de tous aux services d'eau : le rôle des petits opérateurs privés à Ho Chi Minh ville (Vietnam)*, op.cit., p. 11.

<sup>1995</sup> BOTTON (S.), « Penser la complémentarité entre secteurs formel et informel : la régulation des POP de la distribution d'eau à Ho chi Minh ville (Vietnam) », op.cit., p. 357.

<sup>1996</sup> A partir de 2001, les compagnies des eaux sont considérées comme des entreprises commerciales (Selon la résolution du troisième Plenum du IXème Congrès du Parti Communiste).

<sup>1997</sup> Voir BOTTON (S.), « Penser la complémentarité entre secteurs formel et informel : la régulation des POP de la distribution d'eau à Ho chi Minh ville (Vietnam) », op.cit., p. 354.

<sup>1998</sup> BOTTON (S.), « Penser la complémentarité entre secteurs formel et informel : la régulation des POP de la distribution d'eau à Ho chi Minh ville (Vietnam) », op.cit., p. 370.

<sup>1999</sup> BOTTON (S.), « Penser la complémentarité entre secteurs formel et informel : la régulation des POP de la distribution d'eau à Ho chi Minh ville (Vietnam) », op.cit., p. 374.

<sup>2000</sup> Ibidem, p. 355.

## II) LES BLOCAGES POLITIQUES DES TARIFS DE L'EAU AU NIVEAU LOCAL

Le sujet de la tarification<sup>2001</sup> de l'eau est au centre de la gestion de l'eau au Vietnam. En effet, l'eau demeure un bien social faisant partie des derniers subventionnés et perçu comme l'un des derniers symboles de la période collectiviste tant au sein de la sphère politique que de la population.<sup>2002</sup> En général, avec la cessation des subventions de la politique Dõi Mõi, les tarifs des services de bases ont augmenté. L'eau est le seul service qui bénéficie encore des subventions publiques, ainsi son prix reste bon marché.<sup>2003</sup> En effet, par rapport au coût de l'électricité qui a augmenté de 59,6% en cinq ans,<sup>2004</sup> le prix moyen de l'eau a augmenté seulement de 19,2% en dix ans, entre 1994 et 2004.<sup>2005</sup>

Au niveau national, le tarif de l'eau fixé par la circulaire n°3 n'est pas appliqué en raison des paradoxes implicites. En effet, la tarification publique préconise d'une part, le coût réel en calculant le prix de revient (coût de production) et le coût de recouvrement, d'autre part, elle demande que ce coût soit conforme aux capacités des consommateurs sans qu'aucun critère ne soit défini. Au final, le coût socialement convenable est inférieur au coût de production. Les entreprises qui appliquent ce tarif fonctionnent à perte, ce qui rend impossible le remboursement des emprunts et la provision des investissements.<sup>2006</sup>

La situation semble bloquée, puisque malgré une politique gouvernementale favorable à l'augmentation des tarifs de l'eau, les pouvoirs locaux s'opposent à la hausse des tarifs de l'eau pour ménager leur électorat.<sup>2007</sup> Ainsi, les Comités populaires, décideurs uniques en matière de prix de l'eau, bloquent le tarif en invoquant les prétextes à caractère social. En réalité, les membres du Conseil populaire qui participent au vote pour la gestion des services de l'eau, sont réélus tous les cinq ans, leur vision politique de l'eau est limitée au terme de leur mandat.<sup>2008</sup>

La pratique de l'eau bon marché par des autorités régionales, génère des conséquences négatives à plusieurs niveaux. En premier lieu, cette politique nuit à la gestion des ressources de l'eau du pays. En effet, les tarifs fixés par ces dernières n'intègrent pas les dépenses nécessaires à la protection de l'environnement à l'instar de la politique de l'eau au niveau national. En conséquence, la focalisation sur le critère financier pour fixer le tarif de l'eau est un obstacle aux réformes de la gestion intégrale de l'eau et de la restructuration de ce secteur.<sup>2009</sup>

Ensuite, l'effet pervers du maintien d'un prix bas de l'eau induit un manque de conscience de la valeur de l'eau. En effet, la population qui bénéficie d'une eau à bon marché a tendance à considérer qu'il s'agit d'une ressource inépuisable et adopte des

---

<sup>2001</sup> La résolution 217 en 1990 autorise les Comités populaires à déterminer la tarification de l'eau. Voir BOTTON (S.), « Penser la complémentarité entre secteurs formel et informel : la régulation des POP de la distribution d'eau à Ho Chi Minh ville (Vietnam) », op.cit., p. 353.

<sup>2002</sup> PRUD, « Transitions nationales, gouvernance urbaine et gestion de l'eau potable Maroc, Vietnam », op.cit., p. 227.

<sup>2003</sup> Ibidem, p. 227.

<sup>2004</sup> Depuis le début des années 90, le prix de l'électricité passe en moyenne de 683,43 đồng en 1999 à 756,13 đồng en 2001 à 1.090,8 đồng en 2003 le KW/h.

<sup>2005</sup> PRUD, « Transitions nationales, gouvernance urbaine et gestion de l'eau potable Maroc, Vietnam », op.cit., p. 227.

<sup>2006</sup> Ibidem, p. 303.

<sup>2007</sup> Ibidem, p. 291.

<sup>2008</sup> Ibidem, p. 296.

<sup>2009</sup> PRUD, « Transitions nationales, gouvernance urbaine et gestion de l'eau potable Maroc, Vietnam », op.cit., p. 228.

comportements de gaspillage.<sup>2010</sup> Le système de facturation par forfait encourage ces phénomènes.

Enfin, la vente à perte met en difficulté les entreprises dans le secteur de l'eau. En effet, ces dernières ne peuvent assurer leur autonomie financière sans augmenter le tarif de vente de l'eau. Le prix réel de l'eau doit permettre de financer le coût d'amortissement, les différentes taxes, et les investissements futurs.<sup>2011</sup> L'application d'un prix de vente à perte génère des déficits qui entraînent le manque de financement dans l'entretien, dans la rénovation des matériels et la dégradation des activités de l'entreprise.

Le problème du tarif de l'eau ne peut être traité séparément de l'amélioration des entreprises dans ce secteur. Sans une rénovation des équipements et des méthodes de gestion, il est difficile d'assurer une activité rentable. En effet, au niveau de la distribution, la perte des eaux est importante.<sup>2012</sup> La facturation est inefficace, les données de la compagnie des eaux laissent voir que 23% de la population connectée disposait d'un compteur, 49% des recettes en eau étaient issues du forfait et seulement 30% provenaient véritablement l'eau facturée (compteur).<sup>2013</sup> Tant que l'inefficacité de la gestion n'est pas maîtrisée, l'augmentation des prix est considérée comme une prime à l'inertie et à la sclérose du mode de gestion.<sup>2014</sup>

Au-delà de ces blocages, la question de la tarification est l'une des causes principales des échecs des négociations des projets *BOT* dans le secteur de l'eau.

### **III) LES OBSTACLES A LA MISE EN ŒUVRE DES PPP DANS LE DOMAINE DE L'EAU**

Selon l'étude des retours d'expériences des PPP mis en place dans les services de l'eau dans les différents pays, les résultats ne sont pas toujours satisfaisants. En effet, les opérateurs internationaux qui s'engagent dans ces projets ne maîtrisent pas suffisamment des particularités des contextes socio-économiques locaux. En conséquence, leurs offres ne sont pas toujours adaptées aux besoins de la population. Par ailleurs, les contrats de long terme s'avèrent difficiles dans le secteur de l'eau en raison des grands risques et d'importances incertitudes. En effet, *l'incertitude et la spécificité des investissements dans l'industrie de l'eau peuvent rendre difficile la mise en place de contrats de PPP.*<sup>2015</sup> Ainsi, *plus que dans d'autres secteurs, et du fait des valeurs spécifiques attachées à l'eau, les PPP développés dans les services d'eau ont été controversés.*<sup>2016</sup>

Au Vietnam, la croissance économique basée sur le dynamisme urbain a accéléré les besoins de la population, les impératifs de l'offre en matière de l'eau sont devenus pressants. Cependant, les infrastructures de l'eau nécessitent de forts coûts d'investissement pour les équipements lourds des différentes étapes du circuit de l'eau,

<sup>2010</sup> PRUD, « Transitions nationales, gouvernance urbaine et gestion de l'eau potable Maroc, Vietnam », op.cit., p. 228.

<sup>2011</sup> Ibidem, p. 303.

<sup>2012</sup> On comptait 70% de pertes qui provenaient en partie du réseau de conduite (2,25%), du réseau de distribution et des points de raccordement (31,75%).

<sup>2013</sup> PRUD, « Transitions nationales, gouvernance urbaine et gestion de l'eau potable Maroc, Vietnam », op.cit., p. 257.

<sup>2014</sup> Ibidem, p. 308.

<sup>2015</sup> HUET (F.), *artenariats public-privé et performances, théories et application au secteur de l'approvisionnement d'eau potable en France*, thèse op.cit.p. 66.

<sup>2016</sup> ESTACHE (A.), FAY (M.), *Current Debates on Infrastructure Policy*, Working Paper, n° 49, Washington D.C., The World Bank, 2009.

des usines de production, du traitement et de la distribution. Le financement de ces équipements peut représenter 80% des coûts fixes de l'activité.

Pour ces raisons, les autorités publiques ont envisagé la solution des PPP pour procurer des infrastructures qui dépasse la capacité du budget public. Les entreprises françaises ont été les premières contactées pour améliorer le secteur de l'eau. En 1997, la Lyonnaise des Eaux a entrepris des négociations pour un projet *BOT* dans le secteur de l'eau à HCMV. Les parties n'arrivent pas à trouver un accord sur le prix de vente, sur la licence d'exploitation et sur les autorisations administratives des banques.<sup>2017</sup> L'entreprise française a décidé de se retirer malgré les montants importants engagés dans les négociations. Suite à cet échec, le *Vietnam a officiellement décidé l'arrêt des BOT dans le secteur de l'eau même si le BOT de la Malaisie à HCMV fonctionne.*<sup>2018</sup>

Les projets de l'eau doivent être initiés par une structure locale. Les échecs de grands projets de concession d'eau dans les pays émergents<sup>2019</sup> ont changé le mode d'intervention des Institutions financières internationales dans les projets de l'eau. Les secteurs privés locaux sont devenus des acteurs majeurs pour l'amélioration des services locaux.<sup>2020</sup>

Les défaillances de l'environnement financier au Vietnam limitent la mise en place des projets d'investissement à long terme. Dans ce contexte, un contrat de type concessif aurait été trop ambitieux. En revanche, le financement des investissements par des fonds publics serait un facteur de modération des hausses tarifaires, qui doivent rester socialement et politiquement acceptables. Les autorités publiques peuvent trouver un mécanisme pour *mobiliser, autant que possible, l'épargne locale souvent abondante, quitte à la sécuriser par des fonds de garantie*<sup>2021</sup> venant des organisations internationales. Ces dernières peuvent apporter des soutiens sous forme d'assistance technique, de coopération décentralisée ou de formation pour le personnel. Une coopération entre un opérateur public efficace et les opérateurs privés motivés par des demandes importantes est une solution potentielle pour la politique de l'eau au Vietnam.

La question des PPP dans le secteur de l'eau soulève le problème de la coordination nécessaire des acteurs à des niveaux différents dans les services de l'eau. Les partenaires qui sont impliqués dans la gestion et la protection des ressources en eau doivent pouvoir se concerter dans des débats de réflexion pour trouver des solutions à cette situation complexe. Les différentes organisations pour l'externalisation des services de l'eau dans les pays qui ont mis en place les PPP, peut être des références pour les réformateurs vietnamiens.

---

<sup>2017</sup> PRUD, « Transitions nationales, gouvernance urbaine et gestion de l'eau potable Maroc, Vietnam », op.cit., p. 292.

<sup>2018</sup> Ibidem, p. 292.

<sup>2019</sup> Voir BOTTON (S.), BLANC (A.), *Accès de tous aux services d'eau : le rôle des petits opérateurs privés à Ho Chi Minh ville (Vietnam)*, op.cit., p. 8.

<sup>2020</sup> MARTINAND (C.), « Economie et gouvernance des services essentiels ou services de base », op.cit., p. 8.

<sup>2021</sup> MARTINAND (C.), « Economie et gouvernance des services essentiels ou services de base », op.cit., p. 8.

## **Sous Section 2) Les références de droit comparé : l'intérêt du modèle français pour la politique d'externalisation de l'eau au Vietnam**

*La France et le Royaume-Uni sont les pays où le secteur privé est historiquement le projet plus présent dans les services d'eau.*<sup>2022</sup> Cependant, le mode de gestion n'est pas le même. La libéralisation radicale des secteurs de l'eau du modèle anglais (Paragraphe 1) présente des points qui ne sont pas compatibles avec la situation du Vietnam. En effet, le transfert définitif de la propriété publique est exclu dans la phase de transition actuelle de ce pays. Les références du modèle français des PPP pour la gestion locale de l'eau (Paragraphe 2) peuvent apporter des solutions éventuelles pour les régions au Vietnam.

### **Paragraphe 1) La libéralisation radicale dans les secteurs de l'eau du modèle anglais**

Au Royaume-Uni, la politique de privatisation des entreprises de l'eau (I) a permis de créer des grands groupes qui ont une envergure internationale. Face à ces opérateurs puissants, il est nécessaire de mettre en place une régulation forte des services de l'eau (II) qui reste un monopole naturel.

#### **I) LA POLITIQUE DE PRIVATISATION DES ENTREPRISES DE L'EAU**

Au Royaume-Uni, les services de l'eau sont gérés par les collectivités locales, cependant, la réforme de 1974 a diminué les prérogatives de ces dernières et les limite à la fonction de contrôle de qualité de l'eau potable. Les opérateurs publics (*Regional Water Authorities*) assumaient l'ensemble des activités concernant l'eau.<sup>2023</sup> *En parallèle, de petites compagnies privées étaient autorisées à desservir uniquement l'eau potable dans certaines parties des différentes régions.*<sup>2024</sup> Les services de l'eau anglais sont caractérisés par un contrôle politique concentré au niveau gouvernemental, ce qui restreint considérablement les décisions au niveau régional.

Dans les années 90, les industries de l'eau sont privatisées.<sup>2025</sup> Les anciennes opérateurs publics sont relayées par les dix *Water and Sewerage Companies (WSC)* et les 29 *Water Only Companies (WOC)* qui correspondaient à d'anciennes régions municipales ou inter-communales, dont certaines avaient déjà été privatisées.<sup>2026</sup> *Les missions de collecte et de traitement des eaux usées, quant à elles, furent laissées à la charge exclusive des WSC.*

Le territoire national est divisé en plusieurs zones pour être affectées aux opérateurs privés. Ces derniers détiennent le monopole dans ces zones - et assurent

---

<sup>2022</sup> AUDETTE-CHAPELAINE (M.), TREMBLAY (B.), DUPRÉ (J.P.), « Les partenariats public-privé dans le secteur des services d'eau », op.cit., p. 233 et s.

<sup>2023</sup> LE LANNIER (A.), *Renégociations et difficultés d'exécution de la concurrence par comparaison, une application au secteur de l'eau en Angleterre et au Pays de Galles*, thèse en Sciences Economiques, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2010, p. 218.

<sup>2024</sup> Ibidem, p. 218.

<sup>2025</sup> *Suite au Water Industry Act de 1991.* Voir LE LANNIER (A.), *Renégociations et difficultés d'exécution de la concurrence par comparaison, une application au secteur de l'eau en Angleterre et au Pays de Galles*, thèse op.cit., p. 218.

<sup>2026</sup> LORRAIN (D.), « Capitalisme urbains des modèles européens en compétition », op.cit.

toutes les fonctions verticales de la chaîne de distribution d'eau, de l'extraction à la distribution. Propriétaires de leurs installations, ces opérateurs *assument à la fois la gestion et le financement de l'exploitation, de la maintenance, du renouvellement et des investissements.*<sup>2027</sup> *Les gains de productivité ont été importants depuis la privatisation.*<sup>2028</sup> *Cette forte intégration des gestionnaires (au total, moins de 30 opérateurs) à un niveau supra régional est une caractéristique fondamentale du système anglais.*<sup>2029</sup>

La politique de privatisation a un avantage pour la politique industrielle britannique car elle a permis aux groupes industriels britanniques de se positionner à l'internationale. En effet, la structure a permis aux 10 compagnies de se développer sur un marché supra régional, d'acquérir un niveau élevé de compétence et de se professionnaliser dans l'industrie de l'eau. En revanche, cette politique n'est pas favorable pour le marché national. En effet, la voie de la privatisation totale exige *d'importants fonds propres immobilisés durablement dans des infrastructures privées, c'est-à-dire monopolistiques. Cette voie n'intéresse en définitive que les marchés de capitaux en mal de rentabilité à long terme. Elle ne crée pas un véritable marché pour les industriels des réseaux urbains car elle n'offre pas de perspectives de développement.*<sup>2030</sup>

Le modèle de privatisation au Royaume-Uni mis en place depuis plus de 30 ans est irréversible. Ainsi, *la propriété des installations et la totalité de la gestion sont confiées à des compagnies privées, encadrées par des autorités de régulation indépendantes.*<sup>2031</sup> Le retrait du secteur public doit être compensé, cependant par un renforcement de la régulation pour le contrôle de l'activité privée dans ce domaine.

## II) LA MISE EN PLACE D'UNE REGULATION FORTE DANS LES SERVICES DE L'EAU

La Grande Bretagne a effectué un virement radical par rapport au système de gestion classique de l'eau. En effet, la privatisation des entreprises publiques nécessite des réformes des structures institutionnelles et législatives pour gérer la nouvelle situation. Pour le gouvernement, la flexibilité de la gestion privée semble plus adaptée pour *faire face à toutes nouvelles questions.*<sup>2032</sup> Par la privatisation, les firmes ont acquis un horizon temporel quasi illimité et un monopole territorial dans des grandes régions. Cependant, face aux entreprises privées qui disposent de grands moyens techniques et financiers, les élus locaux n'ont pas les compétences nécessaires en matière de service d'eau et d'assainissement pour contrôler leurs activités.

Le service de l'eau est un monopole naturel qui nécessite une régulation permanente de la part de l'autorité publique. Ainsi, un système de régulation économique et environnemental a été mis en place, notamment l'organisme régional de concurrence en matière de l'eau : *Competition Commission, Consumer Council for*

---

<sup>2027</sup> GUERIN SCHNEIDER (L.), *Introduire la mesure de performance dans la régulation des services d'eau et d'assainissement en France*, op.cit, p. 111.

<sup>2028</sup> Ibidem, p. 114.

<sup>2029</sup> Ibidem, p. 112.

<sup>2030</sup> MARTINAND (C.), *La maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux*, collection journal officiel de la République française, avis et rapports du Conseil économique et social, 2011, p. 28.

<sup>2031</sup> GUERIN SCHNEIDER (L.), *Introduire la mesure de performance dans la régulation des services d'eau et d'assainissement en France*, op.cit., p. 110.

<sup>2032</sup> BODIGUEL (M.), BULLER (H.), « Gestion publique ou gestion privée de l'eau ? une réflexion franco-britannique », *Hydrologie dans les pays celtiques*, Rennes, 8-11 juillet 1996, Ed. INRA, Paris, 1996, (Les Colloques n°79), pp. 443 et s. p. 447.

*Water, Department.*<sup>2033</sup> Par ailleurs, les activités des entreprises de l'eau sont placées sous le contrôle des entités administratives et du régulateur officiel (OFWAT).<sup>2034</sup> Ce dernier assume la régulation des coûts et des performances des opérateurs privés. Le prix de l'eau doit tenir compte de *l'optimum collectif équitable entre usager, actionnaire et exploitant. Tous les 5 ou 10 ans, le régulateur analyse en profondeur la gestion technique et financière des entreprises afin de fixer l'évolution du prix qu'elles vont être autorisées à pratiquer.*<sup>2035</sup> Le principe utilisé pour la régulation des prix est la méthode incitative du « *price cap* ». <sup>2036</sup>

*La régulation des services d'eau anglais repose sur une transparence poussée de la gestion des services.* Le régulateur OFWAT définit un processus cadré et contrôlé qui lui permet d'obtenir des informations concernant les coûts et les performances de l'entreprise et de vérifier l'application de ces règles par cette dernière.<sup>2037</sup> Ces informations sont nécessaires pour l'application de la concurrence statistique (*Yardstick competition*). Il s'agit de *comparer les performances d'une entreprise dont les coûts réels sont mal connus, avec un étalon statistique.*<sup>2038</sup> *La concurrence statistique implique l'existence d'un régulateur très puissant qui s'appuie sur des informations statistiques, sur les caractéristiques du service pour fixer des niveaux de prix.*<sup>2039</sup>

La régulation mise en place a procuré des résultats positifs, les services de l'eau ont été améliorés, les infrastructures, la qualité de l'eau et les services apportés aux clients sont satisfaisants. *Le niveau de performance contrôlé par les indicateurs n'a cessé de s'améliorer au fil des ans, comme en attestent les éditions annuelles du "Report on levels of service for the water Industry in England and Wales".*<sup>2040</sup> Le défi du financement privé dans le secteur de l'eau a été relevé et la productivité a été nettement améliorée.<sup>2041</sup> Ces acquis permettent aux régulateurs de capitaliser les informations et d'adapter la révision des tarifs.

Cependant, le système de régulation n'est pas exempt de défaut, notamment celui de *la non reconnaissance du caractère local du service.*<sup>2042</sup> En effet, *les usagers n'ont que peu de moyens de se faire entendre dans ce concert centralisé.*<sup>2043</sup> Les autorités publiques locales sont sensibles à ce problème et se sont appuyées sur cette base pour s'opposer à la politique nationale dans la gestion de l'eau. Par ailleurs, la contrepartie d'un service de qualité cependant n'est pas négligeable : *l'eau est très chère en Angleterre et les profits affichés par ces entreprises, ainsi que leur valeur en bourse qui*

---

<sup>2033</sup> AUDETTE-CHAPELAINE (M.), TREMBLAY (B.), DUPRÉ (J.P.), « Les partenariats public-privé dans le secteur des services d'eau. », op.cit.

<sup>2034</sup> Voir site <http://www.oieau.fr/international/pays/2004/RoyUni.pdf>, consulté le 16/8/2015.

<sup>2035</sup> BREUIL (L.), *Organisations des services d'eau dans les pays en développement, peut-on caractériser un modèle émergent ?*, Mémoire DEA, 2001.

<sup>2036</sup> GUERIN SCHNEIDER (L.), *Introduire la mesure de performance dans la régulation des services d'eau et d'assainissement en France*, op.cit., p. 113.

<sup>2037</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>2038</sup> SALLES (J.M.), INGLES (J.), « Régulation de l'activité des délégataires de services de l'eau et de l'assainissement, Qu'avons-nous appris ? Peut-on faire mieux ? », in *Flux* n°31-32, 1998. pp. 35 et s. p. 45.

<sup>2039</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>2040</sup> GUERIN SCHNEIDER (L.), *Introduire la mesure de performance dans la régulation des services d'eau et d'assainissement en France*, op.cit., p.122.

<sup>2041</sup> *Entre 92 et 97, le coût unitaire par abonné a été réduit de 12% pour l'eau et de 10% pour l'assainissement.* Voir GUERIN SCHNEIDER (L.), *Introduire la mesure de performance dans la régulation des services d'eau et d'assainissement en France*, op.cit., p. 122.

<sup>2042</sup> AUBY (J.B.), « Intervention », in IGD, *La régulation des services publics locaux*, février 2000, p. 33.

<sup>2043</sup> BREUIL (L.), *Organisations des services d'eau dans les pays en développement, peut-on caractériser un modèle émergent ?*, op.cit.

*traduit leurs profits anticipés, atteignent des sommets.*<sup>2044</sup> Ces éléments sont rédhibitoires pour l'intégration de ce modèle au Vietnam, en raison de l'opposition systématique des autorités publiques locales à l'augmentation du tarif de l'eau<sup>2045</sup> et en raison des monopoles publics dans le secteur de l'eau.

## **Paragraphe 2) Les références françaises du modèle PPP dans la gestion locale de l'eau**

Les services de l'eau en France sont révélateurs de la tradition de longue date de coopération avec le secteur privé. Les apports du modèle de gestion déléguée dans les services de l'eau en France (I) ainsi que l'instrument de l'intercommunalité pour optimiser l'organisation territoriale (II) peuvent ouvrir des pistes de réflexions pour la gestion locale de l'eau au Vietnam.

### **I) LES APPORTS DU MODELE DE GESTION DELEGUEE DANS LES SERVICES DE L'EAU EN FRANCE**

Le secteur de l'eau constitue une « exception française », exception à double titre. En premier lieu, c'est l'exception du « modèle français » par rapport au schéma de gestion de l'eau mis en place dans les autres pays, ensuite c'est l'exception de l'eau par rapport aux autres services d'utilité français.<sup>2046</sup> En France, les services de l'eau sont classés dans la catégorie des services publics industriels et commerciaux (SPIC), soumis aux règles particulières, tant sur le plan juridique qu'en matière budgétaire et de gestion de trésorerie.<sup>2047</sup>

Les services de l'eau relèvent des compétences des collectivités locales qui sont libres d'organiser la distribution et le traitement de l'eau. Dans le souci de rationaliser leur gestion, les collectivités locales ont enrichi les modes de gestion traditionnels tels que la concession, l'affermage ou la régie intéressée, avec des contrats innovants.<sup>2048</sup> Quel que soit le mode d'exploitation du réseau de l'eau, la collectivité publique garde le contrôle de l'organisation du service et en conséquence elle définit les règles qui gouvernent le service.<sup>2049</sup> En effet, même lorsque le secteur privé a un rôle élargi dans ce secteur, les autorités publiques demeurent responsables du contrôle de la qualité de l'eau, du tarif et de l'accessibilité aux services.<sup>2050</sup>

En France, les contraintes de service public, notamment le principe d'égalité et de continuité, sont obligatoires quel que soit le mode de gestion choisi par les autorités

---

<sup>2044</sup> SALLES (J.M.), INGLES (J.), « Régulation de l'activité des délégataires de services de l'eau et de l'assainissement, Qu'avons-nous appris ? Peut-on faire mieux ? », op.cit., p. 45.

<sup>2045</sup> Voir paragraphe 2, sous-section-1 ci desus.

<sup>2046</sup> BREUIL (L.), PEZON (C.), Le PPP pour développer les services d'eau potable : quelques leçons de l'expérience française pour les PED, in *Services d'eau et secteur privé dans les pays en développement, perceptions croisées et dynamique des réflexions*, AFD, 2011.

<sup>2047</sup> GARCIA (S.), « Rendement et efficacité dans les industries en réseau : le cas des services d'eau potable délégués », *Economie et prévision*, n° 154/2002-3, p. 124.

<sup>2048</sup> DUMEZ (H.), JEUNEMAÎTRE (A.), « La régulation des monopoles au Royaume-Uni : le modèle de référence ? », op.cit.

<sup>2049</sup> Ibidem, p. 445.

<sup>2050</sup> AUDETTE-CHAPELAINE (M.), TREMBLAY (B.), DUPRÉ (J.P.), « Les partenariats public-privé dans le secteur des services d'eau. », op.cit., p. 233 et s.

publiques locales. Le principe d'adaptation implique une évolution nécessaire de la part du prestataire pour répondre aux besoins du public.<sup>2051</sup>

Les retours d'expérience de la gestion déléguée de l'eau ont révélé que les communes sont plus susceptibles de choisir une gestion par le privé lorsque la complexité augmente.<sup>2052</sup> Une grande majorité des communes françaises a recours au modèle de gestion déléguée et confie la gestion de l'eau au secteur privé.<sup>2053</sup> Toutefois, la délégation de la gestion de l'eau au secteur privé rencontre une opposition grandissante ces dernières années.<sup>2054</sup> *Le problème de la légitimité est l'une des préoccupations essentielles de la réflexion*<sup>2055</sup> concernant le problème de régulateur local. La tendance de gestion en régie refait surface face aux oligopoles privés<sup>2056</sup> et à la concurrence des modes d'organisation de l'exploitation dans le domaine de l'eau.

*La gestion privée n'a pas un effet significatif sur les prix. En moyenne, les prix ne sont pas plus élevés dans le cas d'une gestion par le privé que dans celui d'une gestion par la commune une fois les caractéristiques des communes ayant été contrôlées.*<sup>2057</sup> Ce qui fait augmenter les prix sont des investissements pour améliorer les infrastructures.

*L'expérience française de la gestion déléguée de services publics met l'accent sur les missions d'intérêt général, la gestion d'entreprise et la maîtrise publique. Cette voie intéresse nombre de pays au moment même où elle est controversée en France.*<sup>2058</sup> L'efficacité de ce mode de gestion permet de maîtriser les projets d'investissements, notamment pour renouveler les réseaux existants, pour choisir les solutions en fonction des problèmes sur le terrain et pour adapter la tarification aux objectifs sociaux et environnementaux.<sup>2059</sup>

Dans les PED, les échecs des contrats de concession dans le secteur de l'eau ont révélé que ce mode de gestion n'est pas adapté pour ce secteur. *Le tandem contrat de concession et régulation par prix plafond est incompatible avec la généralisation de l'accès à l'eau potable et peu résistant aux chocs extérieurs.* En effet, en raison des investissements importants dans les infrastructures, les opérateurs privés imputent le coût de rémunération des capitaux, des matériels et les marges de bénéfices dans le mécanisme de tarif imposé aux usagers. Cependant, les villes dans les PED sont composées d'une large partie de population qui ne peut payer leur besoin en eau. Le monopole privé de l'eau dans ces situations devient un facteur de dégradation de la santé publique et de la cohésion sociale.

Dans le secteur de l'eau, *les contrats d'affermage tirent partie des dernières évolutions apportées à la délégation de service public en France, et représentent, à ce*

---

<sup>2051</sup> GARCIA (S.), « Rendement et efficacité dans les industries en réseau : le cas des services d'eau potable délégués, op.cit., p. 124.

<sup>2052</sup> VALERO (V.), « Les écarts de prix de l'eau en France entre les secteurs privé et public », op.cit., p. II.

<sup>2053</sup> 61 % de l'ensemble des communes déléguaient leur service d'eau potable au secteur privé en 2004. Voir VALERO (V.), « Les écarts de prix de l'eau en France entre les secteurs privé et public », *Revue économique*, 2014/0 Prépublication, p. I et s., p. II.

<sup>2054</sup> VALERO (V.), « Les écarts de prix de l'eau en France entre les secteurs privé et public », op.cit., p. II.

<sup>2055</sup> TEULET (M.), « Intervention », in IGD, *La régulation des services publics locaux*, février 2000, p. 29.

<sup>2056</sup> LASSERE (R.), KIBLER (L.), PAUTRAT (M.H.), (sous la dir.) *Modernisation des services publics et management social en France et en Allemagne*, CIRAC, Université de Cergy Pontoise, 2007, p. 36 et s.

<sup>2057</sup> VALERO (V.), « Les écarts de prix de l'eau en France entre les secteurs privé et public », op.cit., p. II.

<sup>2058</sup> MARTINAND (C.), *La maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux*, op.cit, p. 29.

<sup>2059</sup> Ibidem, p. 37.

titre, une version moderne et en partie réussie des PPP.<sup>2060</sup> Ce mode de gestion permet de diminuer les risques des investissements lourds du secteur privé. Ce dernier peut se concentrer sur leur point fort qui est l'efficacité opérationnelle. Ainsi, ce modèle peut être un instrument pour optimiser les services d'eau, notamment dans les villes. En effet, la dissociation du financement de l'infrastructure qui doit rester sous la responsabilité publique et l'exploitation du service qui peut être confiée à des expertises privées, plus aptes à améliorer la productivité,<sup>2061</sup> est une solution pour réformer le système défectueux de l'eau au Vietnam. La gestion privée, plus centrée sur une rentabilité basée sur la productivité de l'activité,<sup>2062</sup> peut apporter des solutions pour limiter les pertes de l'eau dans le réseau de distribution, pour améliorer l'imputation des coûts de l'eau basés sur des factures et des compteurs d'eau auprès des usagers.

Par ailleurs, la gestion déléguée est un instrument qui permet aux collectivités publiques de peser sur les opérateurs privés. *Ceci est particulièrement vrai lorsque les contrats de gestion déléguée font intervenir des incitations (bonis, pénalités, bons de performance, partage des économies, etc.) reliées à la performance.*<sup>2063</sup> Avec un cadre contractuel rigoureux, le modèle PPP peut constituer une forme de régulation.

## II) LES APPORTS DE L'INSTRUMENT DE L'INTERCOMMUNALITE

L'organisation administrative des territoires français présente des points similaires à celle du Vietnam, notamment le problème de l'émiettement des communes qui a pour origine l'héritage historique et géographique de la France.<sup>2064</sup> La fragmentation territoriale est un handicap pour la gestion administrative, notamment celle des *services publics urbains, industriels et commerciaux, nécessitant des infrastructures de réseaux lourds.*<sup>2065</sup> En effet, de nombreuses communes ont une taille modeste,<sup>2066</sup> ce qui rend difficile la réalisation d'économie d'échelle dans la mise en place des politiques et les mesures qui doivent y remédier n'ont, au mieux, réussi que partiellement.<sup>2067</sup> Les unités de l'administration décentralisées dans les communes sont trop petites pour assumer les tâches qui leur sont attribuées, notamment en matière des services publics d'eau et d'assainissement. Elles sont démunies face à des opérateurs privés spécialisés et dotés de moyens techniques et financiers.

En France, la solution de coopération qui consiste à confier les compétences particulières à un groupement de communes a été mise en place suite à l'échec des fusions des communes.<sup>2068</sup> Ainsi, l'option de coopération est opposée à l'option autoritaire de la fusion faisant écho aux débats<sup>2069</sup> entre l'école des choix publics et

<sup>2060</sup> BREUIL (L.), PEZON (C.), Le PPP pour développer les services d'eau potable : quelques leçons de l'expérience française pour les PED, op.cit., p. 52.

<sup>2061</sup> HUET (F.), *Partenariats public-privé et performances*, thèse op.cit., p. 68.

<sup>2062</sup> AFD, *Services d'eau et secteur privé dans les pays en développement*, février 2001, p. 107.

<sup>2063</sup> BOYER (M.), PATRY (M.), TREMBLAY (P.J.), *La gestion déléguée de l'eau*, Montréal, 2001, p. 43, disponible sur le site [www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2001RP-10.pdf](http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2001RP-10.pdf), consulté le 20/10/2015.

<sup>2064</sup> DUMONT (G.F.), « Les communes en France : petit dictionnaire des idées reçues », *Population & Avenir* 2014/5, n° 720, pp. 3 et s.

<sup>2065</sup> MARTINAND (C.), *La maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux*, op.cit., p. 43.

<sup>2066</sup> *Parmi les 36.500 communes en France, 15 000 ont moins de 300 habitants*. Voir JAMET (S.), *Faire face aux défis de la décentralisation en France*, Document de travail n° 571, ECO/WKP(2007) 31, OCDE, 2007, p. 9.

<sup>2067</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>2068</sup> Loi n° 71-558 du 16 juillet 1971 sur les fusions et regroupements de communes.

<sup>2069</sup> Voir LEFEVRE (C.), « Le gouvernement des métropoles américaines : l'autonomie locale contre les institutions d'agglomération (1960-1992) », *Politique et management public*, 10 (4), 1992, pp. 27 et s.

celle des réformateurs.<sup>2070</sup> Le concept de coopération met en avant l'idée *d'une rationalisation qui se rapporte aux effets d'intégration politique produits sur le personnel politique par les structures de coopération et leur institutionnalisation progressive.*<sup>2071</sup>

Le concept de l'intercommunalité regroupe deux éléments : la notion de territoire et la conception d'un projet. Ce modèle est basé sur la division fonctionnelle des tâches et offre ainsi, une solution pour la gestion des services publics locaux. Les premiers modèles de l'intercommunalités sont des syndicats des communes qui ont été mis en place dans les domaines de l'eau, de l'assainissement, du transport et de l'électricité.<sup>2072</sup> Dans les années 90, l'Etat a encouragé le développement de ce système, les communes sont dotées d'une structure plus élaborée d'établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) pour assurer leurs missions.<sup>2073</sup>

Ces organisations n'ont pas le même mode de fonctionnement que les collectivités territoriales. *Les personnes en charge de leur administration ne sont pas directement élues mais sont issues des conseils municipaux, leurs compétences sont limitée*<sup>2074</sup> dans les domaines précis. Il s'agit d'une structure spécifiquement créée avec l'accord du préfet,<sup>2075</sup> ce dernier valide les paramètres de constitution des EPCI, notamment, les critères de choix des périmètres syndicaux, la définition des objectifs de la mission, l'organisation des règles de représentation des communes et la définition des règles de fonctionnement.<sup>2076</sup>

Le problème crucial pour la collectivité est de disposer de la meilleure information possible sur les coûts dépensés par l'entreprise privée. Les estimations de coûts sont souvent basées sur les déclarations du concessionnaire lui-même, ouvrant ainsi la voie à des manipulations.<sup>2077</sup> *Le regroupement des collectivités pour faire face aux difficultés auxquelles elles sont confrontées ainsi que l'exigence des investissements importants amène à la constitution d'une structure de marché ressemblant à un oligopole, dans laquelle la connaissance spécifique s'accumule au sein d'opérateurs de grande taille.*<sup>2078</sup>

Au Vietnam, les réformes de l'organisation administrative pour décentraliser sont difficiles en raison du principe de centralisme démocratique et de l'enchevêtrement des pouvoirs. Cependant, l'organisation administrative en quatre niveaux constitue un appareil lourd dans lequel les compétences respectives dans certains domaines ne sont pas déterminées de manière claire. La définition des compétences entre les niveaux

---

<sup>2070</sup> GUERANGER (D.), « L'intercommunalité, créature de l'état. Analyse socio-historique de la coopération intercommunale. Le cas du bassin chambérien », *Revue française de science politique* 2008/4, Volume 58, p. 595 et s., p. 596.

<sup>2071</sup> Ibidem, p. 597.

<sup>2072</sup> La première catégorie de groupement est celle des syndicats intercommunaux à vocation unique (SIVU), structure classique organisée par la loi du 22 mars 1890, et les syndicats intercommunaux à vocation multiple (SIVOM), créés en 1959, qui unissent des communes voisines pour la gestion d'un ou plusieurs services tels que l'assainissement et le ramassage scolaire.

<sup>2073</sup> JAMET (S.), « Faire face aux défis de la décentralisation en France », op.cit., p. 10.

<sup>2074</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>2075</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>2076</sup> GUERANGER (D.), « L'intercommunalité, créature de l'état. Analyse socio-historique de la coopération intercommunale. Le cas du bassin chambérien », op.cit., p. 599.

<sup>2077</sup> AUBERT (C.), BONTEMPS (P.), SALANIE (F.), « Le renouvellement périodique des contrats de concession : le cas des services de l'eau », *Annales of Public and Cooperative Economics* 77 : 4, 2006, pp. 495 et s., p. 496.

<sup>2078</sup> AUBY (J.B.), « Intervention », op.cit., p. 35.

administratifs n'est pas précise. Le problème majeur est la clarification des responsabilisations des finances publiques locales. En effet, le chevauchement de compétence et le manque de transparence sont des obstacles à la gouvernance locale.<sup>2079</sup> *Les modes de gestion top-down sont très autoritaires et les projets d'aménagement urbain sont établis sans concertation avec les niveaux administratifs inférieurs et les populations.*<sup>2080</sup> La difficulté pour une réforme de décentralisation consiste à trouver un critère de nouveau découpage des territoires, le partage de compétence étant en fonction des situations locales.

En 2013, les Conseils populaires au niveau des communes sont supprimés pour alléger la lourdeur inefficace de l'organisation administrative locale. Ces organisations ne sont pas fonctionnelles en raison des lacunes de compétences et de moyens. Cette nouvelle structure administrative accorde plus de pouvoir aux districts. En général, le personnel et les élus au niveau local sont souvent dépassés par le contexte de développement économique sans cesse en changement. Leurs rôles ont été cantonnés aux affaires civiles et sociales, à la collecte des impôts... En effet, ces derniers *manquent de compétences, de capitaux, sont peu informés de la législation en matière environnementale et ils ont peu de moyens de coercition pour faire appliquer la législation.*<sup>2081</sup> La gestion des zones industrielles, des projets d'investissements, l'aménagement des espaces publics, la protection de l'environnement sont des impératifs que les dirigeants locaux découvrent sans pouvoir les gérer. Dans ce sens, l'intercommunalité est une référence éventuelle pour réformer la décentralisation au Vietnam. Cette organisation permet de remédier au problème de lacunes de compétences et de moyens au niveau des districts.

Par ailleurs, l'intercommunalité peut être un remède pour la défaillance de coopération entre les régions voisines. En effet l'attraction des investisseurs étrangers est devenue un domaine de compétition pour les autorités publiques locales.<sup>2082</sup> *Les dirigeants provinciaux sont ainsi très sensibles au classement Provincial competitiveness Index (PCI), indice établi annuellement pour chaque province par des experts américains et vietnamiens sur la base d'une dizaine de critères représentatifs du dynamisme de la province, de l'efficacité administrative . . . et de la probité.*<sup>2083</sup> Cette compétition a pour conséquence, une approche sectorisée de la ville qui n'est pas considérée comme un système complexe et intégré mais comme la cumulation des services séparés, notamment la voirie, la distribution de l'eau et de l'énergie...

---

<sup>2079</sup> JAMET (S.), « Faire face aux défis de la décentralisation en France », op.cit., p. 2.

<sup>2080</sup> FANCHETTE (S.), « Une définition très restrictive du statut urbain dans le delta du fleuve Rouge, quelles implications sur la gestion du territoire ? », IRD/CEPED, 2014, p.13.

<sup>2081</sup> FANCHETTE (S.), « Périurbanisation, libéralisation du marché foncier et villages d'artisans. Le processus d'extension de Hanoi », *L'Espace géographique* 1/2011 (Tome 40) , p. 1 et s., p. 9.

<sup>2082</sup> *Les dirigeants provinciaux sont ainsi très sensibles au classement Provincial competitiveness Index (PCI)\*, indice établi annuellement pour chaque province par des experts américains et vietnamiens sur la base d'une dizaine de critères représentatifs du dynamisme de la province, de l'efficacité administrative et de la probité.* Voir AFD, « Les acteurs publics locaux au cœur du développement urbain vietnamien », *Focales*, 2010, p. 230.

<sup>2083</sup> AFD, « Les acteurs publics locaux au cœur du développement urbain vietnamien », op.cit., p. 230.

## CHAPITRE 2) LE NOUVEAU MODE CONTROLE ETATIQUE : LA REGULATION

La fin du vingtième siècle a été marquée par l'échec des économies planifiées, et par la remise en cause, dans les pays développés, des modalités de l'intervention publique, notamment dans les industries de réseaux.<sup>2084</sup> Il s'agit des secteurs qui apportent à chacun, particuliers comme entreprises, les flux de services à haut contenu technologique, indispensables au bon fonctionnement de la vie industrielle moderne.<sup>2085</sup> Le concept de réseau est important et nécessite des mesures spécifiques pour son fonctionnement.

La gestion des secteurs de réseaux est un domaine nouveau pour le Vietnam. Après trois décennies d'ouverture à l'économie mondiale, le système d'interventionnisme n'est pas supprimé. En effet, dans ce pays, la politique de développement économique est étroitement liée à la question de la souveraineté de l'Etat. Les industries de réseaux telles que l'électricité ou les télécommunications sont des domaines stratégiques qui restent sous le contrôle strict du gouvernement. Au Vietnam, les entreprises publiques sont des instruments de politique économique et jouent un rôle central dans le développement du pays.

L'intégration du Vietnam à l'économie de marché s'intensifie avec la signature des accords TPP. Dans ce contexte, le mode de contrôle par la propriété étatique est devenu de plus en plus inadapté et inefficace. Ainsi, le recours aux PPP est incontournable pour financer les infrastructures et le fonctionnement des secteurs de réseaux au Vietnam. Cependant, ce processus nécessite au préalable une réorganisation de la tutelle des entreprises publiques au Vietnam. (Section 1) pour procéder ensuite à la libéralisation des secteurs de réseaux. (Section 2) est nécessaire pour améliorer l'efficacité dans ces domaines hautement technologiques.

### SECTION 1) LA REORGANISATION DE LA TUTELLE DES ENTREPRISES PUBLIQUES AU VIETNAM

Dans le contexte de transition politique et de développement au Vietnam, *la privatisation des entreprises d'Etat signifie le plus souvent une dénationalisation, c'est-à-dire un transfert du contrôle de ces entreprises à des investisseurs étrangers.*<sup>2086</sup> Ainsi, le retrait de l'interventionnisme est perçu par le gouvernement vietnamien comme un risque pour la souveraineté étatique. En effet, *pour les dirigeants politiques du parti communiste vietnamien, le secteur public doit encore assurer le rôle de pilier de l'économie nationale.*<sup>2087</sup>

---

<sup>2084</sup> BUREAU (D.), MOUGEOT (M.), « Mesure de la performance et incitations dans la gestion publique », op.cit., p. 7.

<sup>2085</sup> STOFFAËS (C.), « Avant-propos », in C. STOFFAËS (sous la dir.), *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, op.cit., p. 8.

<sup>2086</sup> PAIRRAULT (T), « Droit de propriété et réforme du secteur de l'Etat », p. 28.

<sup>2087</sup> LE (N.T.), BOURMONT (M.), VIDAL (O.), « La perception des changements comptables par les acteurs : le cas du Vietnam », *Comptabilités, économie et société*, 2011, Montpellier, disponible sur le site <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00650545>, consulté le 26 août 2015.

Les entreprises sont des monopoles de l'Etat ou des autorités publiques régionales. Cependant, les défaillances des entreprises publiques au Vietnam (Sous-section 1) habituées à des contraintes budgétaires molles, ont révélé les limites du système de contrôle par la propriété étatique. L'étude des expériences extérieures est nécessaire pour trouver une solution au modèle étatique vietnamien. Les références en droit comparé, notamment l'intérêt du modèle français de gestion des entreprises publiques à participation publique (Sous-section 2) peuvent être utiles à cet objectif.

## **Sous-section 1) Les défaillances des entreprises publiques au Vietnam**

La politique de développement basée sur les entreprises étatiques (Paragraphe 1) n'a pas donné des résultats attendus. D'autant plus que dans le contexte actuel, l'adhésion à l'accord commercial régional TPP a augmenté les défis et les enjeux économiques. En raison des paradoxes de la politique de transition, l'insuffisance des réformes des entreprises publiques au Vietnam (Paragraphe 2) ne permet pas de débloquer la situation.

### **Paragraphe 1) La politique de développement basée sur les entreprises étatiques**

L'intégration à l'économie mondiale et régionale apportera de nombreuses opportunités pour le développement du Vietnam.<sup>2088</sup> Cependant les défis sont importants, au premier rang, la mise en œuvre d'une concurrence loyale entre les acteurs économiques. En effet, l'ouverture à la concurrence se heurte au monopole étatique dans les secteurs stratégiques (I) qui est maintenu malgré les échecs des Compagnies générales (II).

#### **I) LE MONOPOLE ETATIQUE DANS LES SECTEURS STRATEGIQUES**

Après la crise de 2008, les réformes des entreprises publiques doivent tenir compte de plusieurs problématiques tels que les négociations de l'accord « Partenariat Trans Pacifique (Trans Pacific Partnership)(TPP),<sup>2089</sup> le traitement des dettes toxiques et le changement de la politique des grands groupes d'entreprise. Pour faire face *aux exigences très élevées du TPP en termes de gouvernance transparente et objective de l'administration,*<sup>2090</sup> le gouvernement doit revoir la politique de gestion des entreprises publiques. Le changement est d'autant plus nécessaire que l'accord de libre échange signé en août 2015 avec l'Union Européenne implique aussi des réformes concernant le secteur public.

---

<sup>2088</sup> Selon le ministre de l'industrie et du commerce, l'accord PPP apporterait une augmentation de 23,5 milliards de dollars d'ici à 2020. L'accord contribuera à améliorer des investissements étrangers au Vietnam.

<sup>2089</sup> Le Partenariat Transpacifique a été en négociation depuis 2008 et aboutit finalement à la signature finale à Atlanta le 5/10/2015. Les 12 pays signataires, Australie, Brunei, Canada, Chili, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pérou, Singapour, Etats-Unis et Vietnam représentent 40% de l'économie mondiale. L'objectif est de supprimer les barrières au commerce et d'établir les standards communs pour les pays membres.

<sup>2090</sup> LAUER (S.), «Accord sur un traité de libre échange transpacifique entre les Etats-Unis et 11 autres pays » *Le Monde*, 5/10/2005.

Dans le contexte du Vietnam, le rôle des entreprises publiques dans l'économie ainsi que leur statut juridique doivent être déterminés de manière claire. Au préalable, le gouvernement doit trancher entre *des secteurs qui seront soumis à la concurrence et qui disposent de règles de jeu égales pour tous et ceux qui resteront sous la coupe réglementaire et/ou capitaliste, de l'Etat pour des raisons d'intérêt général.*<sup>2091</sup> Cet arbitrage est un défi majeur car il risque de remettre en cause la politique économique et sociale du PCV.

Dans les pays développés, il est démontré que *l'instrument de la propriété n'est pas toujours nécessaire, en raison des techniques qui décuplent le pouvoir d'un actionnaire alors que sa participation est inférieure à la moitié du capital social*<sup>2092</sup> *et parfois même insuffisant, en raison des mécanismes qui, au contraire minorent le pouvoir d'un actionnaire dont la participation dépasse pourtant la moitié du capital social.*<sup>2093</sup> Selon une étude sur les expériences de la réforme chinoise de l'économiste Zhang, le système d'économie à dominance de propriété étatique n'est pas compatible avec l'économie de marché. Par ailleurs, le fonctionnement compétitif est étroitement lié avec la structure de propriété de l'entreprise.<sup>2094</sup> Dans le processus de réforme des entreprises étatiques, le mode de contrôle par la propriété doit être révisé.

A la différence de la Chine qui a substitué le droit de possession sur les biens matériels par la détention des droits sur ces biens ou leur contrepartie en cas de vente, d'échange, ou de fusion,<sup>2095</sup> le Vietnam, ne modifie pas la propriété étatique dans les industries stratégiques.<sup>2096</sup> Ainsi, l'Etat maintient le contrôle par la propriété publique *le secteur de la défense, les monopoles naturels, les secteurs de haute technologie, et les secteurs fournissant des marchandises et des services primaires.*<sup>2097</sup>

Les réformes mises en œuvre n'ont pas touché le concept de la propriété étatique dominante. En effet, l'Etat reste propriétaire majoritaire dans les entreprises publiques qui sont classées en 4 catégories en fonction de la part du capital ouvert aux actionnaires privés.<sup>2098</sup> Pour les entreprises au capital 100% public, la loi définit la proportion de répartition des résultats entre l'investissement interne et la contribution au budget de l'Etat. Le premier pas de cette évolution a été la restructuration et l'assainissement du parc des entreprises publiques.<sup>2099</sup> Ainsi, la phase pilote de restructuration démarrée en 1992 a pris de l'ampleur ensuite.<sup>2100</sup> Avec ces réformes, l'Etat a modifié son rôle, la fonction de surveillance s'est transformée en gestionnaire des investissements avec la

---

<sup>2091</sup> FEUCHE (C.), « Rattrapage, transition et décollage, analyse de la croissance vietnamienne », op.cit. p. 102.

<sup>2092</sup> Voir THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, op.cit., p. 246.

<sup>2093</sup> Ibidem, p. 246.

<sup>2094</sup> ZHANG (W.), *Is ownership*, p. 84.

<sup>2095</sup> PAIRAULT (T.), « Droit de propriété et la réforme du secteur étatique », op.cit., p. 11.

<sup>2096</sup> LE (D.D.) « Market Economy with Socialistic Orientation : The Evolution in Vietnam », op.cit., p. 178.

<sup>2097</sup> WTO, *Examen des politiques commerciales, rapport du Vietnam*, WT/TPR/G/287, du 13 août 2013.

<sup>2098</sup> Il existe quatre catégories : de 50 à 65%, de 65 à 75%, au dessus de 75%, 100% , ce classement remplace l'ancien qui est composé de deux catégories 100% et 50% .

<sup>2099</sup> La majorité des entreprises de petite taille est gérée par les autorités locales ou des services spécialisés. Ces derniers sont souvent en déficit et pèsent lourdement sur le budget de l'Etat qui devait les subventionner. A travers ces mesures économiques, le gouvernement central vise aussi à diminuer le pouvoir des autorités locales.

<sup>2100</sup> LE (N.T.), BOURMONT (M.), VIDAL (O.), « La perception des changements comptables par les acteurs : le cas du Vietnam », op.cit.

suppression des contrôles *ex ante*. Ainsi, les entreprises publiques ont acquis plus d'autonomie de gestion.

Le programme de restructuration a cependant, des résultats très limités. En effet, l'économie vietnamienne ne peut être accélérée si le gouvernement ne modifie pas sa politique d'interventionnisme. En raison de la concurrence des entreprises publiques ainsi que le dirigisme du gouvernement, le secteur privé qui est reconnu dans la politique de Dõi Mói, n'a pas atteint le niveau compétitif. Le secteur des petites et moyennes entreprises ne trouve pas sa place entre d'un côté la multitude de micro-entreprises privées fonctionnant sur la base de liens familiaux ou de proximité<sup>2101</sup> et de l'autre côté les grands groupes d'entreprises étatiques qui occupent la place dominante dans l'économie.

## II) L'ECHEC DES COMPAGNIES GENERALES

En 2010, sur les 12000 entreprises publiques, la restructuration a abouti à 1207 entreprises à responsabilité limitée avec un seul membre et 1900 entreprises avec capital majoritairement public. En principe, les entreprises sont formées et gérées selon le modèle privé tout en restant sous la tutelle de l'Etat.<sup>2102</sup> Elles sont des éléments clés de la politique d'industrialisation et en conséquence bénéficient *des apports de capital du budget de l'Etat pour l'investissement, et une relation privilégiée et garantie avec les banques publiques pour assurer le financement à court et à moyen terme.*<sup>2103</sup>

Au Vietnam, le développement économique s'appuie sur les grands groupes industriels et de services, considérés comme des élites nationales. Les ressources du pays sont fournies par les quatre principaux groupes d'entreprises dans les secteurs pétrole, télécommunication militaire, poste et télécommunication et caoutchouc. Ces derniers ont le monopole des projets d'investissements dans leurs domaines.

La politique de restructuration des entreprises publiques a renforcé ces dernières. En effet, dans les secteurs considérés comme stratégiques pour le développement économique et pour la souveraineté du Vietnam,<sup>2104</sup> les entreprises étatiques sont fusionnées sous forme des « Compagnies générales », *pour prendre le contrôle de groupes économiques,*<sup>2105</sup> et pour atteindre une taille critique sur les marchés, nationaux et internationaux.<sup>2106</sup> A la différence des *holdings* dans les pays développés, le modèle « Compagnies générales » mis en place par le gouvernement vietnamien, n'a pas permis de développer une potentialité opérationnelle de groupe. Le protectionnisme n'a pas créé un terrain favorable pour le renforcement de la compétitivité des entreprises publiques mais provoque une distorsion de concurrence entre entreprises privées et

<sup>2101</sup> PHAM (P.L.), *La réforme de l'Etat et des entreprises au Vietnam : le cas des infrastructures de transport*, op.cit., p. 11, Voir BERGERET ( P.), *Quelles organisations sociales pour la gestion des biens et des services collectifs ?*, Compte rendu de la conférence FPM du 24 janvier 2001.

<sup>2102</sup> Il existe au Vietnam 94 compagnies générales, regroupant 28,4% des entreprises d'Etat soit 1600 entreprises ; elles monopolisent à elles seules 65% des financements de l'Etat et 61% de la main d'œuvre dans le secteur public ; l'objectif de ces compagnies générales est de créer des synergies entre les entreprises travaillant dans le même secteur. Voir Thèse de PHAM (P.L.), *La réforme de l'Etat et des entreprises au Vietnam : le cas des infrastructures de transport*, op. cit. p. 10.

<sup>2103</sup> FEUCHE (C.), « Rattrapage, transition et décollage, analyse de la croissance vietnamienne (1990-2002) », op.cit. p. 86.

<sup>2104</sup> Les domaines stratégiques au Vietnam sont : le pétrole, l'électricité, le charbon, l'aviation civile, le transport ferroviaire, le transport maritime, les télécommunications, la mécanique, le matériel de construction, les engrais, la banque, l'assurance et l'audit.

<sup>2105</sup> Plénium du PCV février 2002.

<sup>2106</sup> LE (N.T.), BOURMONT (M.), VIDAL (O.), « La perception des changements comptables par les acteurs : le cas du Vietnam. Comptabilités, économie et société, op.cit.

entreprises étatiques,<sup>2107</sup> ainsi que des effets d'éviction qui éloignent de l'optimum économique. En effet, les grands groupes d'entreprises ont créé de multiples filiales et des services annexes à leurs activités. Ce qui a abouti à une structure verticale intégrée qui élimine les concurrents privés. Les participations croisées entre les entreprises publiques, entre ces dernières et les banques ont généré des conflits d'intérêt et constituent une opacité au contrôle de gestion de ces entités.

Par ailleurs, les entreprises publiques bénéficient des ressources étatiques, notamment le privilège de l'accès au terrain, condition indispensable aux projets d'investissement. Une grande majorité des « Compagnies générales » développent des activités hors de leur champ de compétence dans le but de la recherche de rentabilité spéculative.<sup>2108</sup> Les aides de l'Etat ont généré le phénomène de contrainte budgétaire molle, élément néfaste pour la compétitivité des entreprises. Ceci va à l'encontre de l'objectif gouvernemental qui est de créer des grands groupes qui permettent d'affronter la concurrence mondiale et d'être des piliers pour la politique d'industrialisation du Vietnam.

L'adhésion à l'OMC implique non seulement la mise en conformité des normes mais aussi la révision de la politique économique du Vietnam. Les dirigeants vietnamiens sont obligés de réformer les entreprises étatiques et de mettre en place un système normatif en adéquation avec les règles de l'économie libérale. Cependant, il est plus facile de créer des normes pour réformer les entreprises publiques que de les faire appliquer dans la pratique. Le mélange de la relation de tutelle<sup>2109</sup> traditionnelle et l'autonomie financière du nouveau statut a abouti à des résultats désastreux.<sup>2110</sup> Ainsi, le gouvernement a pris la décision de cesser le programme des grands groupes d'entreprises.

## **Paragraphe 2) L'insuffisance des réformes des entreprises publiques**

La politique d'actionnarisation des entreprises publiques<sup>2111</sup> ne va pas au bout de la logique de désengagement de l'Etat pour se conformer aux obligations internationales dans le cadre de l'OMC. Suite à l'échec de l'ouverture du capital des entreprises publiques, (I) le gouvernement est obligé de trouver un mécanisme pour résoudre le problème. Cependant, en l'absence d'un cadre juridique adapté, (II) il est difficile de gérer de manière efficace les entreprises publiques dans le contexte de transition.

---

<sup>2107</sup> VO (T.T.), « Economics reform in Vietnam : What lessons can be Learn? », in KORNAI (J.), QIAN (Y.), *Market and Socialism, in the Light of the Experiences of China and Vietnam*, op.cit., p. 188.

<sup>2108</sup> FEUCHE (C.), « Rattrapage, transition et décollage, analyse de la croissance vietnamienne (1990-2002) », op.cit. p. 88.

<sup>2109</sup> Les entreprises sont placées sous la tutelle du ministère concerné, les présidents de ces dernières sont nommés par le ministre de tutelle.

<sup>2110</sup> En 97, 60% des entreprises enregistrent des pertes.

<sup>2111</sup> Voir paragraphe 2 de la section 1, chapitre 1.

## D) L'ECHEC DE L'OUVERTURE DU CAPITAL DES ENTREPRISES PUBLIQUES

Même si le Vietnam est un pays à dominance rurale, la construction du régime communiste a été basée sur les entreprises publiques.<sup>2112</sup> L'Etat est le plus grand employeur, embauchant plus de 2 millions de personnes.<sup>2113</sup> Les entreprises publiques, sous le régime communiste, dépendent des approvisionnements étatiques pour les productions prévues par le plan quinquennal.<sup>2114</sup> Ces entités ignorent les critères tels que le rendement et la compétitivité qui sont cependant, déterminants pour les entreprises occidentales. Les aides permanentes de l'Etat sous forme de prêts, de subvention, de réduction d'impôt, de la possibilité d'augmenter des prix de vente, sont des pratiques courantes du système socialiste vietnamien. En conséquence, les entreprises publiques sont habituées aux contraintes budgétaires lâches<sup>2115</sup> et ne sont pas exposées au risque de faillite.

La politique de réforme des entreprises est l'occasion pour le gouvernement central de réduire le pouvoir des régions. En effet, les mesures de restructuration sont appliquées systématiquement et en premier, aux entreprises qui relèvent du niveau local.<sup>2116</sup> Selon le programme d'actionnarisation<sup>2117</sup> qui concerne les entreprises rentables, de petites et moyennes tailles,<sup>2118</sup> l'Etat utilise des mesures fiscales incitatives pour encourager les salariés à devenir actionnaires de leur entreprise.<sup>2119</sup> L'objectif est d'associer les salariés au fonctionnement de l'entreprise pour doper leur motivation au travail. Ceci permet d'augmenter l'efficacité de la gestion et de supprimer les gaspillages dans les entreprises publiques.<sup>2120</sup>

---

<sup>2112</sup> A la fin des années 80, il existe au Vietnam 12300 entreprises étatiques, 4380 d'entre elles appartenant aux autorités locales. Voir VU (T.T.A.), « Vietnam-The long March to Equitization », Policy brief n°33, The William Davidson Institute, University of Michigan, p. 2.

<sup>2113</sup> Leur taille moyenne est de 200 salariés ; 43% des entreprises d'Etat industrielles emploient moins de 100 personnes et seulement 12% d'entre elles ont plus de 500 salariés (chiffres de 1987 World Bank 1995 a : 97).

<sup>2114</sup> La pénurie des ressources, alourdie par celle de production, ainsi que l'excédent involontaire des autres ressources annexes hors production sont des conséquences d'une mauvaise allocation des ressources de l'Etat. Lorsqu'une ressource de substitution a été employée, le produit final risque de subir des détériorations de qualité. L'entrepreneur n'a pas beaucoup de marge d'adaptation, puisque si ce dernier prend l'initiative de modifier la composition du produit, il s'exposera au risque de ne plus répondre de la conformité des produits aux besoins de la commande initiale.

<sup>2115</sup> Ces phénomènes entraînent inévitablement le gaspillage des ressources en raison de l'inefficacité de leur emploi, et de l'habitude de mettre des ressources en réserve puisqu'aucune mesure de contrôle et de sanction ne venait corriger ces déviations. Voir LAVIGNE (M.), *Economie du Vietnam : Réforme, ouverture et développement*, coll. "Pays de l'Est", L'Harmattan, Paris, 1999, p. 58.

<sup>2116</sup> Dans la période de 1992 à 2001, 588 entreprises sont actionnalisées, 64% des entreprises relèvent des autorités régionales, 31% relèvent des ministères, seuls 5% des grands groupes participent à ce programme. De 2001 à 2011, 3388 entreprises sont actionnalisées, 58% relèvent des régions, 32% relèvent des ministères et 10% des grands groupes.

<sup>2117</sup> Le terme d'"actionnarisation" ou d'"équitisation" est aussi utilisé pour désigner un procédé particulier. Voir LEMPET (D.), « Interpreting Vietnam : Ideologies and new speech », in *Legal studies forum*, vol.24, 2000, pp. 175 et s., p. 288.

<sup>2118</sup> Directive n°143-HDBT du conseil des ministres, du 10 mai 1990.

<sup>2119</sup> Il s'agit de transformer les entreprises publiques en sociétés par actions, puis de vendre les actions aux salariés. La participation des capitaux étrangers doit être soumise à l'accord du Premier Ministre, ce qui élimine la plupart des présences étrangères. Voir WEBSTER (L.), AMIN (R.), *Equitization of State Enterprises in Vietnam*, Mekong Project Development Facility, Hanoi, 1998, p. 3.

<sup>2120</sup> Les premières mesures sont mises en œuvre de manière graduelle, pendant la période de 1992 à 1996 : seules 5 entreprises sont concernées. Voir TRUONG (D.L.), LANJOUW (G.), LENSINK (R.), « The impact of Privatization on Firm Performance in a Transition Economy : the Case of Vietnam », p.5,

La procédure d'ouverture du capital social aux investisseurs privés ne constitue pas une privatisation, puisqu'il n'existe pas de transfert de contrôle au secteur privé. Cependant, *l'absence de transfert du contrôle n'empêche donc pas une plus grande subordination de l'entreprise publique à la logique du marché.*<sup>2121</sup> En effet, l'insatisfaction du résultat de l'entreprise peut aboutir à des mouvements sur le marché boursier, ce qui affecte les valeurs des actions de l'entreprise.

La politique de l'actionnarisation n'a pas obtenu de manière facile le consensus nécessaire des membres du PV. En effet, les dirigeants qui sont en place dans ces entreprises sont réticents à tout changement pour des raisons d'intérêts propres.<sup>2122</sup> Au niveau central, les ministères redoutent la perte d'influence sur le parc des entreprises qui est sous leur tutelle. Ainsi, les ministères ne soutiennent pas de manière unanime le processus d'actionnariat, qui est parfois critiqué de « privatisation déguisée ».<sup>2123</sup>

Après une réussite du départ assez forte<sup>2124</sup>, les résultats des programmes d'actionnarisation au Vietnam, commencent à s'essouffler. Les entreprises ont du mal à trouver des fonds nécessaires à leur fonctionnement. En premier lieu, les salariés actionnaires qui ont peur de voir leur pouvoir affaiblir, sont réticents à l'idée de la participation de nouveaux actionnaires au capital social de l'entreprise. Ensuite, les entreprises ont des difficultés pour faire appel public à l'épargne en raison de la faiblesse du marché de capitaux au Vietnam.

Les difficultés pour augmenter le capital social se sont aggravées par des restrictions des ressources telles que la baisse des subventions, les limites des crédits bancaires. En effet, tandis que les entreprises étatiques continuent à bénéficier des facilités d'accès aux emprunts bancaires, les entreprises restructurées sont privées de garanties publiques et doivent subir des coûts de financement plus onéreux.

En général, l'ouverture du capital social des entreprises publiques n'a pas eu de succès. En effet, les entreprises qui n'ont pas de résultats suffisamment positifs n'attirent pas d'acquéreurs. En revanche, les entreprises rentables limitent l'ouverture du capital pour ne pas laisser les investisseurs prendre le contrôle de l'entreprise. Par ailleurs, le programme d'actionnarisation ouvert aux salariés n'a pas eu les résultats escomptés. Ces derniers revendent systématiquement les actions à prix avantageux aux investisseurs. Ceux qui ont gardé leurs actions ont subi des pertes importantes en raison de la chute des prix de ces dernières lors de la crise.

Les entreprises restructurées doivent faire face à l'incohérence des procédures d'évaluation des actifs et d'audit qui sont destinées au fonctionnement après l'actionnariat. Ce blocage est dû à la complexité pour gérer les valeurs des DUS qui constituent une partie importante des actifs de l'entreprise. En effet, l'existence du droit d'usage d'un terrain dans les actifs de l'entreprise est un point attractif pour le rachat des actions. En général, les acteurs économiques sont plus intéressés par le terrain que par l'entreprise en elle-même, le programme d'actionnarisation est parfois dérivé en spéculation foncière.

---

disponible sur le site : <http://som.eldoc.ub.rug.nl/FILES/reports/themeC/2004/04C31/04C31.pdf>, consulté le 15/12/2015.

<sup>2121</sup> THIRION (N.), « Privatisations d'entreprises publiques, économie de marché et transformation des systèmes juridiques étatiques : un processus inéluctable ? », *Pyramides*, 2- 2000, pp. 85 et s.

<sup>2122</sup> LE (H.N.) : *L'actionnariat des entreprises publiques au Vietnam*, disponible sur le site : <http://thongtinphapluatdansu.wordpress.com/2009/06/07/3037/>, consulté le 10/11/2015.

<sup>2123</sup> LAVIGNE, *Economie du Vietnam : Réforme, ouverture et développement*, op.cit., p. 55.

<sup>2124</sup> Les résultats obtenus ont été encourageants : dans ces entreprises, le chiffre d'affaire annuel a presque doublé, avec des profits augmentés de 70% ; les salariés ont aussi obtenu des gains au niveau des salaires.

Dans l'ensemble, le programme d'actionnarisation n'a pas fait évoluer les structures des entreprises étatiques. En 2011, environ 30% des entreprises publiques font l'objet de l'ouverture de capitaux. Dans ces dernières, l'Etat reste actionnaire majoritaire à 57%. En 2013, seules 86 entreprises font l'objet d'ouverture de capital social.

## II) L'ABSENCE D'UN CADRE JURIDIQUE ADAPTE

Dans le système vietnamien, les entreprises sont placées sous la tutelle des ministères ainsi que celle des organisations administratives. A partir 1995, un mode de dualité de contrôle est instauré, ainsi le ministère de tutelle du secteur partage la direction des entreprises avec le ministère de finance. Cependant, la gestion patrimoniale de l'administration et la gestion des fonds publics investis dans les entreprises, n'est pas séparée. Cette confusion est source de conflit puisque les entreprises sont motivées par la recherche de l'efficacité, de rentabilité tandis que l'administration se préoccupe des offres de service et de l'intérêt général. Face à ce problème, le législateur s'oriente vers une réorganisation de gestion des actifs publics, l'idée étant de séparer les fonctions de l'Etat actionnaire et de l'Etat gestionnaire.

La transformation des entreprises publiques en société à action est appliquée à des entreprises *pour lesquelles la pleine propriété de l'État n'est pas jugée nécessaire. En conséquence, l'État procéderait à l'actionnarisation de près de la moitié des 1 309 entreprises d'État. Les 692 entreprises d'État restantes seraient plus tard réorganisées en 44 groupes économiques et entreprises générales avec 150 filiales. Le Plan directeur enjoint les entreprises d'État à restructurer leur portefeuille d'investissement et leurs branches d'activité afin de réduire la portée de leurs activités à leurs fonctions essentielles, et à céder leurs activités non essentielles et les sociétés par actions dans lesquelles l'État n'a pas besoin d'être l'actionnaire principal.*<sup>2125</sup>

Un projet de loi concernant la gestion des fonds publics investis dans les activités économiques est en cours d'élaboration pour définir les périmètres, les finalités, les formes et les compétences des entreprises concernées. L'objectif principal cherché par le gouvernement est la récupération des investissements multiples engagés par les entreprises sur les marchés boursiers, les secteurs d'assurances, de l'immobilier, les marchés boursiers. Cependant, avec la crise financière et le ralentissement dans ces secteurs, les conditions de récupération des fonds ne sont pas présentes.

Dans le cadre des réformes des entreprises publiques, le gouvernement a mis en place un programme de restructuration<sup>2126</sup> déroulé en trois étapes. La première phase consiste à élaborer un projet cadre pour fixer l'orientation pour la période suivante. Il s'agit de classer *les entreprises d'État selon la nature de leurs activités, leur rôle dans l'économie et le niveau de propriété de l'État désiré. Cette classification jetterait les bases d'une actionnarisation supplémentaire des entreprises d'État et permettrait de rationaliser la structure du secteur des entreprises d'État.*<sup>2127</sup> Dans la deuxième phase, le gouvernement examine et valide les propositions de réorganisation et de rénovation des entreprises étatiques. Ensuite, dans la troisième phase, des propositions spécifiques sont élaborées au niveau interne de chaque entreprise.

Le gouvernement vietnamien n'a pas adopté une approche globale qui met en parallèle les objectifs et les moyens mobilisés. En effet, les moyens financiers et

<sup>2125</sup> WTO, *Examen des politiques commerciales, rapport du Vietnam*, WT/TPR/G/287, du 13 août 2013.

<sup>2126</sup> la décision 929/QD/Ttg du 17/7/2012.

<sup>2127</sup> LAVIGNE, *Economie du Vietnam : Réforme, ouverture et développement*, op.cit., p. 55.

humains ne sont pas à la hauteur des objectifs de restructuration des entreprises publiques. Le fonctionnement reste dans la logique ‘essais et erreurs’. La politique des grands groupes d’entreprises autonomes sont des « essais » qui n’ont pas réussi, et il est indispensable de réparer les « erreurs ».

Une réforme à fond est nécessaire pour changer la situation. Il est nécessaire de tenir compte du fait que les entreprises n’ont pas investi pour moderniser les technologies équipées pendant la période des années 80, une minorité de 8% de ces entreprises atteint un niveau technologique moderne. La culture d’innovation n’est pas mise en avant dans les entreprises qui ne consacrent à peine 3% du chiffre d’affaires pour les investissements dans les nouvelles technologies et les stratégies de modernisation.<sup>2128</sup> La majorité des entreprises sont dépendantes des matériaux premiers, des équipements ou des matériels importés.

Le personnel manque de compétence professionnelle, la gestion de l’entreprise n’attire pas l’attention des dirigeants qui ont tendance à considérer le sujet comme un problème relevant des compétences des consultants et des experts. Ces derniers sont censés fournir une solution qui améliore le fonctionnement de l’entreprise sans modification la bureaucratie et l’interventionnisme. Les mesures pour les cas de faillite ou de dissolution des entreprises déficitaires ne sont pas adaptées à la situation.

Les lacunes du système de comptabilité, le laxisme, la bureaucratie, sans compter la corruption endémique, ont formé un système opaque, résistant à des réformes entreprises par le gouvernement. L’intervention étatique dans les activités des entreprises pour réaliser des objectifs politiques provoque des dispersions et des gaspillages des moyens et cautionne les déficits non justifiés des résultats.

Une des causes de l’échec de la politique de réforme des entreprises étatiques est l’absence d’un cadre normatif efficace, notamment en matière de droit des sociétés. En effet, les spéculations incontrôlées ont accumulées des déficits importants ne peuvent être imputés uniquement à la crise financière mondiale.<sup>2129</sup> Les fonctions de surveillance et de contrôle de l’organisation et de gestion doivent être définies et renforcées. Il est nécessaire de responsabiliser les dirigeants qui doivent rendre compte de la gestion des fonds publics mais aussi de la gestion des activités de l’entreprise. Cependant, le maintien du contrôle étatique sur le fonctionnement ne permet pas d’établir la responsabilité des dirigeants de l’entreprise. La notion de contrôle met en lumière les lacunes du droit des sociétés vietnamiennes et l’harmonisation par rapport aux droits de ses partenaires commerciales.

Les réformes sont nécessaires pour que la réglementation au Vietnam puisse tenir compte de la complexité et du foisonnement des mécanismes régissant la vie des affaires. En restructurant les entreprises, le gouvernement tente de récupérer les fonds investis et réorganiser les entreprises étatiques. Les fusions et les transferts entre le secteur public sont privilégiés par rapport à la solution de privatisation. Cependant, l’étude et l’analyse des causes des échecs dans le passé, n’ont pas été effectuées de manière sérieuse. Il est difficile dans ces conditions de réfléchir aux moyens et aux solutions précises pour sortir de la situation actuelle. En effet, tant que la gestion des entreprises manque de rigueur et de transparence, tant que les responsabilités des

---

<sup>2128</sup>PHAM (N.L.), « Doanh nghiệp nhà nước và những vấn đề sau cổ phần hóa » (Les entreprises publiques et les problèmes post-actionnarisation ), *Tạp chí kinh tế (Revue économique)*, n° 11(451), juin 2009.

<sup>2129</sup> Le cas des faillites des entreprises VINASHIN, VINALINE.

dirigeants ne sont pas définies, tant que les réglementations concernant les propriétés ne sont pas claires, toutes les mesures de réformes sont vouées à l'échec.

## **Sous-section 2) Les références du droit comparé : l'intérêt du modèle français de l'Etat actionnaire dans les entreprises à participation publique**

En matière de réforme des entreprises, la conception libérale qui a abouti à une privatisation généralisée des entreprises publiques au Royaume-Uni (paragraphe 1) a peu d'attrait aux yeux du gouvernement vietnamien. Par contre, la politique de transition au Vietnam trouvera des points similitudes avec la professionnalisation du rôle de l'Etat actionnaire en France (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1) La privatisation généralisée des entreprises publiques au Royaume-Uni**

La privatisation des entreprises publiques au Royaume-Uni a été favorisée par l'existence de marchés financiers capables d'absorber la vente de ces entreprises. Cependant, la priorité de la rentabilisation des ventes d'actifs publics (I) risque de *saper le fragile équilibre entre l'Etat et l'économie marchande*.<sup>2130</sup> Par ailleurs, l'existence des grands groupes privés issus du secteur public nécessite la mise en place d'un corps de règles spéciales, la gouvernance des entreprises cotées. (II)

#### **I) LA PRIORITE DE RENTABILITE DES PRIVATISATIONS AU ROYAUME-UNI**

En Grande Bretagne, la conception libérale implique une intervention minimale de l'Etat dans l'économie. Selon l'opinion majoritaire, le marché est considéré comme bénéfique pour la création de richesse pour le plus grand nombre de personnes. Cependant, malgré une réticence de la population à l'intervention étatique, les attentes et les exigences de la consommation matérielle financées par le secteur public, ne cessent d'augmenter. En effet, *tout le monde voulait plus, mais personne n'était prêt à payer le prix nécessaire pour y parvenir*.<sup>2131</sup> Face à ces contraintes, le gouvernement doit réglementer les activités du marché pour que la croissance soit *suffisante pour financer l'augmentation des dépenses*.<sup>2132</sup>

Il est évident que la privatisation des entreprises publiques présente des avantages économiques pour le gouvernement britannique. En premier lieu, l'Etat peut se désengager des entreprises et ainsi économiser des dépenses importantes. Ensuite, l'apport financier dégagé par la vente représente une source de capital non négligeable. La vague de privatisation de 1984 a transféré un quart du secteur public britannique, au secteur privé.<sup>2133</sup> La politique de privatisation au Royaume-Uni, privilégie l'objectif de *recherche d'une meilleure efficacité par la compétition qui produit des effets sur*

---

<sup>2130</sup> COX (A.), « La privatisation, l'Etat et l'intérêt national en Europe occidentale : quelques leçons de l'expérience britannique pour la France » op.cit., p. 136.

<sup>2131</sup> Ibidem, , p. 145.

<sup>2132</sup> Ibidem, p. 145.

<sup>2133</sup> CHOURAQUI (G.), « Les privatisations en Grande-Bretagne: les leçons d'une expérience », in *Revue française d'économie*, volume 4, n°2, 1989, pp. 43 et s., p. 48.

*l'offre.*<sup>2134</sup> La principale motivation a été la recherche d'une solution à la dégradation des performances des entreprises publiques. En effet, les entreprises sont obligées de s'orienter vers *la privatisation dans le but de se libérer des contraintes financières très serrées qui pesaient sur les emprunts nécessaires au financement des projets d'équipement.*<sup>2135</sup>

*La privatisation a été introduite en Grande-Bretagne dans un environnement politique et financier favorable.*<sup>2136</sup> Cependant, ce processus n'a pas que des points positifs. Malgré le succès de la modernisation du secteur public et le renflouement du budget étatique, la privatisation est critiquée en raison de la sous évaluation du prix de cession des entreprises publiques. En effet, *il n'existe pas au Royaume-Uni, d'instance administrative permanente habilitée à procéder à une évaluation a priori des entreprises publiques à privatiser.*<sup>2137</sup> En conséquence, l'évaluation du prix de la privatisation *résulte d'une confrontation entre l'administration, ses conseils et la direction de l'entreprise concernée.*<sup>2138</sup> La priorité du succès de l'opération a incité les autorités publiques à *opter pour une fourchette basse de mise sur le marché.*<sup>2139</sup> L'organisation *National Audit Office* qui doit signaler les cas des ventes défavorables aux budgets publics, ne produisent des rapports à posteriori des opérations de privatisation.<sup>2140</sup>

*La privatisation profite aux institutions financières intérieures et extérieures, au détriment des investissements dans l'industrie productive nationale.*<sup>2141</sup> Sur le marché boursier, *le prix d'offre a été peu élevé, c'est pourquoi une immédiate hausse des cours dans les premiers jours de cotation a été observée.*<sup>2142</sup> On peut reprocher que ce processus a été une occasion, pour *le secteur financier et les citoyens assez fortunés* qui ont des moyens pour acheter les actions, de s'enrichir aux dépens des contribuables.<sup>2143</sup>

Par ailleurs, des critiques sont formulées en ce qui concerne *l'absence de stratégie cohérente de la part du gouvernement dans l'élaboration du programme de privatisations.*<sup>2144</sup> Ainsi, *dans une compétition mondiale entre firmes et entre modèles, les réformes anglaises n'ont donc pas totalement abouti à susciter des champions nationaux capables de rivaliser avec les poids lourds des deux autres modèles, électriciens allemands et français, groupes de l'eau et de la construction en France. La quête d'architectures ouvertes, les opérations de démembrement (unbundling) imposées*

---

<sup>2134</sup> LORRAIN (D.), « Capitalisme urbains des modèles européens en compétition », *L'année de la régulation*, n° 6, 2002, disponible sur le site :

[http://webcom.upmf-grenoble.fr/regulation/Annee\\_regulation/AR6-LORRAIN.pdf](http://webcom.upmf-grenoble.fr/regulation/Annee_regulation/AR6-LORRAIN.pdf), consulté le 4/8/2015.

<sup>2135</sup> COX (A.), « La privatisation, l'Etat et l'intérêt national en Europe occidentale : quelques leçons de l'expérience britannique pour la France » op.cit., p. 148.

<sup>2136</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>2137</sup> Ibidem, p. 486.

<sup>2138</sup> THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, op.cit., p. 490.

<sup>2139</sup> Ibidem, p. 490.

<sup>2140</sup> Ibidem, p. 486.

<sup>2141</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>2142</sup> PROSSER (T.), « Constitutions and Political Economy: The Privatisation of Public Enterprise in France and Great Britain », *M.L.R.*, 1990, pp. 304 et s.

<sup>2143</sup> COX (A.), « La privatisation, l'Etat et l'intérêt national en Europe occidentale : quelques leçons de l'expérience britannique pour la France », op.cit., p. 147.

<sup>2144</sup> CHOURAQUI (G.), « Les privatisations en Grande-Bretagne: les leçons d'une expérience », op.cit., p. 53.

aux électriciens, à British Gas, les refus aux demandes de fusion des firmes de l'eau ne prédisposent pas à la constitution de grands groupes.<sup>2145</sup>

En général, les conséquences de la privatisation n'ont pas un grand effet sur l'opinion publique et *ne posent pas de grands problèmes pour la légitimité de l'Etat en Grande-Bretagne, en raison d'un attachement historique à une conception libérale de l'intérêt national et d'un marché financier privé bien développé.*<sup>2146</sup>

## II) LA GOUVERNANCE DES ENTREPRISES COTEES AU ROYAUME-UNI

La privatisation de masse en Grande-Bretagne a créé un environnement économique dominé par les grandes entreprises privées cotées sur le marché boursier. Dans le contexte d'une interdépendance entre le monde financier et celui de l'entrepreneuriat, la gestion de l'entreprise est soumise à des contraintes qui nécessitent la mise en place d'un corps de règles spécifique, la *Corporate governance*.

Ce concept qui a été créé aux Etats-Unis dans les années 70, est apparu au Royaume-Uni dix ans après. Il s'agit d'un *aménagement, sous un angle déontologique, de la direction et du contrôle des sociétés anonymes.*<sup>2147</sup> Selon ce concept qui concerne plutôt les grandes entreprises,<sup>2148</sup> le contrôle externe des actionnaires<sup>2149</sup> est un moyen optimal pour la maximisation des profits.<sup>2150</sup> Cependant, il est nécessaire de mettre en place des réglementations concernant *les participations réciproques, la publicité des participations importantes, la prohibition ou limitation des conventions conclues entre un administrateur et la société-mère, l'étendue à l'ensemble des filiales.*<sup>2151</sup>

*La dissociation de la propriété et du pouvoir résulte donc de l'application de la technique de la société par actions à la grande entreprise.*<sup>2152</sup> Dans ce système, la propriété est l'attribut des actionnaires et le pouvoir est celui des dirigeants de l'entreprise. *Les prérogatives attachées à l'action constituent un premier moyen d'opérer une dissociation entre la propriété majoritaire et le contrôle.* Cependant, la situation peut devenir complexe lorsque l'actionnariat est dispersé et devient incapable de contrôler les administrateurs qui ont acquis une puissance, en raison de la maîtrise du fonctionnement de l'entreprise.<sup>2153</sup>

Au Royaume-Uni, l'actionnariat est fragmenté,<sup>2154</sup> de nombreux actionnaires sont intéressés uniquement par le retour des investissements. Cependant, ces actionnaires,

---

<sup>2145</sup> LORRAIN (D.), « Capitalisme urbains des modèles européens en compétition », op.cit.

<sup>2146</sup> COX (A.), « La privatisation, l'Etat et l'intérêt national en Europe occidentale : quelques leçons de l'expérience britannique pour la France », op.cit., p. 136.

<sup>2147</sup> LAMETHE (D.), « L'approche française du « Gouvernement d'entreprise » », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51 N°4, Octobre-décembre 1999, pp. 1075 et s., p. 1076.

<sup>2148</sup> MORIN (F.), « Privatisation et dévolution des pouvoirs : le modèle français du gouvernement d'entreprise », op.cit., p. 1254.

<sup>2149</sup> Le professeur Champaud a systématisé la distinction entre les deux grandes catégories d'actionnaires : *les actionnaires bailleurs de fond, et les actionnaires de contrôle.* Voir CHAMPAUD (C.), *Le pouvoir de concentration de la société par action*, Paris, Sirey, 1962, p. 27 et s.

<sup>2150</sup> MORIN (F.), « Privatisation et dévolution des pouvoirs : le modèle français du gouvernement d'entreprise », in *Revue économique*, volume 47, n°6, 1996. pp. 1253 et s., p. 1255.

<sup>2151</sup> Ibidem, p. 176.

<sup>2152</sup> THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, op.cit., p. 171.

<sup>2153</sup> WYMEERSCH (E.), « Le gouvernement d'entreprise : faits et perspectives », *Act. Dr.*, 1999, pp. 167 et s., spéc. p. 169.

<sup>2154</sup> *En Grande Bretagne, 81% des sociétés cotées ont un actionnariat au sein duquel aucun actionnaire ne dispose à lui seul 25% du capital, 12% ont un actionnariat dont l'un des membres détient entre 25 et 50% des actions et seuls 7% d'entre elles sont soumises à un actionnaire détenant plus de 50% du*

malgré leur statut minoritaire ont une fonction de surveillance *dont les effets ne sont pas théoriques*.<sup>2155</sup> Dans la réalité, pour protéger leurs intérêts et malgré le peu d'intérêt manifesté à l'égard de la gestion de l'entreprise, ces actionnaires n'hésitent pas à *procéder à la révocation (ou, à tout le moins, à provoquer la démission forcée) des dirigeants sociaux peu efficaces*.<sup>2156</sup>

Le phénomène des groupes de sociétés met en exergue l'importance de la transparence des informations comptables pour donner une image fidèle de la situation de l'entreprise. *Les sociétés cotées possèdent des contraintes, principalement en matière d'information et de protection des actionnaires minoritaires, de telles contraintes résultant du droit des sociétés, mais également du droit boursier*.<sup>2157</sup>

L'exercice de contrôle dans les sociétés par actions n'est pas uniquement dépendant de la détention majoritaire du capital social.<sup>2158</sup> La technique qui attribue de la puissance votale peut être un instrument de contrôle de l'entreprise. Au Royaume-Uni, le mécanisme des actions à vote plural est un mode de fonctionnement commun, il n'existe pas d'*interdiction de principe, ni d'obligation d'une autorisation préalable dans les statuts. Les modalités sont diverses : le vote plural peut être accordé de façon générale ou dans certaines hypothèses seulement ; il peut concerner n'importe quel pourcentage du capital et il peut leur être accordé n'importe quel nombre de droits de vote*.<sup>2159</sup>

Pour les entreprises publiques privatisées, la technique de *golden share* permet de *réserver à l'Etat une action, mais aux pouvoirs démultipliés, puisqu'elle permet à la puissance publique de formuler un droit de veto à l'égard de certaines catégories de décisions*.<sup>2160</sup> Cette technique permet à l'Etat d'intervenir dans les secteurs sensibles ou stratégiques.

## **Paragraphe 2) La professionnalisation du rôle de l'Etat actionnaire dans les entreprises françaises à participation publique**

En France, l'interventionnisme étatique n'est pas appréhendé de la même manière qu'au Royaume-Uni. En effet, les entreprises publiques ont une place singulière depuis longtemps dans l'histoire de la France.<sup>2161</sup> Leur privatisation n'a pas remis en cause la politique d'accompagnement des entreprises publiques (I) ; au

---

*capital*. Voir THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, op.cit., 2002, p. 174.

<sup>2155</sup> SCMIDT (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Paris, Sirey, 1970, pp. 3-10.

<sup>2156</sup> THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, op.cit., 2002, p. 174.

<sup>2157</sup> LAMETHE (D.), « L'approche française du « Gouvernement d'entreprise » », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51 N°4, Octobre-décembre 1999, pp. 1075 et s., p. 1076.

<sup>2158</sup> THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, op.cit., p. 154.

<sup>2159</sup> TOPHAM, IVAMY, *Company Law*, 15ème éd., London, Butterworth&Co (Pub.) Ltd, 1974, pp. 210 et s.

<sup>2160</sup> THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, op.cit., p. 202.

<sup>2161</sup> *L'industrie de la soie, imprimerie sous le règne de Louis XI*. Voir TIXIER (P.E.), (sous la dir.), *Du monopole au marché, la stratégie de modernisation des entreprises publiques*, La Découverte, Paris, 2002, p. 5.

contraire, le rôle de l'Etat s'est adapté évolue pour une meilleure défense du capital de ces dernières. (II)

### I) LA POLITIQUE D'ACCOMPAGNEMENT DU GOUVERNEMENT DES ENTREPRISES FRANÇAISES

Les entreprises publiques françaises sont au centre de la politique économique, qu'il s'agisse de protéger le patrimoine industriel national ou de réguler l'activité économique.<sup>2162</sup> La spécificité du modèle français est le mode de décision centralisé du secteur public. Ce dernier est composé de nombreuses entreprises, orientées autour d'un pacte liant modernisation, recherche d'excellence technique et promotion des travailleurs.<sup>2163</sup> Une autre caractéristique du modèle français concerne la diversification des entreprises publiques disposant de statuts spécifiques.<sup>2164</sup> Dans les industries de réseaux, les opérateurs historiques SNCF, RATP..., sont des établissements publics.<sup>2165</sup> Par ailleurs, en France, près d'une entreprise sur deux, de plus de deux mille salariés appartient effectivement au secteur public à l'issue des nationalisations de 1981.<sup>2166</sup>

Le modèle français de gestion publique n'est plus adapté à l'évolution de l'économie mondialisée. Un des problèmes qui se pose dans les entreprises publiques est la divergence des objectifs. En effet, dans ce modèle, pendant que les économistes insistent sur l'importance de l'efficacité économique, la plupart des responsables ont tendance à insister sur les autres objectifs tels que la poursuite d'une distribution d'utilité plus égale, l'aménagement du territoire, la défense des emplois, le contrôle du taux d'inflation, etc.<sup>2167</sup>

La privatisation des entreprises a été inéluctable sous la contrainte budgétaire et les impératifs du marché commun. Cependant, ce processus est strictement encadré, les lois de privatisations de juillet et d'août 1986 ont établi un socle juridique de base pour des opérations de transfert des actifs publics. Ces normes définissent les différents régimes du processus d'ouverture de capital qui seront appliqués en fonction de la part du capital ouverte (majoritaire ou minoritaire) ou en fonction des entreprises (entreprises de premier rang ou filiales).<sup>2168</sup> Les techniques les plus usuelles en matière de transmission de tout ou partie du patrimoine des sociétés privatisables sont la fusion, la scission, la dissolution, la liquidation. Le transfert de portefeuille d'assurances est réservé uniquement à des compagnies d'assurances. La Bourse n'a jamais joué en France un rôle international semblable à celui de la Cité de Londres.<sup>2169</sup>

Les privatisations en France suscitaient préoccupations en ce qui concernent la perte de l'indépendance nationale. En effet, des entreprises nationales à la pointe de la

---

<sup>2162</sup> CHABANAS (N.), VERGEAU (E.), « Nationalisations et privatisations depuis 50 ans », INSEE, n° 440, avril 1996.

<sup>2163</sup> TIXIER (P.E.), (sous la dir.), *Du monopole au marché, la stratégie de modernisation des entreprises publiques*, op.cit., p. 5.

<sup>2164</sup> Ibidem, op.cit., p. 5.

<sup>2165</sup> GOLDSTEIN (A.), « Privatisations et contrôle des entreprises en France », in *Revue économique*, volume 47, n°6, 1996. pp. 1309 et s. p. 1330.

<sup>2166</sup> DURUPTY (M.), « Les ouvertures de capital des entreprises publiques », *Regards croisés sur l'économie* 2007/2 (n° 2), p. 108 et s., p. 108.

<sup>2167</sup> HEALD (D.), « La privatisation des services publics britanniques : leçons ou mises en garde pour les autres pays membres de la CEE ? », in *Politiques et management public*, vol. 9, n° 4, 1991. pp. 51 et s., p. 58.

<sup>2168</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>2169</sup> COX (A.), « La privatisation, l'Etat et l'intérêt national en Europe occidentale : quelques leçons de l'expérience britannique pour la France », op.cit., p. 158.

technologie pourraient devenir la propriété des entrepreneurs étrangers. Par ailleurs, les français sont réticents à l'égard des solutions émanant du marché,<sup>2170</sup> en ce qui concerne les secteurs liés à la notion de service public.

La culture centralisée en France se traduit par une implication intense de l'Etat dans la restructuration des entreprises publiques. L'État ne se contenta pas de « fabriquer du marché » en vendant les entreprises dont il était propriétaire, mais chercha aussi à imprimer sa marque au marché.<sup>2171</sup> Ainsi, le rôle de l'Etat en France a été un fort contraste au rôle minima adopté par l'Etat britannique.<sup>2172</sup> Grâce à un accompagnement actif du processus de privatisation pour amortir les chocs, les entreprises françaises n'ont pas ressenti les effets de ces événements, de manière aussi brutale qu'en Grande-Bretagne.<sup>2173</sup> Ainsi, la France a adopté un modèle de privatisation dans la continuité sans rupture radicale.<sup>2174</sup>

Il est évident que le processus de privatisation en France n'est pas soumis à la pure logique de marché qui avait présidé les opérations de privatisation en Grande-Bretagne. Le cahier des charges dans le processus de privatisation se concrétise notamment par des obligations visant à entraver, pendant une certaine période la libre cessibilité des titres, ce qui se traduit par l'inaliénabilité totale dans un premier temps et partielle ensuite.<sup>2175</sup> Ce mécanisme permet de limiter les bouleversements dus aux transferts de pouvoir dans les entreprises privatisées. En effet, en l'absence d'un actionnariat de référence, l'entreprise privatisée risquait de traverser une zone de turbulences, voire de s'exposer aux visées hostiles de raiders, le cas échéant de nationalité étrangère.<sup>2176</sup>

La vente aux plus offrants n'est pas le but recherché dans les privatisations des entreprises. En revanche le gouvernement français cherche à constituer des « noyaux durs » de propriétaires pour donner une direction stable aux entreprises privatisées. Par ailleurs, les partenaires français sont privilégiés pour protéger les entreprises d'acquisitions hostiles, notamment étrangères.<sup>2177</sup> Les « noyaux durs » sont intégrés dans un réseau d'alliances stratégiques.<sup>2178</sup> Ainsi, une part du capital, généralement comprise entre 15 et 30 %, est vendue à un nombre limité d'actionnaires qui sont en général des alliés industriels ou financiers de l'entreprise. Par cette composition multiple et pour une part circulaire<sup>2179</sup>, le rôle de la propriété est neutralisé, la technostructure

---

<sup>2170</sup> OCDE, *Examen de l'OCDE sur la réforme de la réglementation, la réforme de la réglementation dans le secteur des télécommunications en France*, 2004, p. 8.

<sup>2171</sup> SCHMIDT VIVIEN (A.), BOUYSSOU (R.), « Les beaux restes du capitalisme d'État à la française », in *Critique internationale*, vol. 8. 2000. pp. 163 et s., p. 168.

<sup>2172</sup> Ibidem, p. 166.

<sup>2173</sup> Ibidem, p. 166.

<sup>2174</sup> ENA, *Privatisations et service public*, Lettre de mission du groupe 11, Promotion 2007-2009, février 2009, p.15., disponible sur le site , consulté le 5/11/2015.

[http://www.ena.fr/index.php?fr/content/download/4267/31987/file/rapport\\_groupe11.pdf](http://www.ena.fr/index.php?fr/content/download/4267/31987/file/rapport_groupe11.pdf).

<sup>2175</sup> Ibidem, p. 168.

<sup>2176</sup> Ibidem, p. 168.

<sup>2177</sup> SCHMIDT VIVIEN (A.), BOUYSSOU (R.), « Les beaux restes du capitalisme d'État à la française », op.cit., p. 166.

<sup>2178</sup> MORIN (F.), « Privatisation et dévolution des pouvoirs : le modèle français du gouvernement d'entreprise », in *Revue économique*, volume 47, n°6, 1996. pp. 1253 et s., p. 1263.

<sup>2179</sup> *Les mécanismes de l'auto contrôlé qui s'analyse comme une chaîne de participations circulaires bouclant sur une société mère grâce à une ou plusieurs sociétés contrôlées par elle ; et les participations croisées, qui retracent la chaîne de participations circulaires passant par des groupes amis ou alliés. En raison d'une législation applicable depuis juillet 1991, l'intérêt de l'autocontrôlé est devenu en France beaucoup plus limité (mais non interdit) puisque la loi stérilise dorénavant les droits de vote des*

dirigeante peut s'assurer d'un pouvoir sans véritable contrepoids.<sup>2180</sup> La vérité est différente et correspond davantage à un phénomène de redistribution et de restructuration de cette influence, qui s'exerce par des moyens et des voies plus conformes au droit des sociétés, selon que la détention du capital est majoritaire ou non et que la représentation au sein des organes de gestion confère ou non des droits de vote décisifs.<sup>2181</sup>

Le rôle d'accompagnement de l'Etat dans le processus de privatisation des entreprises publiques a été crucial. En sélectionnant un noyau dur d'investisseurs qui était, pour la première fois, constitué de banques et de compagnies d'assurance autant que d'entreprises d'autres secteurs, l'Etat choisit de transformer le capitalisme français dans le sens du modèle allemand, pour éviter le « capitalisme financier » à l'anglo-saxonne jugé nuisible à la stabilité des entreprises et à la régularité de la croissance.<sup>2182</sup>

En France, l'Etat assure un rôle important dans le secteur économique, même si son influence directe a diminué, contrairement à une analyse sommaire très largement répandue selon laquelle les ouvertures de capital se seraient traduites par un retrait massif de l'Etat hors de l'économie.<sup>2183</sup> Ainsi, la privatisation n'a pas remis en cause la politique de renforcement des entreprises françaises au niveau international. Il est réductif d'appréhender la privatisation sous l'unique angle de transfert de propriété. Ce processus s'accompagne d'une transformation radicale dans l'organisation des pouvoirs délibérants ou dirigeants de l'entreprise.<sup>2184</sup>

## II) LA DEFENSE DU CAPITAL DES ENTREPRISES FRANÇAISES

Le rapport Viénot<sup>2185</sup> a contribué au développement des théories du gouvernement d'entreprise et met en exergue les lacunes du mode de fonctionnement des entreprises publiques : *l'absence de l'identification de l'Etat actionnaire, l'absence de codification des processus de prise de décisions au sein des Conseils d'administration, l'insuffisance généralisation des comités spécialisés.*<sup>2186</sup> Le gouvernement impose des objectifs divers qui ne sont pas toujours compatibles avec ceux qui sont fixés par les dirigeants de l'entreprise. Ainsi, *si un pouvoir d'actionnaire ne peut être isolé et séparé des autres missions de l'Etat, la privatisation est la seule façon de mettre vraiment le monopole à l'abri des besoins de redistribution imposés par le gouvernement.*<sup>2187</sup>

---

*participations qui remontent sur la société mère. Depuis cette date, et par une sorte de mécanisme compensatoire, le système des participations croisées s'est, lui, au contraire démultiplié. Notamment à l'occasion des privatisations de 1993-1995. Voir MORIN (F.), « Privatisation et dévolution des pouvoirs : le modèle français du gouvernement d'entreprise », op.cit., p. 1262.*

<sup>2180</sup> MORIN (F.), « Privatisation et dévolution des pouvoirs : le modèle français du gouvernement d'entreprise », op.cit., p. 1263.

<sup>2181</sup> Ibidem, p. 110.

<sup>2182</sup> SCHMIDT VIVIEN (A.), BOUYSSOU (R.), « Les beaux restes du capitalisme d'Etat à la française », op.cit., p. 168.

<sup>2183</sup> DURUPTY (M.), « Les ouvertures de capital des entreprises publiques », in *Regards croisés sur l'économie* 2007/2 (n° 2), p. 108 et s., p.110.

<sup>2184</sup> MORIN (F.), « Privatisation et dévolution des pouvoirs : le modèle français du gouvernement d'entreprise », op.cit., p. 1253.

<sup>2185</sup> Des mesures pour surveiller le fonctionnement des administrateurs sont proposées. Des formations des représentants de l'Etat dans les sociétés, la création des Comités spécialisés.

<sup>2186</sup> Voir site :<http://www.melchior.fr/Le-gouvernement-d-entreprise-d.4818.0.html>, consulté le 9/11/2015.

<sup>2187</sup> LEVEQUE (F.), *Economie de la réglementation*, La découverte, Paris, 2004, p. 73.

En effet, dans les entreprises publiques, les règles de gestion doivent tenir compte de l'appartenance au secteur public. Les conseils d'administration<sup>2188</sup> sont *des représentants de l'Etat actionnaire, de salariés élus par le personnel, de personnalités qualifiées désignées par décrets.*<sup>2189</sup> Ainsi, il leur revient d'influencer les décisions stratégiques engageant l'avenir de l'économie du pays.<sup>2190</sup>

A la différence des Anglais qui se fient à "l'action d'or", (*golden share*) les liens entre l'Etat français et les entreprises publiques demeurent très étroits. En droit français, l'Etat garde le contrôle de l'entreprise par le biais de l'instrument des actions à droit de « vote double ». <sup>2191</sup> Selon le code de commerce, <sup>2192</sup> même avec une participation inférieure à la moitié du capital social, l'Etat peut maintenir le contrôle de fait si l'Etat détient 40% des droits de vote sans qu'un autre actionnaire atteigne ce pourcentage. <sup>2193</sup> Le mécanisme de « vote double » a été généralisé avec la loi Florange promulguée en 2014, pour favoriser les actionnariats de long terme. <sup>2194</sup> Concrètement, il s'agit de renforcer *les actions inscrites au nominatif depuis plus de deux ans*, de renforcer *les moyens de défense des conseils d'administration en cas d'offre, notamment en autorisant des augmentations de capital ou des rachats d'actions.* <sup>2195</sup> Ainsi, l'Etat peut maintenir son pouvoir de décision dans les entreprises sans être obligé de garder la quantité de titres nécessaires. L'objectif recherché est la protection de l'intérêt public et la défense du capital des entreprises publiques. Ces mesures sont, cependant, considérées par les investisseurs institutionnels, notamment ceux du système anglo-saxon, comme une menace à *l'équilibre entre l'influence des actionnaires et leur engagement économique.* <sup>2196</sup>

L'Etat dispose d'autres mécanismes, en plus de l'influence au Conseil d'administration, pour intervenir dans la gestion des entreprises à participation publique. Il s'agit des *contrats de plan, des tutelles, nécessitant des autorisations préalables, telles que les approbations en matière financière et budgétaire.* <sup>2197</sup> En effet, par le biais du contrat de plan, l'Etat définit une relation spécifique avec les entreprises, en fixant les *grandes orientations stratégiques et la conception de la mission de service public par l'accord entre les deux parties.* <sup>2198</sup> Ainsi, *la conclusion de contrat est un support de rationalisation* <sup>2199</sup> *de la gestion et de l'auto contrôle de l'entreprise*

---

<sup>2188</sup> La loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public.

<sup>2189</sup> LAMETHE (D.), « L'approche française du « Gouvernement d'entreprise » », op.cit., p. 1079.

<sup>2190</sup> Ibidem, p. 1104.

<sup>2191</sup> THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, op.cit., p. 201.

<sup>2192</sup> Article L.233-3 Code commerce.

<sup>2193</sup> ENA, *Privatisations et service public*, Lettre de mission du groupe 11, Promotion 2007-2009, février 2009.

<sup>2194</sup> La Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, est votée dans le contexte de l'arrêt des hauts fourneaux du site de Florange, en Moselle. Le second volet de la loi a pour objectif de soutenir l'actionnariat de long terme par la généralisation du droit de vote double pour les actionnaires inscrits au nominatif détenant leur titre depuis plus de deux ans.

<sup>2195</sup> APE, *L'Etat actionnaire*, 2014-2015, voir site, consulté le 15/12/2015.

<sup>2196</sup> BABIN (J.), *Ce qu'il faut savoir sur la loi Florange*, A la Une, politique économique, disponible sur le site : [http : http://www.challenges.fr/economie/ 20150414.CHA4911/ce-qu-il-faut-savoir-sur-la-loi-florange.html](http://www.challenges.fr/economie/20150414.CHA4911/ce-qu-il-faut-savoir-sur-la-loi-florange.html), consulté le 12/11/2015.

<sup>2197</sup> LAMETHE (D.), « L'approche française du « Gouvernement d'entreprise » », op.cit.,p. 1080.

<sup>2198</sup> BASEX (M.), *Vers de nouveaux modèles normatifs pour le secteur public*, op.cit.,p. 659.

<sup>2199</sup> STOFFAES (C.), « Le contrat de gestion comme moyen de modernisation de l'Etat », *R.F.A.P.*, n° 61, 1992, p. 78.

publique.<sup>2200</sup> La contractualisation dans le domaine de l'action publique peut être considérée *comme l'un des fleurons de la technologie administrative française.*<sup>2201</sup> Ainsi, le mécanisme du contrôle directif évolue vers un contrôle participatif qui laisse davantage d'autonomie aux entreprises publiques. En effet, la tutelle globale des activités de l'entreprise *s'oriente davantage vers une logique d'encadrement pluriannuel basée sur des objectifs à atteindre et les moyens pour y parvenir.*<sup>2202</sup> Cependant, les techniques de gestion des entreprises françaises sont loin de rivaliser avec les mesures de *Corporate Governance* appliquées au Royaume-Uni. En effet, en France, les normes de comptabilités des entreprises ne sont pas claires pour garantir la transparence des informations. Par ailleurs, *il n'y a pas d'obligation de rendre compte de la rémunération des dirigeants.*<sup>2203</sup>

Dans l'objectif de renforcer la gouvernance des entreprises à participation publique, le gouvernement a pris la décision de créer l'Agence des Participations de l'Etat (APE),<sup>2204</sup> *en s'inspirant des recommandations des groupes de travail ayant consacré des travaux à ce sujet, des meilleures pratiques en vigueur et en respectant les contraintes spécifiques liées à l'organisation de l'Etat.*<sup>2205</sup> Le rôle de l'APE est la recherche d'une meilleure connaissance de l'entreprise par le biais du *reporting* mensuel, des réunions régulières des bilans.<sup>2206</sup> Ces mesures permettent une préparation des échéances importantes que l'entreprise doit faire face.

L'APE est une organisation pertinente de la tutelle étatique. En effet, la mise en place des corps techniques de l'Etat *dotée d'un financement pré affecté pour lever la contrainte de l'annualité budgétaire*<sup>2207</sup> est un base de soutien efficace pour les entreprises qui peuvent bénéficier des mesures d'aide à l'exportation ou de la commande publique. Ainsi, les grands groupes d'entreprises françaises sont des exportateurs à la fois des équipements mais aussi des éléments de l'ingénierie : solutions techniques, normes, principes d'action, systèmes institutionnels.<sup>2208</sup> La professionnalisation de l'Etat actionnaire permet de mieux cerner le rôle de l'Etat en tant qu'actionnaire. Ainsi les deux fonctions de régulateur et de tutelle sont distinctement séparées.<sup>2209</sup>

Ce mécanisme est une référence utile pour les réformes des entreprises publiques au Vietnam. En effet, dans le contexte de globalisation, l'Etat doit réadapter son mode d'intervention, surtout en ce qui concerne les services de base en réseaux, ce domaine nécessite un mode de gestion particulier.

---

<sup>2200</sup> POYET (M.), *Le contrôle de l'entreprise publique, Essai sur le cas français*, Thèse en Science juridique, Université Jean-Monnet, Saint-Etienne, 2001, p. 287.

<sup>2201</sup> DURUPTY (M.), « Faut-il réaménager le contrôle de l'État sur les entreprises publiques ? », *AJDA*, 20 janvier 1995, p. 3.

<sup>2202</sup> POYET (M.), *Le contrôle de l'entreprise publique, Essai sur le cas français*, thèse op.cit., p. 144.

<sup>2203</sup> SCHMIDT VIVIEN (A.), BOUYSSOU (R.), « Les beaux restes du capitalisme d'État à la française », op.cit., p. 169.

<sup>2204</sup> *Cette agence, opérationnelle depuis le mois de septembre 2004 (décret du 10 septembre 2004) est un service à compétence nationale rattaché au Directeur du Trésor et disposant de moyens individualisés (60 personnes environ).* Voir APE, *L'Etat actionnaire*, 2014-2015, op.cit.

<sup>2205</sup> Voir site : <http://www.melchior.fr/Le-gouvernement-d-entreprise-d.4818.0.html>,

Consulté le 9/11/2015.

<sup>2206</sup> Voir site <http://www.melchior.fr/Le-gouvernement-d-entreprise-d.4818.0.html>, consulté le 9/11/2015.

<sup>2207</sup> POYET (M.), *Le contrôle de l'entreprise publique, Essai sur le cas français*, Thèse op.cit., p. 244.

<sup>2208</sup> LORRAIN (D.), « Faut-il un régulateur pour les réseaux techniques urbains ? », op.cit., p. 107.

<sup>2209</sup> APE, *L'Etat actionnaire*, 2014-2015, op.cit.

## SECTION 2) LA LIBERALISATION DES SECTEURS DE RESEAUX

Dans les pays développés, le dirigisme étatique s'est évolué vers un nouveau mode de fonctionnement selon lequel, *l'Etat cherche à assurer les exigences d'intérêt général sans nuire aux forces de la concurrence.*<sup>2210</sup> Au Vietnam, le droit de concurrence est révélateur d'une réelle transition vers l'économie de marché. En effet, les difficultés de la mise en œuvre de ce droit dans la pratique mettent en exergue le blocage politique, notamment dans le domaine des services de réseau qui sont *des éléments perturbateurs de la concurrence* en raison du mode de fonctionnement de monopole public.<sup>2211</sup>

La libéralisation des secteurs de réseaux implique en premier lieu d'introduire la concurrence dans le secteur et ensuite d'empêcher les comportements anticoncurrentiels des acteurs économiques qui peuvent nuire au bon fonctionnement du marché.<sup>2212</sup> Ces activités sont essentielles pour le développement économique mais aussi pour la réduction des inégalités sociales.<sup>2213</sup>

La crise des secteurs de réseaux nationalisés en France et au Royaume-Uni a mis en exergue la nécessité de libéraliser ces secteurs. Les télécommunications sont des secteurs les plus concernés par la libéralisation en raison de l'évolution technique dans ces domaines. Le secteur électrique est un service de réseaux stratégique en raison de son impact sur la politique énergétique du pays. Le développement de ces secteurs est crucial pour le Vietnam qui doit faire face aux besoins exponentiel du pays.

Les défaillances des industries de réseaux au Vietnam (sous-section 1) constituent des obstacles majeurs pour le développement économique et social du pays. Les références du droit comparé, notamment le cadre de règles et d'action des secteurs de réseaux du modèle français (sous-section 2), sont des pistes éventuelles de réforme pour les services de réseaux vietnamiens.

### Sous-section 1) Les défaillances des industries de réseaux au Vietnam

L'intégration à l'économie mondiale oblige le gouvernement vietnamien à ouvrir des monopoles étatiques à l'accès des concurrents. Ainsi, pour le Vietnam, la concurrence est à la fois un facteur de réforme et un défi à relever. Cependant *la mise en concurrence n'est pas une fatalité que l'administration aurait à subir, à reculer ; elle peut parfois être recherchée pour elle-même.*<sup>2214</sup> En effet, ce qui est nécessaire c'est la mise en place d'un cadre institutionnel avec des règles et des outils adaptés ainsi que des institutions responsables. Le défaut d'un marché concurrentiel au Vietnam (Paragraphe 1) est la conséquence de la politique de transition progressive du gouvernement vietnamien. En effet, le dirigisme économique n'a pas fait place à un réel

---

<sup>2210</sup> CHEROT (J.-Y.), *Droit public économique*, op.cit., p. 12.

<sup>2211</sup> SABART (G.), « Les services publics de réseau », Thèse op.cit., p. 37.

<sup>2212</sup> GENOUD (C.), « Libéralisation et la régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence ? », *Revue Internationale de politique comparée*, vol. 11, n°2, 2004, pp. 187 et s., p.191.

<sup>2213</sup> SABART (G.), « Les services publics de réseau », Thèse op.cit., p. 387.

<sup>2214</sup> ENA, *Opérateurs publics et concurrence*, Options d'approfondissement, groupe 10, Promotion 2006-2008, février 2008.

marché, ce qui constitue un blocage pour le processus de libéralisation des secteurs de réseau (Paragraphe 2).

## **Paragraphe 1) Le défaut d'un marché concurrentiel au Vietnam**

*La pierre angulaire d'une économie de marché qui fonctionne bien est l'existence d'une «culture de la concurrence».*<sup>2215</sup> L'instauration de cette culture est nécessaire pour une application efficace des réglementations en matière de concurrence. Au Vietnam, l'absence de culture de la concurrence (I) est l'un des obstacles majeurs des réformes. Cette lacune explique en partie l'inefficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence (II) récemment élaboré, ainsi que les faiblesses des institutions, (III) responsables de l'application de ce droit.

### **I) L'ABSENCE DE CULTURE DE LA CONCURRENCE**

Dans les pays dont l'économie n'est pas concurrentielle, la majorité des citoyens ne bénéficie pas de moyens pour participer au développement de la richesse du pays. En effet, les moyens du pays sont monopolisés par une minorité dont les intérêts sont souvent divergents de l'intérêt général. Selon les études de l'OCDE, l'application des principes de politique de concurrence ainsi que la mise en œuvre du droit de concurrence *peut améliorer la capacité des économies de s'adapter à des chocs internes et externes.*<sup>2216</sup> Cela donne aussi à chacun de meilleures chances de contribuer à la croissance économique qui en découle et d'en recueillir les fruits.<sup>2217</sup> En conséquence, la suppression des cartels, des traitements favorable, des protections et aides aux entreprises publiques est nécessaire pour créer un environnement favorable au développement économique.

Au Vietnam, la concurrence est un concept inconnu, en conséquence le marché concurrentiel est considéré comme une menace pour les entreprises publiques et un grand défi pour l'économie du pays. En effet, les entreprises vietnamiennes, à peine sorties d'une économie planifiée, ont beaucoup de mal à intégrer le concept de concurrence dans leurs comportements économiques.

Une politique de concurrence ne recueille un large soutien de la part des acteurs économiques que lorsque ces derniers sont convaincus des avantages de la concurrence. Ce qui implique que *toutes les composantes de la société – consommateurs, chefs d'entreprises, syndicats, éducateurs, communauté juridique, gouvernement, responsables de la réglementation et juges* doivent être habitués à la culture de concurrence.<sup>2218</sup> Pour atteindre cet objectif, il est nécessaire que le gouvernement mette en œuvre une éducation de l'opinion publique et des entreprises pour faire intégrer la culture de concurrence.<sup>2219</sup> Pendant la période de transition, l'application des normes de la concurrence est utile pour préparer les entreprises à la pratique concurrentielle.<sup>2220</sup>

---

<sup>2215</sup> OCDE, *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 6, n° 4, 2004/4, p. 90.

<sup>2216</sup> OCDE, « Recommandations de l'OCDE en matière de concurrence, pays en développement et éventuelles règles de concurrence de l'OCDE. », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2001/1, vol. 3, p. 127 et s., p. 145.

<sup>2217</sup> Ibidem, p. 144.

<sup>2218</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>2219</sup> Ibidem, p. 149.

<sup>2220</sup> Ibidem, p. 149.

Au Vietnam, la politique interventionniste est un obstacle majeur à l'adoption de la culture de la concurrence. En effet, *les pratiques anticoncurrentielles qui sont source d'inefficience ne relèvent pas uniquement du secteur privé. La détention et l'exploitation d'entreprises commerciales par les autorités publiques peut produire les mêmes effets.*<sup>2221</sup> Les entreprises publiques vietnamiennes sont considérées comme des sources de financement de l'Etat. En conséquence les entreprises ont pour objectif principal la rentabilité du capital public investi. Après les réformes de Dõi Mói, les entreprises étatiques au Vietnam ont continué à bénéficier des aides étatiques, malgré le mode de fonctionnement libéral. Ainsi protégés de la concurrence, ces entreprises n'investissent pas dans l'innovation pour améliorer la productivité et l'efficacité. Compte tenu de la faiblesse du secteur privé au Vietnam, la création du marché concurrentiel implique le renforcement de ce premier. Au préalable, il s'agit de régulariser des secteurs informels qui fonctionnaient en marge de l'économie.

Une politique de la concurrence ne se résume pas à l'élimination des monopoles ou des distorsions de concurrence pour permettre aux nouveaux acteurs de rentrer sur le marché. La concurrence doit s'insérer dans une réflexion et une démarche plus générales incluant une politique sociale ainsi qu'une politique d'aide à la recherche pour les entreprises.<sup>2222</sup> En général, la mise en œuvre d'une politique de concurrence nécessite une réflexion globale concernant la cohérence entre le soutien des monopoles, les réglementations présentant un caractère restrictif et la promotion de la concurrence.<sup>2223</sup>

## II) L'INEFFICACITE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

L'accession à l'OMC implique une réforme législative pour l'harmonisation des normes économiques, notamment dans le domaine de la concurrence. *L'ouverture progressive du marché vietnamien aux marchandises, aux services et à l'investissement étranger imposait de protéger les avantages économiques résultant de l'intégration commerciale régionale et mondiale contre de possibles pratiques anti concurrentielles.*<sup>2224</sup> Les règles de concurrence de l'OMC ne visent pas les acteurs économiques privés, contrairement à l'article 86 CE<sup>2225</sup> mais ciblent les mesures étatiques applicables aux entreprises publiques.

Les normes de la concurrence, notamment celles qui concernent les monopoles et les abus de position dominante sont en contradiction avec le droit vietnamien. Ainsi, il est difficile d'établir des réglementations en matière de concentration et d'abus de position dominante sans réformes de fond. En effet, le monopole étatique est un fait défini par la constitution de 1992 et dans les autres textes du Parti Communiste.

La lutte contre les comportements anticoncurrentiels des entreprises en position dominante constitue un des aspects les plus délicats de la concurrence car il est difficile de distinguer un comportement abusif d'une concurrence légitime. Le concept du monopole du marché dans les pratiques anticoncurrentielles n'est pas défini en droit

---

<sup>2221</sup> OCDE, « Recommandations de l'OCDE en matière de concurrence, pays en développement et éventuelles règles de concurrence de l'OCDE. », op.cit., p. 145.

<sup>2222</sup> PONS (J.F.), « Marché commun, marché unique et la politique européenne de la concurrence de 1957 à 2007 », *Revue d'Economie financière* p. 171 et s., p. 171.

<sup>2223</sup> OCDE, « Recommandations de l'OCDE en matière de concurrence, pays en développement et éventuelles règles de concurrence de l'OCDE », op.cit., p. 145.

<sup>2224</sup> WTO, *Examen des politiques commerciales, rapport du Vietnam*, op.cit.

<sup>2225</sup> L'article 86 (ex-article 90) du traité CE prévoit que, comme les entreprises privées, les entreprises publiques sont soumises aux règles communautaires de concurrence.

vietnamien. Les conditions d'exemption ne sont pas claires,<sup>2226</sup> en conséquence la généralité des termes a permis à la majorité des entreprises étatiques de bénéficier d'exemptions.

Par ailleurs, les normes qui doivent empêcher *les entreprises qui détiennent une position de force sur le marché d'en abuser pour exclure des concurrents et pour limiter la concurrence*<sup>2227</sup> sont en conflit avec les mesures de soutien aux entreprises publiques. Ainsi, les entreprises publiques vietnamiennes ont profité du vide juridique pour imposer des mesures dans le but d'éliminer les concurrents sur le marché.<sup>2228</sup>

La politique des monopoles étatiques n'est donc pas compatible avec les normes de l'OMC, ce qui implique des réformes pour la mise en conformité du droit Vietnamien au droit conventionnel. Ainsi, le droit de la concurrence fait partie des nouvelles lois que le gouvernement vietnamien doit intégrer dans le système socialiste. *Promulguée le 3 décembre 2004 et entrée en vigueur le 1er juillet 2005, la loi vietnamienne sur la concurrence est le résultat d'un processus de rédaction de quatre années, s'appuyant sur les lois de neuf autres pays et sur les lois types préconisées par la CNUCED et la Banque mondiale.*<sup>2229</sup>

L'intégration du droit de la concurrence au Vietnam se heurte à des difficultés d'ordre juridique, technique et politique. En premier lieu il s'agit des lacunes en matière de technique législative. A l'instar des pays en développement, le Vietnam n'a pas d'environnement juridique favorable pour élaborer un droit de concurrence efficace. En effet, la technique de l'énumération des pratiques anticoncurrentielles<sup>2230</sup> est dépassée en raison de l'évolution de la technologie moderne dans les activités économiques. L'application d'un droit de marché implique des adaptations mais aussi des évolutions des concepts de base. Le défaut du concept de concurrence est un obstacle à l'élaboration d'une base juridique solide. Ainsi, au Vietnam, les objectifs du droit de la concurrence ne sont pas clairement définis et ne peuvent, donc, être concrétisés dans les textes normatifs. Il est nécessaire de réfléchir à la définition des bases théoriques pour élaborer une politique de concurrence adaptée à la situation du pays.

Ensuite, le développement du droit de la concurrence nécessite des informations comptables et statistiques qui permettent de préciser le marché pertinent. *Le droit vietnamien de la concurrence fait aussi appel à des facteurs structurels et comportementaux, mais pas en même temps. Sont considérées comme ayant une position dominante les entreprises qui détiennent 30 % au moins du marché pertinent et qui sont capables de restreindre la concurrence de manière considérable.*<sup>2231</sup>

Enfin, l'intégration du droit de la concurrence, considéré comme l'un des droits essentiels de l'économie de marché se heurte au dirigisme dans le système de l'économie planifiée. L'ambiguïté du rôle de l'Etat en tant qu'entrepreneur et en tant que réglementateur crée des incohérences dans les normes en matière de concurrence. En arrière fond, s'est révélé le problème général de la situation économique

---

<sup>2226</sup> Article 19 loi de la concurrence.

<sup>2227</sup> CNUCED, *L'abus de position dominante*, Rapport du secrétariat de la CNUCED, op.cit., p. 7.

<sup>2228</sup> Le cas du contentieux entre l'entreprise de distribution pétrolière Vinapco et la compagnie aérienne Pacific Jet airs a mis en exergue le problème anti concurrentiel des entreprises publiques.

<sup>2229</sup> WTO, *Examen des politiques commerciales, rapport du Vietnam*, op.cit.

<sup>2230</sup> Voir site: <https://tsnguyenvannam.wordpress.com/2010/09/01/m%E1%BB%A5c-dich-va-y-nghia-c%E1%BB%A7a-lu%E1%BA%ADt-c%E1%BA%A1nh-tranh/>, mis en ligne le 01/09/2010, consulté le 10/12/2015.

<sup>2231</sup> CNUCED, *L'abus de position dominante*, Rapport du secrétariat de la CNUCED, TD/B/COM.2/CLP/66, 21/5/2008, p. 7.

vietnamienne. En effet, dans le contexte de transition, il est difficile *d'établir une différence claire entre les entités à vocation économique et celles (visant) l'intérêt général.*<sup>2232</sup> La mise en œuvre du droit de la concurrence nécessite une cohérence entre le droit de la concurrence, les normes sectorielles et l'intervention étatique. Par ailleurs, l'application de ces normes implique l'existence d'une organisation compétente.

### III) LES FAIBLESSES DES ORGANISATIONS DE LA CONCURRENCE

Au Vietnam, les organisations de la concurrence souffrent des lacunes en matière de compétence technique et de l'absence d'autonomie nécessaire à leurs fonctions. Dans le système vietnamien, le département de concurrence<sup>2233</sup> (DP) qui relève du ministère de l'industrie et du commerce est l'organe compétent pour l'investigation, l'audit et l'application du droit de la concurrence. Cette organisation règle les contentieux, sanctionne des comportements anti concurrentiels. Dans la pratique, les interventions du DP sont assez rares. En effet, les connaissances en matière de concurrence sont des éléments nouveaux pour les fonctionnaires du DP.

Par ailleurs, le DP est une organisation qui dépend du Conseil de concurrence (CC) dont la fonction principale est de régler les contentieux de concurrence au niveau international. Les actions de cette organisation sont subordonnées aux *priorités ministérielles et des influences politiques auxquelles ils sont assujettis.*<sup>2234</sup> En effet, les responsables du CC font partie des responsables dans les autres ministères. Ainsi, le vice-ministre du ministère de l'industrie et du commerce est nommé président du Comité de concurrence, le vice-ministre du ministère de justice et le vice-ministre du ministère de finance sont des vice-présidents du comité de concurrence. L'autonomie est un critère de garant la crédibilité de l'institution qui doit assurer une défense efficace de la concurrence sur le marché.<sup>2235</sup> Ce critère fait défaut dans le système bureaucratique vietnamien.

Pour améliorer le rôle des autorités de la concurrence, il est éventuellement pertinent de faire participer ces dernières à l'élaboration des normes de la concurrence. En effet, *l'autorité de la concurrence est plus efficace pour la défense de la concurrence dans le domaine réglementaire lorsque son rôle est formalisé, c'est-à-dire quand les lois ou règlements exigent qu'elle soit avisée en temps utile des décisions de réglementation et qu'elle puisse faire ses commentaires ou participer de plein droit aux débats.*<sup>2236</sup> Les institutions de concurrence au Vietnam ont un rôle effacé et ne participe pas activement dans la politique de concurrence du pays.

Une grande majorité des réformes économiques au Vietnam est faite par le biais du mécanisme *bottom-up*. L'importance accordée au travail collectif entre les acteurs économiques et les autorités publiques est un facteur de progrès pour le système vietnamien. Dans le contexte actuel du Vietnam, les institutions de la concurrence peuvent jouer un rôle positif pour la promotion de la culture de concurrence auprès des acteurs économiques. En effet, une campagne d'information et de sensibilisation organisée au niveau national pour diffuser auprès du grand public les décisions du CC, ainsi que les rapports annuels concernant les contentieux concurrentiels et les analyses

---

<sup>2232</sup> FEUCHE (C.), « Rattrapage, transition et décollage. Analyse de la croissance vietnamienne », op.cit., pp. 75 et s., p. 101

<sup>2233</sup> Décret 05/2006/ND-CP, mis en ligne le 09/01/2006, consulté le 10/11/2010.

<sup>2234</sup> CNUCED, *L'indépendance et la responsabilité des autorités chargées des questions de concurrence*, TD/B/COM.2/CLP/67, 2008, p. 7.

<sup>2235</sup> OCDE, *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 6, n° 4, 2005, p. 92.

<sup>2236</sup> Ibidem, p. 89.

de marchés seraient bénéfiques pour améliorer la pratique de la concurrence dans le commerce. Par ailleurs, les canaux de la presse et des médias électroniques sont des vecteurs de promotion des activités du CC. L'organisation de séminaires et de conférences pour les acteurs économiques peut être l'occasion d'échanges et de rencontres entre les acteurs économiques et l'administration.<sup>2237</sup>

Le contentieux de concurrence est encore à ses débuts et les affaires portées devant le CC sont rares. En effet, les entreprises au Vietnam, victimes de la concurrence déloyale, sont réticentes à recourir au droit de concurrence en raison des coûts onéreux engagés lors des procédures, d'autant plus que les résultats attendus sont aléatoires. Les sanctions prononcées à l'encontre d'une entreprise publique pour abus de position de monopole est exceptionnelle. Au Vietnam, la concurrence est reléguée en second rang lorsque l'intérêt économique des entreprises étatiques est en jeu ou lorsque qu'il s'agit des actions publiques dans les secteurs sensibles tels que les industries de réseaux.

## **Paragraphe 2) Les difficultés pour la libéralisation des secteurs de réseaux au Vietnam**

Aux yeux des gouvernements vietnamiens, les industries de réseaux sont des monopoles naturels stratégiques. Cependant, le changement du mode d'intervention publique dans les secteurs de réseaux (I) est indispensable pour le développement de ces secteurs. En effet, l'urgence des besoins en énergie (II) ainsi que la concurrence au niveau international imposée en matière de télécommunication (III) sont des impératifs qui exigent la mise en place d'une politique de libéralisation des secteurs de réseaux au Vietnam.

### **I) LE CHANGEMENT DU MODE D'INTERVENTION PUBLIQUE DANS LES SECTEURS DE RESEAUX**

*La politique de la concurrence a montré comment il est possible de fournir un service universel à moindre coût sans que l'État détienne la propriété des entreprises concernées ou sans qu'il existe des entreprises monolithiques de services d'intérêt général.*<sup>2238</sup> En premier lieu, la concurrence peut être un facteur pour réduire le prix d'un ou plusieurs services de base, ce qui permet de dégager des ressources pour des autres besoins essentiels.<sup>2239</sup> Ensuite, l'ouverture à la concurrence peut améliorer non seulement les performances des offres de service en termes de prix mais aussi de qualité.

L'introduction de la concurrence dans les secteurs de réseaux nécessite une intervention spécifique de l'Etat. En premier lieu, il s'agit de la mise en œuvre du droit de concurrence pour créer un marché plus libre, ensuite de la réglementation et de la correction des effets distributifs du marché concurrentiel.<sup>2240</sup> Au préalable, il est nécessaire de séparer les activités qui pourraient être ouvertes à la concurrence et celles

---

<sup>2237</sup> OCDE, *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 6, n° 4, 2005, p. 90.

<sup>2238</sup> OCDE, « Recommandations de l'OCDE en matière de concurrence, pays en développement et éventuelles règles de concurrence de l'OCDE », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2001/1, vol. 3, p. 127 et s., p. 146.

<sup>2239</sup> Ibidem, p. 146.

<sup>2240</sup> VARONE (F.), GENOUD (C.), « Libéralisation des services de réseau et responsabilité publique : le cas de l'électricité », in *Politiques et management public*, vol. 19, n° 3, 2001. Les nouvelles exigences de la responsabilité publique. Actes du dixième colloque international - Paris, jeudi 9 et vendredi 10 mars 2000 - Tome 2. pp. 191 et s., p. 192.

qui doivent en être protégées. Ce qui revient à examiner *dans quelle mesure, un marché donné constitue effectivement un monopole naturel, éventuellement si certain secteur du marché pouvant être dissociés du monopole naturel.*<sup>2241</sup> Ensuite, l'évolution du processus de libéralisation doit être cohérente aux objectifs de la politique de concurrence. En effet, en fonction du rythme décidé par les autorités publiques, le régulateur *actualise et modifie graduellement les règles opérationnelles de l'accès au marché, de la concurrence loyale et des obligations de service universel.*<sup>2242</sup>

Dans les secteurs de réseaux, le monopole légal de l'opérateur historique<sup>2243</sup> doit être limité aux activités qui constituent le monopole naturel, notamment les infrastructures. L'ouverture à la concurrence, dans cette situation, consiste à autoriser l'accès des autres entreprises, soit par l'incitation à la création de nouveaux opérateurs, soit par la suppression des barrières qui interdisent des nouveaux entrants.<sup>2244</sup>

Le gouvernement vietnamien a créé des organisations de régulation dans les secteurs de réseaux clés tels que l'électricité et les télécommunications. Cependant, ces régulateurs sectoriels ne maîtrisent pas les aspects techniques, managériales spécifiques aux secteurs et ne jouent qu'un rôle modeste dans la gestion des services de réseaux. En effet, *la disponibilité d'informations pertinentes sur la performance conditionne l'efficacité de la régulation publique.*<sup>2245</sup> La libéralisation des industries de réseaux au Vietnam, est un sujet d'autant plus crucial lorsqu'il concerne l'indépendance énergétique du pays.

## II) L'URGENCE DES BESOINS EN ENERGIE

Au Vietnam, le blocage majeur pour l'ouverture à la concurrence dans le domaine de l'électricité est d'ordre politique. En effet, la croissance économique vietnamienne est basée sur une industrialisation consommatrice d'énergie, en conséquence le contrôle étatique de ce secteur est inévitable.

En 1995, le gouvernement a créé une entreprise publique pour le besoin de l'énergie électrique au Vietnam. Ainsi, l'entreprise publique Electricité du Vietnam (EVN) a le monopole de la production, du transport et de la distribution d'électricité sur le territoire national. Ses filiales assurent la distribution ainsi que la gestion des infrastructures, notamment des lignes de haute tension.

Le secteur privé est peu présent dans ce domaine, seuls quelques opérateurs indépendants revendent leur production à EVN. Par ailleurs, le recours au *BOT* est exceptionnel dans ce domaine. En effet, la centrale électrique de Phu My<sup>2246</sup> est un cas d'essai qui ne s'est pas renouvelé.

<sup>2241</sup> WINSLOW (T.), « Recommandations de l'OCDE en matière de concurrence, pays en développement, et éventuelles règles de concurrence de l'OMC », Vol 2, 2000, p. 147.

<sup>2242</sup> GENOUD (C.), « Libéralisation et régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence? », op.cit., p. 187.

<sup>2243</sup> *la position selon laquelle la régulation serait une fonction qui viserait à la construction du marché par les secteurs qui avaient été organisés auparavant sous un régime de monopole réglementé par l'Etat, et dans lesquels il s'agirait de contraindre l'opérateur historique à abandonner une partie du marché à ses concurrents n'est pas suffisante. Cette fonction existe bien, mais elle ne suffirait pas comme fondement de la régulation, sauf pendant la période de transition nécessaire à la construction du marché.* Voir MARCOU (G.), « Introduction » in MARCOU(G.), MODERNE(F.), GENOUD (C.), « Libéralisation et la régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence ? », op.cit., p. 16.

<sup>2244</sup> LEVEQUE (F.), *Economie de la réglementation*, La découverte, Paris, 2004, p. 66.

<sup>2245</sup> BUREAU (D.), MOUGEOT (M.), « Mesure de la performance et incitations dans la gestion publique », *Rapport Conseil d'Analyse Economique*, La documentation française, Paris, 2007, pp. 7 et s., p. 8.

<sup>2246</sup> Pour la construction du central Phu My, voir IDA Guarantee supports first competitively-bid private power project in Vietnam, disponible sur le site:

Le fonctionnement du monopole dans le secteur électrique est un échec économique. En effet, la mauvaise gestion de l'entreprise aboutit à des déficits au niveau des résultats et une augmentation au niveau des coûts de production. Le public doit payer une électricité de plus en plus chère pour une qualité qui se dégrade constamment. Par ailleurs, l'augmentation du tarif n'est pas basée sur des critères rationnels et le manque de transparence laisse un goût amer aux consommateurs qui n'ont pas d'autre choix face au monopole public. Les entreprises publiques sont incapables de faire face à la demande d'électricité qui augmente au rythme d'environ 15% par an, ce qui signifie une nécessité de doubler la capacité des centrales et des réseaux électriques tous les 5 ans.

Au niveau macro économique, le développement de l'industrie vietnamien est menacé par le phénomène des goulots d'étranglement. En effet, les besoins exponentiels en énergie par les industries ne sont pas correctement évalués. En conséquence le problème de l'insuffisance énergétique n'est pas intégré dans les perspectives et dans les planifications du gouvernement.

Face aux pressions des besoins, le gouvernement a accepté de libéraliser le secteur électrique.<sup>2247</sup> A l'instar des réformes libérales, l'ouverture du capital des centrales électriques et des entreprises de distribution électrique, est appliquée à titre d'essai. L'EVN garde le monopole de l'activité de développement des différentes sources d'énergie ainsi que l'exploitation du système de transport électrique au niveau national. Les activités de production et de distribution seront ouvertes à la concurrence nationale et étrangère.

Le calendrier de libéralisation du secteur électrique fait partie des accords de l'OMC.<sup>2248</sup> Selon ce document, l'étape de libéralisation de la production électrique fixée de la période de 2005 à 2014 sera ensuite suivie de celle de la libéralisation du marché de vente et d'achat pendant la période de 2014 à 2022. A partir de 2022, le système des clients élus pourrait être fonctionnel. A chaque étape de la libéralisation, une version d'essai sera mise en place, la version finale devrait améliorer les lacunes éventuelles.

Sur le marché interne, la libéralisation du secteur électrique n'a pas remis en cause le monopole de l'EVN en raison de la faiblesse du secteur privé, peu présent dans le domaine énergétique. En effet, les entreprises de production électrique qui sont actuellement des filiales d'EVN ont un bilan déficitaire et ne sont pas intéressantes aux yeux des investisseurs privés.

Les réglementations ne sont pas favorables aux activités des entreprises privées. En premier lieu, ces dernières sont obligées de produire une quantité minimum fixée par la loi. La grande majorité des entreprises qui répondent à cette condition sont des filiales de l'EVN.<sup>2249</sup> Ensuite, leurs chiffres d'affaires dépendent d'un seul et unique client qui est l'opérateur monopole. A la différence du secteur de l'électricité, les

---

[http://siteresources.worldbank.org/INTGUARANTEES/Resources/PhuMy2\\_PFG\\_Note.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTGUARANTEES/Resources/PhuMy2_PFG_Note.pdf), consulté le 5/8/2014.

<sup>2247</sup> Décision du gouvernement 26/2006/QĐ-TTg du 26/01/2006.

<sup>2248</sup> NGUYEN (T.T.), "Phap luat canh tranh trong WTO va kinh nghiem cho Viet Nam", (Le droit de concurrence à l'OMC et les expériences pour le cas du Viet Nam), disponible sur le site : <http://thongtinphapluatdansu.wordpress.com/2008/04/20/54356/>, mis en ligne le 6/07/2009, consulté le 15/11/2015.

<sup>2249</sup> NGUYEN (H.H.), *L'évolution de la suppression du monopole de l'EVN*, (Nhìn lại tiến trình phá thế độc quyền của EVN), disponible sur le site : <http://tapchitaichinh.vn/co-che-chinh-sach/binh-luan-chinh-sach/nhin-lai-tien-trinh-pha-the-doc-quyen-cua-evn-29676.html>, mis en ligne le 14/08/2013, consulté le 15/11/2015.

télécommunications sont des activités de réseaux rentables qui nécessitent une mise en œuvre efficace du droit de la concurrence.

### III) LA CONCURRENCE IMPOSEE AU NIVEAU INTERNATIONAL EN MATIERE DE TELECOMMUNICATION

L'accord de l'OMC sur les télécommunications<sup>2250</sup> a fait l'objet de négociations spécifiques puisque de nombreux services concernés par cet accord dépendent de l'accès aux réseaux de télécommunications nationales. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1998, les pays signataires sont obligés d'ouvrir le secteur des télécommunications aux concurrents internationaux et doivent maintenir un environnement de concurrence par rapport aux opérateurs dominants. Il s'agit d'une grande évolution dans un secteur qui était encore très protégé dans les années 80 en raison du caractère monopole naturel et en raison des préoccupations de sécurité nationale. Dans ce domaine, chaque pays a adopté une manière de libéralisation différente selon l'essor national de cette activité.<sup>2251</sup>

Au Vietnam, les innovations technologiques en matière de télécommunication entraînent des enjeux économiques considérables. En effet, ce secteur fait partie des domaines stratégiques du Viêt Nam, non seulement en raison de la croissance importante du marché, mais il s'agit aussi des conséquences importantes sur la politique de communication et d'information, gardée précieusement dans le domaine régalien de l'État. En conséquence, c'est un domaine strictement contrôlé par le gouvernement vietnamien.

Cependant, le respect des engagements internationaux dans le cadre de l'OMC implique une mise en conformité des textes normatifs du secteur des télécommunications<sup>2252</sup> au Vietnam. Selon ces engagements, le Vietnam garantit à tous les membres de l'OMC, l'accès aux marchés des télécommunications dans les mêmes conditions que celles prévues dans l'accord bilatéral entre le Vietnam et les Etats-Unis. En conséquence, les infrastructures de réseau *tels que les services de téléphonie, les services de transmission de données avec commutation par paquets, les services de transmission de données avec commutation de circuits, les services de télex, les services de télégraphe, les services de télécopie et les services de circuits privés loués*, sont ouverts pour les entreprises de ce secteur.<sup>2253</sup>

La compagnie Vietnamienne de Poste et Télécommunication (CVPT) est le seul opérateur et en même temps régulateur des services de téléphone sur le marché vietnamien. Les trois seules entreprises de téléphone mobile sont des filiales de CVPT. Une réforme en 2002<sup>2254</sup> a séparé les rôles du CVPT du Département général de Poste et télécommunication (DGPT)<sup>2255</sup> qui assume désormais le rôle du régulateur et conseils en matière de réglementations.

---

<sup>2250</sup> L'accord de libéralisation de télécommunication signé par des États représentant 90% du chiffre d'affaires de ce secteur dans le monde, en 1997, il constitue le quatrième protocole annexé au GATS. Voir BRONCKERS (C.E.J.), « Les télécommunications et l'Organisation mondiale du commerce », AJDA, 1997, p. 267.

<sup>2251</sup> JENNY (F.), « Droit des télécommunications : les exemples étrangers : quelles leçons ? », AJDA, p. 217 et s.

<sup>2252</sup> NGUYEN (T.T.), *Phap luat canh tranh trong WTO va kinh nghiem cho Viêt Nam, (Le droit de concurrence à l'OMC et les expériences pour le cas du Viêt Nam)*, op.cit.

<sup>2253</sup> WTO, *Examen des politiques commerciales, rapport du Vietnam*, WT/TPR/G/287, du 13 août 2013.

<sup>2254</sup> Décret 90/2002/ND-CP 11 novembre 2002.

<sup>2255</sup> Actuellement appelé : Ministère de la Poste et télématiques.

Malgré le monopole étatique par la participation du capital dans les entreprises de télécommunication, le gouvernement veut créer un marché concurrentiel. En effet, *l'État détient une participation dans chacune des six entreprises de téléphonie mobile agréées, mais la concurrence est féroce entre elles, notamment au niveau des prix.*<sup>2256</sup> A partir de 2003, l'entreprise Saigon Postel (SPT) entre sur le marché et subit la dominance de l'entreprise publique CVPT.<sup>2257</sup>

L'entreprise SPT a plusieurs fois porté plainte contre les comportements anti concurrentiels de l'opérateur dominant, concernant les restrictions des capacités technologiques et les services de connexions en temps voulu, sans compter l'abus des relations entretenues avec le ministère tutelle de la Poste et des Télécommunications qui octroie aux entreprises publiques des listes de clients potentiels. Par ailleurs, la gestion des ressources rares en la matière appartenant au monopole traditionnel du secteur : fréquences radioélectriques, numéros, points hauts...

La concurrence existe seulement sur le marché interne, entre les entreprises nationales. En effet, le protectionnisme envers des entreprises étrangères persiste, malgré les engagements de traitement national dans le cadre de l'OMC. Le ministère des télécommunications bloque un prix de plancher<sup>2258</sup> concernant les appels internationaux et permet aux Groupes Télécom vietnamiens d'établir un cartel pour bloquer toute concurrence dans ce domaine.<sup>2259</sup>

En raison des besoins au niveau technologie moderne, le gouvernement est obligé de faire appel aux savoir-faire des entreprises étrangères pour développer le secteur. Les réglementations concernant les coentreprises sont en fonction du caractère stratégique du domaine. *En ce qui concerne les services s'appuyant sur une infrastructure de réseau, la propriété étrangère dans les coentreprises ne peut être supérieure à 49% (pour les services de base) et 50% (pour les services à valeur ajoutée) du capital social d'une coentreprise, et la partie qui détient 51% de la coentreprise est considérée comme contrôlant sa gouvernance. S'agissant des services sans infrastructure de réseau, la propriété étrangère dans une coentreprise ne peut dépasser 70% (pour les services de réseau privé virtuel) et 65% (pour les autres services) du capital social de la coentreprise.*<sup>2260</sup>

Les services des télécommunications ont l'obligation de garantir aux utilisateurs l'interopérabilité, c'est à dire la possibilité de communiquer avec les autres quel que soit le réseau utilisé. Il est donc nécessaire d'avoir un régulateur spécifique dans ce domaine. Cependant, cette fonction nécessite des règles techniques spécifiques qui ne sont pas encore développées au Vietnam.

Au-delà des aspects techniques, le régulateur a un rôle politique, en effet ce dernier peut garantir des services universels par le biais des tarifs et, des obligations de desserte géographiques imposées aux entreprises.<sup>2261</sup> Par ailleurs, les tensions qui pourraient survenir des nouveautés de la technologie et les dérives financières sont des facteurs qui bousculent la vie des consommateurs et nécessitent la mise en place d'un

---

<sup>2256</sup> Ibidem.

<sup>2257</sup> Les filiales de CPT sont dominantes avec environ 2 à 2.5 millions d'adhérents, tandis que celles de leurs concurrents avoisinent seulement 250000 adhérents.

<sup>2258</sup> Décision 04/2006/QD-BBCVT.

<sup>2259</sup> Ibidem.

<sup>2260</sup> Ibidem.

<sup>2261</sup> LASSERE (B.), « L'autorité de régulation des télécommunications (ART) », AJDA, 1997, pp. 224 et s.

mécanisme de protection<sup>2262</sup>. Il s'agit d'établir un *compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques dans le cadre d'un marché concurrentiel.*<sup>2263</sup>

Dans les industries de réseaux, considérés comme des secteurs stratégiques pour l'économie du Vietnam, l'intervention de l'Etat est indispensable mais ne doit pas entraver une concurrence nécessaire à l'innovation et au développement de ces secteurs. L'étude comparée des industries de réseaux en France et au Royaume-Uni a souligné le fait que les grands réseaux se sont organisés *en fonction de la structure territoriale et de la géographie de chacun de ces pays ainsi que de leur histoire et de leur culture sociale et politique.*<sup>2264</sup>

## **Sous-section 2) Les références du droit comparé : le modèle français de la construction d'un cadre de règles et d'action des secteurs de réseaux**

La crise des services de réseaux ainsi que l'apparition des technologies modernes et l'ouverture au marché unique en Europe ont été des facteurs de réforme de ces secteurs.<sup>2265</sup> *L'activité phare pour la libéralisation des services publics de réseau concerne les télécommunications où les Etats-Unis ont été les initiateurs, suivis de la Grande-Bretagne, de l'exigence européenne et des pays acceptant les accords OMC.*<sup>2266</sup>

La libéralisation de secteurs de réseaux a été différente en France et en Grande Bretagne. En effet, *alors que la France se cantonne à une activité dans le but de préserver la concurrence, les Anglo-saxons ont tendance à laisser faire le marché puis à le séparer en plusieurs territoires pour dynamiser la concurrence.*<sup>2267</sup> Cependant ces pays ont tous choisi le modèle de régulation sectorielle indépendante pour favoriser l'ouverture à la concurrence et la gestion des monopoles naturels.<sup>2268</sup>

Le système politique britannique a favorisé la construction d'un modèle de libéralisation des secteurs de réseaux au Royaume-Uni (Paragraphe 1). Par rapport aux références recherchées par le gouvernement vietnamien, la technique de privatisation radicale présente des éléments incompatibles avec la politique interventionniste du pays. En revanche, les apports du processus de modernisation des secteurs de réseaux en France (Paragraphe 2), sont plus adaptés à la perspective de réforme des réseaux du Vietnam.

---

<sup>2262</sup> *Les objectifs et valeurs non économiques de la régulation : la protection des consommateurs, la réalisation des droits fondamentaux, le service public entendu dans un sens large et les objectifs d'intérêt général qui peuvent se rattacher au développement durable.* Voir MARCOU (G.), « Introduction », in MARCOU (G.), MODERNE (F.), op.cit., p. 16.

<sup>2263</sup> MARCOU (G.), « Introduction », in MARCOU (G.), MODERNE (F.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, tome 2, Expériences européennes, Logiques juridiques, L'Harmattan, Paris, 2005, pp. 11 et s., p. 16.

<sup>2264</sup> MARTINAND (C.), « Les grands réseaux et l'Europe. Transports, énergie, communications. Pour une approche nouvelle combinant efficacité, concurrence et service public », in *Flux*, n°6, 1991. pp. 54 et s., p. 54.

<sup>2265</sup> SABART (G.), « Les services publics de réseau », op.cit., p. 400.

<sup>2266</sup> Voir BRONCKERS (C. E. J.), « Les télécommunications et l'Organisation mondiale du commerce », *AJDA*, 20 mars 1997, pp. 267 et s.

<sup>2267</sup> SABART (G.), « Les services publics de réseau », op.cit., p. 131.

<sup>2268</sup> *Ibidem*, p. 23.

## Paragraphe 1) Le modèle de libéralisation des secteurs de réseaux au Royaume-Uni

Le changement du modèle de contrôle public dans les secteurs de réseau implique de nombreuses réadaptations *tant au niveau des acteurs sociaux que sur le plan des ajustements organisationnels et politiques qu'il amène.*<sup>2269</sup> Le processus de séparation radicale des opérateurs de réseaux du pouvoir public (I) nécessite la mise en place d'une autorité de régulation puissante (II) pour garantir le bon fonctionnement du secteur libéré.

### I) LA SEPARATION RADICALE DES OPERATEURS DE RESEAUX ET POUVOIR PUBLIC

La libéralisation des services de réseaux au Royaume-Uni a pris une forme radicale. Ce processus a commencé par la mise en place d'un duopole dans le secteur des télécommunications. (A) Ensuite, il s'est poursuivi par le démantèlement du monopole historique dans le secteur électrique. (B)

#### A) La mise en place d'un duopole dans le secteur des télécommunications

Le modèle de développement des télécommunications britanniques est caractérisé par l'intervention constante des pouvoirs publics. Ce modèle a cependant, pris des formes très différentes depuis le milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle.<sup>2270</sup> Dans le cadre de la modernisation des services publics, le gouvernement britannique a mené un programme de réforme de l'ensemble des secteurs de réseaux tels que les transports interurbains, les télécommunications, l'eau, l'électricité...<sup>2271</sup>

Pour une séparation radicale du pouvoir politique et les monopoles des réseaux<sup>2272</sup>, la méthode choisie a été la privatisation de ces derniers.<sup>2273</sup> Dans les secteurs de réseau, la privatisation nécessite la mise en place une surveillance publique pour éviter le risque d'abus de pouvoir du monopole privé.<sup>2274</sup> Le rapport *Beesley* propose des formes possibles de libéralisation du secteur télécommunication et joue un rôle important dans la préparation des textes concernant la privatisation de ce secteur.<sup>2275</sup>

Le cadre organisationnel établi par le *British Telecommunication Act* a mis fin au monopole de British Telecom et a mis en place le duopole : British Telecom (BT) et

---

<sup>2269</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>2270</sup> Voir ENCAOUA (D.), KOEBEL (P.), « Réglementation et déréglementation des télécommunications : leçons anglo-saxonnes et perspectives d'évolution en France », in *Revue économique*, volume 38, n°2, 1987. pp. 475 et s., p. 497 et s.

<sup>2271</sup> THONIER (A.), « Dix ans de réforme des télécommunications au Royaume-Uni : échec du pilotage de la structure de marché et libéralisation complète », *Économie & prévision*, n°119, 1995-3. pp. 107 et s. p. 108.

<sup>2272</sup> THONIER (A.), « Dix ans de réforme des télécommunications au Royaume-Uni : échec du pilotage de la structure de marché et libéralisation complète », *Économie & prévision*, n°119, 1995-3. pp. 107 et s. p. 108.

<sup>2273</sup> GLACHANT (J.M.), « L'électricité en Grande-Bretagne : une industrie privée et un service public partiel », op.cit., p. 97.

<sup>2274</sup> STIGLITZ (J.E.), *La grande désillusion*, Paris, Fayard, 2002, p. 121.

<sup>2275</sup> Voir ENCAOUA (D.), KOEBEL (P.), « Réglementation et déréglementation des télécommunications : leçons anglo-saxonnes et perspectives d'évolution en France », op.cit., p. 49 .

Mercury.<sup>2276</sup> L'opérateur historique BT gère les infrastructures essentielles, et l'opérateur concurrent Mercury est obligé de faire appel à ce réseau pour acheminer les communications.<sup>2277</sup> Le processus de libéralisation se poursuit en 1984 avec la création d'une agence indépendante de réglementation, l'Office of Telecommunications (OFTEL), suivie de la privatisation de 51% du capital de BT, puis par l'instauration d'un price-cap sur les tarifs de BT.<sup>2278</sup> Le secteur de télécommunication britannique a été réorganisé et se compose donc d'une côté les activités du service public qui bénéficiaient de la protection du monopole et de la garantie d'un marché fermé, de l'autre, les activités purement commerciales placées en situation concurrentielle dans un marché ouvert.<sup>2279</sup>

Dans le domaine des télécommunications, en raison des progrès technologiques, le monopole a cessé d'être naturel.<sup>2280</sup> En 1991, la libéralisation a été élargie avec l'entrée massive des câblo-opérateurs sur le marché de la téléphonie locale, le durcissement progressif du price-cap, puis la libéralisation complète du secteur.<sup>2281</sup> Ainsi, à partir de 1996, les activités de télécommunications britanniques sont libéralisées.<sup>2282</sup>

La politique de libéralisation de la Commission a fixé un délai pour la libéralisation des secteurs de télécommunication dans les pays membres. Le Royaume-Uni a accéléré le processus de libéralisation et ainsi fait figure de précurseur européen.<sup>2283</sup> C'est donc avec près de cinq ans d'avance que le Royaume-Uni aborde l'échéance du 1er janvier 1998, date de la libéralisation des services et infrastructures de télécommunications en Europe.<sup>2284</sup>

## B) Le démantèlement du monopole historique dans le secteur électrique

La Grande-Bretagne est le premier pays dans le monde à avoir bouleversé l'organisation traditionnelle des secteurs électriques.<sup>2285</sup> En effet, il s'agit d'un des

---

<sup>2276</sup> ENCAOUA (D.), KOEBEL (P.), « Réglementation et déréglementation des télécommunications : leçons anglo-saxonnes et perspectives d'évolution en France », op.cit., p. 503.

<sup>2277</sup> SABART (G.), « Les services publics de réseau », op.cit., p. 146.

<sup>2278</sup> THONIER (A.), « Dix ans de réforme des télécommunications au Royaume-Uni : échec du pilotage de la structure de marché et libéralisation complète », op.cit., p. 108.

<sup>2279</sup> LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseaux, télécommunications et électricité*, Bruylant, Bruxelles, 2002 p. 139.

<sup>2280</sup> D'abord parce que se trouvent dorénavant en compétition trois types de réseaux, le réseau hertzien, les câbles optiques et les satellites. Mais aussi parce que le coût des réseaux eux-mêmes, dont le progrès a formidablement développé les capacités, est devenu très faible vis-à-vis des charges terminales d'émission et de réception des messages. Or ce sont des réseaux, et non des installations terminales, que naissent les phénomènes de rendement croissant qui conduisent à l'apparition et à l'acceptation d'un monopole naturel. Voir BOITEUX (M.), « Entreprises publiques et monopoles », disponible sur le site : <http://www.asmp.fr/travaux/colloques/entreprisespubl/boiteux.pdf>, consulté le 23/11/2015.

<sup>2281</sup> THONIER (A.), « Dix ans de réforme des télécommunications au Royaume-Uni : échec du pilotage de la structure de marché et libéralisation complète », op.cit., p. 108.

<sup>2282</sup> LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseaux, télécommunications et électricité*, op.cit., p. 139.

<sup>2283</sup> THONIER (A.), « Dix ans de réforme des télécommunications au Royaume-Uni : échec du pilotage de la structure de marché et libéralisation complète », *Économie & prévision*, n° 119, 1995-3, pp. 107 et s., p. 108.

<sup>2284</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>2285</sup> GLACHANT (J.M.), « L'électricité en Grande-Bretagne : une industrie privée et un service public partiel », *Sociétés contemporaines*, n° 32, 1998, pp. 97 et s. p. 97.

rare pays qui a privatisé les entreprises de ce secteur. Ainsi, en 1989 le gouvernement a mis en œuvre un marché libre de l'électricité, une expérience unique au monde dans un secteur considéré comme monopolistique par nature. Dans ce sens, le programme de libéralisation des secteurs de réseaux électrique au Royaume-Uni a été *une remise en cause de la vision traditionnelle selon laquelle les économies de réseaux constituent des monopoles naturels. Paradoxalement, les dénationalisations ont rendu nécessaire une réglementation plus explicite.*<sup>2286</sup>

En 1993, le secteur public, qui représentant 17% du capital national, a été réduit à moins d'un cinquième de sa taille à l'origine.<sup>2287</sup> L'ampleur de la privatisation a révélé les caractéristiques propres du système britannique : *la puissance du pouvoir exécutif, la faiblesse du parlement, l'exclusion des syndicats, la centralisation croissante dans la gestion du secteur public et la dévalorisation du rôle des collectivités locales.*<sup>2288</sup>

Compte tenu de la position de monopole naturelle de l'opérateur historique dans les secteurs de réseaux, la privatisation de ce dernier pose le problème de la substitution du monopole public par un monopole privé, notamment lorsqu'il s'agit de la privatisation des monopoles verticalement intégrés. Pour résoudre ce problème, le gouvernement britannique a procédé à un démantèlement des monopoles par la *dé-intégration verticale avec en particulier une coupure entre transport et production, et dé-intégration horizontale au niveau de la production.*<sup>2289</sup> L'objectif de cette opération est d'éviter *de rétrocéder à l'initiative privée un mastodonte que sa puissance de marché acculera presque automatiquement à abuser de sa position dominante.*<sup>2290</sup>

A la différence des Français, les *Anglais craignent l'abus du monopole, ils cherchent spontanément à recréer les marchés d'Adam Smith, ils amoindrissent leurs firmes.*<sup>2291</sup> En effet, les opérateurs historiques dans les industries de réseaux au Royaume-Uni ont été divisés en plusieurs entités indépendantes.<sup>2292</sup> Par ailleurs, la séparation des industries de réseaux facilite le fonctionnement, puisque les mécanismes de subventions croisées ne sont plus compatibles avec le modèle de l'entreprise privée qui assume les différentes fonctions de l'ancien monopole public.<sup>2293</sup>

*Concrètement, l'ouverture à la concurrence se traduit généralement par la séparation des activités d'infrastructure, pour lesquelles un monopole est généralement souhaitable, des activités de production et de commercialisation, pouvant être ouvertes à la concurrence.*<sup>2294</sup> L'*Electricity Act* de 1989 a séparé les activités de production et du transport pour les confier à des entreprises différentes, ainsi le monopole du *Central*

---

<sup>2286</sup> HEALD (D.), « La privatisation des services publics britanniques : leçons ou mises en garde pour les autres pays membres de la CEE ? », op.cit., p.60.

<sup>2287</sup> DENIS-JUDICIS (X.), PETIT (J.P.), *Les privatisations*, Montchrestien, 1998.

<sup>2288</sup> HEALD (D.), « La privatisation des services publics britanniques : leçons ou mises en garde pour les autres pays membres de la CEE ? », op.cit., p. 53.

<sup>2289</sup> BOUTTES (J.P.), « Régulation technique et économique des réseaux électriques », in *Flux*, n°2, 1990, pp. 43 et s. p. 49.

<sup>2290</sup> THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, op.cit.,p. 696.

<sup>2291</sup> LORRAIN (D.), « Capitalismes urbains des modèles européens en compétition », *L'année de la régulation*, n°6, 2002, p. 220.

<sup>2292</sup> LEVEQUE (F.), *Economie de la réglementation*, op.cit.,p. 66.

<sup>2293</sup> Ibidem, p. 696.

<sup>2294</sup> SAGUAN (M.), SAUTEL (O.), "L'ouverture à la concurrence du secteur électrique : rôle et gains du client", *Flux*, 2011/2 n°84, pp. 8 et s., p. 9.

*Electricity Generating Board (CEGB)* est scindé en plusieurs activités.<sup>2295</sup> Les infrastructures existantes sont aussi partagées pour être confiées à trois sociétés différentes : *National Power, PowerGen* et *Nuclear Electric*.<sup>2296</sup>

En résumé, le marché de l'électricité en Grande Bretagne est concurrentiel en premier lieu dans les fonctions horizontales avec l'existence de trois grands producteurs et l'ouverture à de nouveaux entrants. Ensuite, les fonctions verticales de production et de transport sont séparées. Enfin, le système de l'accès des tiers aux réseaux a offert aux consommateurs le choix du fournisseur.<sup>2297</sup> La privatisation des entreprises dans le secteur électrique britannique nécessite néanmoins, une intervention publique sous forme d'une autorité de réglementation puissante.

## II) LA NECESSITE D'UNE AUTORITE DE REGULATION PUISSANTE

Les secteurs de réseaux au Royaume-Uni présentent des caractéristiques particulières. Le rôle essentiel de la concurrence dans ces secteurs ainsi que les interventions spéciales des agences de régulation indépendantes sont des particularités du système britannique,<sup>2298</sup> notamment le rôle important du Directeur général, responsable légal de l'agence. L'ouverture à la concurrence nécessite la mise en place d'une autorité de régulation qui est doublement spécialisée, en premier lieu pour la prise en charge du secteur spécifique et ensuite pour la fonction de réglementation. On peut ainsi dire que *le processus de privatisation au Royaume-Uni a été caractérisé par une nette substitution du rôle de l'Etat-réglementaire à celui de l'Etat-producteur*.<sup>2299</sup>

Le gouvernement britannique a opté pour la création systématique d'un régulateur sectoriel en charge de missions de régulation spécifiques et de surveillance des mécanismes concurrentiels pour chaque secteur en transition du monopole vers un régime concurrentiel.<sup>2300</sup> L'apparition d'une autorité spécifique en Grande-Bretagne, a été favorisée par l'idée de protection face aux monopoles privés notamment du fait que ces derniers ont remplacé les monopoles publics.<sup>2301</sup> Pour les Britanniques, il est nécessaire d'écarter l'industrie réglementée des interventions étatiques. Ainsi, les organismes de régulation sectorielle telles que *l'OFTEL* dans le secteur des télécommunications, *l'OFWAT* dans le secteur de l'eau, sont indépendants des ministères et du Parlement.<sup>2302</sup> Cette séparation semble nécessaire puisque les intérêts des autorités publiques en tant que l'Etat actionnaire et en tant que l'Etat distributeur ne sont pas toujours convergents aux objectifs des régulateurs.<sup>2303</sup>

Les expériences de la libéralisation des secteurs de réseaux au Royaume-Uni ont révélé des lacunes du modèle de régulation mis en place. En premier lieu, le cadre réglementaire post-privatisation en Angleterre n'a pas su concilier les intérêts divergents entre la recherche de profits des opérateurs privés et l'intérêt général. En

<sup>2295</sup> OCDE, *Examen de l'OCDE sur la réforme de la réglementation dans les secteurs de l'électricité, du gaz et des professions libérales*, op.cit. p. 8.

<sup>2296</sup> SABART (G.), « Les services publics de réseau », Thèse op.cit., p. 131.

<sup>2297</sup> LEVEQUE (F.), *Economie de la réglementation*, op.cit., p. 68.

<sup>2298</sup> SABART (G.), « Les services publics de réseau », Thèse op.cit., p. 552.

<sup>2299</sup> HEALD (D.), « La privatisation des services publics britanniques : leçons ou mises en garde pour les autres pays membres de la CEE ? », op.cit., p.60.

<sup>2300</sup> PERROT (A.), « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », in *Revue française d'économie*, volume 16, n°4, 2002, pp. 81 et s. p. 84.

<sup>2301</sup> SABART (G.), « Les services publics de réseau », Thèse op.cit., p. 549.

<sup>2302</sup> HEALD (D.), « La privatisation des services publics britanniques : leçons ou mises en garde pour les autres pays membres de la CEE ? », op.cit., p.60.

<sup>2303</sup> Voir LEVEQUE (F.), *Economie de la réglementation*, op.cit., p. 74.

effet, ces objectifs nécessitent des investissements beaucoup plus importants que ce qui était prévu. Ensuite, la détermination des tarifs, renégociés tous les cinq ans entre les régulateurs et les entreprises, est en partie devenue un moyen de contrôler les bénéficiaires. En conséquence, l'ouverture des marchés des réseaux est fréquemment accompagnée de hausses sensibles des prix.<sup>2304</sup>

Par ailleurs, l'introduction de la concurrence dans le secteur des télécommunications n'a pas mis fin aux abus de pouvoir de monopole.<sup>2305</sup> Ainsi, la position de monopole de l'opérateur historique BT n'a pas été vraiment affectée par son concurrent, Mercury. Deux raisons plausibles de ce phénomène : en premier lieu, le marché exponentiel des télécommunications, ensuite il peut s'agir des compétences limitées de l'autorité de régulation l'*OFTEL*.<sup>2306</sup> *Un certain nombre de décisions de l'OFTEL n'ont pu être appliquées, et l'un de ses seuls moyens d'action a été de favoriser Mercury dans la mesure du possible, notamment par les conditions particulièrement favorables consenties lors de l'arbitrage sur l'interconnexion entre les deux réseaux.*<sup>2307</sup>

Le contrôle des régulateurs a mené à des exigences réglementaires additionnelles qui ont à leur tour incité les entreprises, confrontées à des demandes informationnelles croissantes, à modifier leurs stratégies. *L'efficacité de la régulation dépend des rapports d'intérêt et de plus ou moins grande complicité que la régulation entretient – ou non – avec les sujets de la régulation. Le problème de la capture des régulateurs est celui qui naît du fait que le régulateur a dès l'origine, ou développe avec le temps, des rapports familiers avec les entités qu'il est chargé de réguler, qu'il partage plus ou moins leur vision des problèmes, au point que parfois son objectif s'est trouvé altéré.*<sup>2308</sup> Par ailleurs, le régulateur est compétent dans les domaines de l'expertise et de la technologie, cependant il est difficile pour cet expert d'avoir une vision globale du problème. Par rapport à des imprévus à résoudre, le régulateur peut être pris à *contre-pied par des questions auxquelles il ne s'attendait pas.*<sup>2309</sup>

## **Paragraphe 2) Les apports de la modernisation des industries de réseaux en France**

A la différence de *l'approche anglo-américaine qui consiste à faire des réseaux et de grands systèmes techniques des secteurs ayant leur propriétés spécifiques, organisés secteur par secteur, l'approche française considère que les réseaux techniques urbains sont une composante physique, morphologique essentielle de la gestion des métropoles et dans ce cas leur histoire et leur réforme se pense tout autant dans celle du gouvernement local que dans une logique sectorielle.*<sup>2310</sup> Ainsi, les réformes des secteurs de réseaux sont effectuées dans la continuité de la tradition de l'industrie

---

<sup>2304</sup> CROZET (Y.), « Trente ans de déréglementation : quel bilan ? », *Regards croisés sur l'économie* 2007/2 (n° 2), p. 118 et s., p. 123.

<sup>2305</sup> ENCAOUA (D.), KOEBEL (P.), « Réglementation et déréglementation des télécommunications : leçons anglo-saxonnes et perspectives d'évolution en France », op.cit., p. 509.

<sup>2306</sup> Ibidem., p. 506.

<sup>2307</sup> Ibidem., p. 507.

<sup>2308</sup> AUBY (J.B.), « Régulation et droit administratif », in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 209 et s., p. 231. Voir aussi l'introduction de BALDWIN (R.), SCOTT (C.) et HOOD (C.) (éd.), *A Reader on Regulation*, Oxford University Press, 1998, pp. 10 et s.

<sup>2309</sup> SABART (G.), « Les services publics de réseau », Thèse op.cit., p. 550.

<sup>2310</sup> LORRAIN (D.), « Faut-il un régulateur pour les réseaux techniques urbains ? », in IGD, *La régulation des services publics locaux*, 2000, pp. 81 et s., p.105.

colbertiste en France (I) qui se manifeste par le soutien politique des activités de réseaux (II) ainsi que par l'intervention étatique dans la régulation de ces secteurs (III)

#### I) LA TRADITION DE L'INDUSTRIE COLBERTISTE EN FRANCE

La France est un pays qui est habitué aux interventions étatiques,<sup>2311</sup> en conséquence, par rapport aux pays anglo-saxons, le droit de la concurrence s'est développé beaucoup plus tard. Le rôle de l'Etat français dans la conduite des grandes stratégies nationales est plus affirmé qu'au Royaume-Uni. En effet, les monopoles de fait appartiennent à la propriété de l'Etat française.<sup>2312</sup> Le nationalisme dans les services publics français, a souvent été le motif pour se préserver des mesures de concurrence imposées par la politique de concurrence de l'Europe.<sup>2313</sup> Cependant, *l'Etat ne peut être à la fois organisateur de la concurrence et actionnaire à 100% d'un des principaux acteurs de la concurrence.*<sup>2314</sup> La politique de la concurrence française cherche plutôt à promouvoir une concurrence « effective » laissant place à d'autres préoccupations qui peuvent ne pas avoir de rapport direct avec la concurrence. La préoccupation prioritaire a trait aux services publics et à la notion de service public.<sup>2315</sup>

Dans les années 90, pour faire face à la crise des secteurs de réseaux et pour la conformité à la politique européenne concernant l'ouverture des secteurs de réseaux, le gouvernement a libéralisé les industries de réseaux. La gestion des secteurs de réseaux basée sur la séparation des fonctions réglementation et exploitation a été substitué par la gestion par le modèle régulation étatique.<sup>2316</sup> *Fin 1986 il existe 3500 entreprises françaises, contrôlées majoritairement par l'Etat, en 2000, il n'en reste plus que 1500. La présence de l'Etat reste forte dans le domaine des postes et télécommunications, (95% de la valeur ajoutée, 90% des immobilisations). Elle est importante dans le secteur de l'énergie (75% et 85%).*<sup>2317</sup>

La libéralisation des secteurs de réseaux en France est soumise à des contraintes de service public. En effet, la limitation de la propriété étrangère à 20% des entreprises privatisées<sup>2318</sup> est justifiée par l'exigence constitutionnelle de maintien des services publics nationaux dans le giron du secteur public.<sup>2319</sup> Par ailleurs, les entreprises

---

<sup>2311</sup> Voir WISE (M.), « Droit et politique de la concurrence en France », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2005/1 Vol. 7, p. 7 et s.

<sup>2312</sup> L'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946.

<sup>2313</sup> MARCHAIS-ROUBELAT(A.), BERGOUGNOUX(J.), « Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations. Un entretien avec Jean BergougnoUX. », *Flux*, n°41, 2000, pp. 54 et s., p. 60., p. 54.

<sup>2314</sup> MARCHAIS-ROUBELAT(A.), BERGOUGNOUX(J.), « Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations. Un entretien avec Jean BergougnoUX. », *Flux*, n°41, 2000, pp. 54 et s., p. 60.

<sup>2315</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>2316</sup> Le régulateur des télécommunications en France est une direction du Ministère de l'Industrie, des Postes et Télécommunications et du Commerce extérieur, la direction générale des Postes et Télécommunications (DGPT), distincte à la fois du Conseil Supérieur de l'audiovisuel (CSA) et de l'Autorité de Concurrence.

<sup>2317</sup> LOISEAU (H.), « 1985-2000 : quinze années de mutation du secteur public d'entreprises », *INSEE*, n° 186, juillet 2002.

<sup>2318</sup> COX (A.), « La privatisation, l'Etat et l'intérêt national en Europe occidentale : quelques leçons de l'expérience britannique pour la France. In *Politiques et management public*, vol. 5, n° 3, 1987. « Public, privé : espaces et gestions » *Actes du Second colloque international - Lyon - 15/16 décembre 1986 (deuxième partie) - Incertitude des pratiques*, pp. 135 et s. p. 157.

<sup>2319</sup> Neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (« Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit

privatisées qui continuent à assumer des missions de service public sont soumises à un régime dérogatoire au droit commun.<sup>2320</sup>

*L'Etat doit garantir le respect des règles du jeu par les opérateurs, qu'ils soient publics ou privés. Cette régulation de premier ordre vise à supprimer les barrières à une concurrence loyale et, par conséquent, présuppose une application stricte du droit de la concurrence et des réglementations spécifiques au secteur concerné.*<sup>2321</sup> En effet, il est nécessaire non seulement de créer un marché concurrentiel pour développer les bénéfices apportés par la concurrence mais aussi de réglementer les problèmes spécifiques au secteur libéralisé. *Outre des problèmes proprement juridiques (par ex. quelle coordination entre le droit de la concurrence et les réglementations sectorielles?), les questions d'efficience et de responsabilité managériale des autorités publiques apparaissent prioritaires ici.*<sup>2322</sup>

Le gouvernement est obligé d'ouvrir le marché des infrastructures aux entreprises privées pour que les grands groupes français puissent accéder aux marchés à l'étranger.<sup>2323</sup> Cependant, *la France ne démembre pas ces monopoles, sa tradition centralisatrice l'ayant, semble-t-il, empêché de retenir cette solution.*<sup>2324</sup> *Au contraire, l'existence de champions nationaux est plutôt vue comme un avantage compétitif.*<sup>2325</sup> La politique de soutien des entreprises publiques françaises, tout en s'ouvrant au marché concurrentiel a été bénéfique. En effet, *les entreprises publiques ont gagné une dimension internationale avec l'ouverture des marchés nationaux autrefois protégés.*<sup>2326</sup> *En 2000, après quinze années de désengagement des activités concurrentielles, le secteur public d'entreprises est essentiellement présent dans les transports, l'énergie, la poste et les télécommunications.*<sup>2327</sup>

En adoptant le mode de fonctionnement des groupes privés, les grands groupes publics étendent leurs activités sur le marché mondial par des partenariats avec des groupes étrangers, par des prises de participations ou des filiales communes.<sup>2328</sup> *Compte tenu de sa taille, la France est certainement le pays au monde qui puisse aligner autant de majors pour un secteur économique : Suez, Vivendi, Bouygues, Vinci, EDF.*<sup>2329</sup> On a assisté à l'ouverture des secteurs des télécoms, de l'électricité, du gaz, du transport aérien, et très récemment la libéralisation de La Poste, les « paquets ferroviaires » et la privatisation de la SNCF.

## II) LE SOUTIEN POLITIQUE DES ACTIVITES DES SECTEURS DE RESEAUX

Le modèle français de l'intervention étatique s'est adapté au contexte de l'économie mondialisée sans avoir privatisé des entreprises dans les secteurs de réseaux. Ainsi, le modèle du Colbertisme high-tech dans les télécommunications (A) ainsi que le

---

devenir la propriété de la collectivité »). Voir THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, op.cit p. 633.

<sup>2320</sup> LOISEAU (H.), « 1985-2000 : quinze années de mutation du secteur public d'entreprises », op.cit.

<sup>2321</sup> VARONE (F.), GENOUD (C.), « Libéralisation des services de réseau et responsabilité publique : le cas de l'électricité », op.cit.

<sup>2322</sup> Ibidem.

<sup>2323</sup> WISE (M.), « Droit et politique de la concurrence en France », op.cit., p. 16.

<sup>2324</sup> SABART (G.), « Les services publics de réseau », Thèse op.cit., p. 132.

<sup>2325</sup> Ibidem, p. 104.

<sup>2326</sup> LOISEAU (H.), « 1985-2000 : quinze années de mutation du secteur public d'entreprises », op.cit.

<sup>2327</sup> Ibidem.

<sup>2328</sup> Ibidem..

<sup>2329</sup> LORRAIN (D.), « Capitalismes urbains des modèles européens en compétition », op.cit., p. 220.

renforcement de l'opérateur historique dans le secteur de l'électricité (B) font partie de la stratégie de modernisation des secteurs de réseaux.

### A) Le Colbertisme *high-tech* dans les télécommunications

Dans les années 60, le secteur des télécommunications en France a été nationalisé, et la gestion de ce secteur relève du gouvernement. Ainsi, la direction générale des Télécommunication (DGT), assume les fonctions d'exploitation des services de ce secteur et en même temps celle de la réglementation. Ce cumul génère des problèmes dans l'exercice des activités économiques, notamment en ce qui concerne les rapports entre la DGT et ses clients.<sup>2330</sup> En conséquence, les télécommunications ont été réformées pour tenter de rattraper le retard tant sur la quantité des activités que sur la qualité des communications.<sup>2331</sup> Ainsi, les modes d'organisation et de gestion spécifiques ont été mis en place pour permettre à l'entreprise publique de s'adapter au contexte du développement technologique et de la mondialisation, sans passer par la privatisation.<sup>2332</sup>

Le secteur télécommunication est considéré comme un secteur stratégique à l'instar des secteurs de l'énergie, de l'industrie aéronautique. L'intervention de l'Etat dans ces activités a été la mise en place d'une organisation à l'échelle nationale pour la coopération entre le secteur de recherche et l'administration et les télécommunications dans l'objectif d'innovation.<sup>2333</sup> Ce mécanisme peut être défini par la notion de complexe postal-industriel. Cette notion ne rend pas seulement compte des liens privilégiés qui s'instaurent entre un opérateur et ses fournisseurs, elle souligne également que ce système de relations fonctionne comme une coalition de forces qui en assure le soutien politique.<sup>2334</sup>

Pour Élie Cohen, ce modèle d'intervention de l'État dans les télécommunications peut s'interpréter comme un colbertisme high-tech, version modernisée du contrôle de l'industrie par la commande publique.<sup>2335</sup> Ce système fonctionne grâce à une coopération organique entre une administration, un organisme de recherche public et un industriel national<sup>2336</sup>, reposant sur des normes et des valeurs communes.<sup>2337</sup> L'action du gouvernement français dans le secteur de télécommunication est typique de ce mode d'intervention particulière. Le colbertisme high-tech n'est pas l'exclusivité du secteur des télécommunications car il est apparu dans tous les secteurs industriels considérés par l'État comme une activité de souveraineté : l'énergie, l'industrie aéronautique, etc.

---

<sup>2330</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>2331</sup> ENCAOUA (D.), KOEBEL (P.), « Réglementation et déréglementation des télécommunications : leçons anglo-saxonnes et perspectives d'évolution en France », op.cit., p. 511.

<sup>2332</sup> VEDEL (T.), « De la régulation internalisée à la régulation externalisée dans le domaine des télécommunications », op.cit., p. 48.

<sup>2333</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>2334</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>2335</sup> COHEN (E.), *Le colbertisme high-tech. Économie des Télécom et du grand projet*, Paris, Hachette, 1992.

<sup>2336</sup> Ce système de relations a été développé sous d'autres appellations : « stratégie de l'arsenal » par Jean-Jacques Salomon, « Technocratie et innovation », *Politique industrielle*, n° 8, été 1987, p. 123 et s. , « modèle du grand projet » par BRENAC (E.), « La grande technologie entre l'État et le marché », *Actes du séminaire international des 8-9 novembre 1990*, Université Pierre Mendès-France, Grenoble, 1991.

<sup>2337</sup> VEDEL (T.), « De la régulation internalisée à la régulation externalisée dans le domaine des télécommunications », op.cit., p. 56.

## B) Le renforcement de l'opérateur historique dans le secteur de l'électricité

Dans le secteur de l'électricité, la politique française est radicalement différente du modèle anglais. La France manifeste la volonté de maintenir un système centralisé qui programme les différents moyens de production, de manière à satisfaire certaines options politiques d'indépendance énergétique. Les activités moins concernées par la politique, telle que la production, peuvent être exploitées par le secteur privé.

L'opérateur public EDF est considéré comme l'instrument de la politique industrielle et économique. Il assume des missions de services publics, notamment par la péréquation tarifaire qui consiste à appliquer le même prix de l'électricité sur tout le territoire national, y compris dans les départements d'outre-mer, malgré les différents coûts de production. L'État demeure investi directement et puissamment dans la communication, l'énergie et les transports, secteurs dans lesquels persistent les objectifs traditionnels du service public « à la française ».<sup>2338</sup>

Cependant, les ressources de l'opérateur sont souvent utilisées pour combler les déficits budgétaires, au point que l'on puisse parler de « prédation », ou à se désengager financièrement à l'égard d'autres.<sup>2339</sup> Il en résulte une confusion comptable qui ne permet pas d'évaluer les résultats réels des entreprises publiques.

La particularité de l'organisation de l'industrie électrique en France, considérée comme un service public, est la gestion conjointe de l'Etat et les communes ou leurs établissements publics de coopération. En effet, le gouvernement décentralise la fonction de distribution, ainsi cette dernière a été effectuée dans le cadre des concessions communales et intercommunales.<sup>2340</sup> Les réseaux de distribution appartiennent aux collectivités locales qui en concèdent l'exploitation à EDF ou aux distributeurs non nationalisés.<sup>2341</sup> Dans le cadre de la gestion des services publics locaux, l'Etat favorise la production d'électricité par les collectivités locales.<sup>2342</sup> La relation de tutelle a été assouplie par la mise en place des contrats de programmes pour cinq ans avec l'EDF.<sup>2343</sup> L'entreprise publique est toujours concessionnaire de la distribution auprès des collectivités locales, mais celles-ci interviennent peu dans la gestion.<sup>2344</sup>

Plus tardivement que le secteur des télécommunications, l'industrie électrique française a été restructurée pour la libéralisation.<sup>2345</sup> Ce processus nécessite une réorganisation de l'industrie électrique qui consiste à séparer les fonctions principales dans ce secteur. En effet, le gestionnaire de réseau occupe toujours la position de monopole légal, tandis que la fonction de fournisseur des services est soumise à la concurrence. Ainsi, l'opérateur historique qui l'Entreprise électricité de France (EDF), est devenu producteur et fournisseur d'électricité en situation concurrentielle, alors que les deux organisations : Réseaux de transport d'électricité (RTE) et Electricité réseau

---

<sup>2338</sup> DURUPTY (M.), « Les ouvertures de capital des entreprises publiques », op.cit., p.110.

<sup>2339</sup> BAUBY (P.), « Service public : de la tutelle à la régulation », op.cit., p. 26.

<sup>2340</sup> ISODORO (C.), *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire*, op.cit., p. 81.

<sup>2341</sup> IGD, La place de la gestion déléguée dans le secteur de l'électricité au lendemain de la loi du 10 février 2000, op.cit., p. 38.

<sup>2342</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>2343</sup> Voir ESCUYER (G.), « Le contrat de programme d'EDF », CJEG, 1971, p. 31.

<sup>2344</sup> BOUTTES (J.P.), « Régulation technique et économique des réseaux électriques », op.cit., p. 44.

<sup>2345</sup> Voir SAGUAN (M.), SAUTEL (O.), « L'ouverture à la concurrence du secteur électrique : rôle et gains du client », op.cit.

distribution France (ERDF) assurent la gestion des réseaux de transport et de distribution dans le cadre d'un monopole national et de monopoles locaux.<sup>2346</sup>

La libéralisation des secteurs de l'électricité et de télécommunication en France ont un point commun : une restructuration du secteur pour permettre l'accès des concurrents et le maintien du soutien politique pour donner une envergure internationale aux opérateurs historiques. En conséquence, la régulation mis en place dans ces secteurs doit relever de la responsabilité publique, car il s'agit d'une responsabilité relevant de l'essence même du politique.<sup>2347</sup>

### III) L'INTERVENTION DE L'ETAT DANS LA REGULATION

*Le fondement même de la régulation, c'est sa vocation à adapter un secteur d'activité économique aux objectifs des politiques publiques.*<sup>2348</sup> Le modèle de régulation française s'inscrit dans la tradition de l'interventionnisme étatique. En effet, la dimension forte de la politique est aux dépens de l'autonomie des autorités régulatrices indépendantes (ARI) qui fonctionnent comme des instruments de la politique économique de l'Etat.<sup>551</sup>

Les ARI ne constituent pas un pouvoir de régulation, *leur fonction est complémentaire et non substitutive à celle des autres organes étatiques.*<sup>2349</sup> Cependant, ces organisations bénéficient plus de souplesse et plus d'indépendance par rapport aux autres organisations administratives. Ainsi, l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) *partage les pouvoirs de régulation avec les ministres chargés de l'économie et des télécommunications, et avec le Parlement, particulièrement attentif aux questions relatives au service public, à travers la Commission Supérieure du Service Public des Postes et Télécommunications (CSSPPT).*<sup>2350</sup> Cependant, les décisions de l'ART ne sont que des avis techniques, il revient au ministre de tutelle de prendre la décision finale. En général, le rôle du régulateur *consiste à assurer le fonctionnement des systèmes socioéconomiques complexes en harmonisant les points de vue entre les divers intérêts en présence.*<sup>2351</sup> Ces organisations assurent le rôle de complément et de l'intermédiaire entre l'administration et la justice.

La fonction première des Autorités de régulation est la mise en œuvre de la libéralisation du secteur, ainsi elles sont créées avec l'ouverture à la concurrence des secteurs de réseaux. A la différence de la situation en Grande Bretagne, les organisations françaises assument la réglementation d'un secteur spécifique et ne sont pas compétentes *pour les questions de concurrences qui relèvent du Conseil de la concurrence.*<sup>2352</sup> Pour le gouvernement français, l'approche anglo-saxonne des régulateurs indépendants qui se concentre surtout dans les questions de la concurrence n'est pas suffisante pour gérer les enjeux multiples des secteurs de réseaux.

En France, l'intervention de l'Etat, sous forme de régulation a permis au secteur des télécommunications de développer la concurrence nécessaire pour le marché. *La régulation des activités de télécommunications a ainsi pour fonction de mettre ce*

---

<sup>2346</sup> CGEFI, L'ouverture à la concurrence des monopoles d'Etat, n° 1, avril 2013.

<sup>2347</sup> BAUBY (P.), « Service public : de la tutelle à la régulation », op.cit., p. 30.

<sup>2348</sup> NIVAULT (S.), « Retour sur une année de régulation dans le secteur des télécommunications, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2005.

<sup>2349</sup> Ibidem, p. 459

<sup>2350</sup> SABART (G.), « Les services publics de réseau », op.cit., p. 549.

<sup>2351</sup> Ibidem, p. 549.

<sup>2352</sup> Ibidem, p. 549.

*secteur économique « aux normes » de la libéralisation du marché et de son ouverture à la concurrence.*<sup>2353</sup> En effet, la fonction de régulation dans ce secteur est, en premier lieu d'assurer la concurrence pour le marché qui permet aux opérateurs privés d'accéder au marché. Pour réaliser cet objectif, l'autorisation accordée par le ministre de tutelle constitue le mécanisme principal. Ensuite la régulation doit surveiller que la concurrence fonctionne. En effet, le régulateur utilise les mécanismes de *péréquations tarifaires et de subventions croisées entre services, catégories d'usagers ou régions géographiques*<sup>2354</sup> pour assurer les fonctions de service public dans ce domaine. Dans le contexte de la libéralisation du secteur des télécommunications, les motifs de refus de l'autorisation doivent être définis et justifiés.<sup>2355</sup>

Dans le secteur électrique, *la Commission de régulation de l'énergie (CRE) veille sur l'absence de subventions croisées entre activités concurrentielles et non concurrentielles et à l'indépendance du gestionnaire du réseau à haute tension RTE. Le CRE veille au bon fonctionnement des marchés électriques et gaziers ; elle intervient en matière de service public, elle évalue le montant des charges de ses missions qui font l'objet d'une compensation : surcoût des zones non interconnectées (DOM-TOM), ou dispositif d'achat d'électricité éolienne.*<sup>2356</sup>

La production d'électricité au niveau local implique que la fonction de régulation soit assumée par les collectivités locales, dans les domaines concernés par leur compétence. Ces autorités interviennent dans la définition des tarifs dans le cadre de la mission sociale des personnes démunies. La politique de développement consiste à renforcer le réseau classique de distribution et investir dans les nouvelles sources d'électricité peu polluante ou renouvelable.<sup>2357</sup>

Le type de régulation mis en place est en fonction de la vision politique économique sociale de l'Etat. Les structures et le mode de fonctionnement sont variés selon le secteur dans lequel ces autorités de régulation doivent intervenir. *Celles qui fonctionnent bien sont celles qui ont réussi à surmonter ces enjeux politiques et se sont appuyées sur les processus juridiques et politiques pour gagner leur autonomie, que leur mission consiste à réguler des opérateurs publics ou privés.*<sup>2358</sup>

---

<sup>2353</sup> NIVAULT (S.), « Retour sur une année de régulation dans le secteur des télécommunications », op.cit.

<sup>2354</sup> VEDEL (T.), « De la régulation internalisée à la régulation externalisée dans le domaine des télécommunications », op.cit., p. 61.

<sup>2355</sup> Il s'agit notamment *des considérations d'ordre public, la défense ou la sécurité publique, les contraintes techniques liées à des disponibilités de fréquences, ou lorsque l'opérateur n'a pas la capacité technique ou financière de faire face durablement aux obligations résultant des conditions d'exercice de l'activité.* Voir LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseaux, télécommunications et électricité*, op.cit., p. 146.

<sup>2356</sup> LEVEQUE (F.), *Economie de la réglementation*, op.cit., p. 75.

<sup>2357</sup> SABART (G.), « Les services publics de réseau », Thèse op.cit., p. 39.

<sup>2358</sup> Plusieurs interlocuteurs (et Marin, 2009 et notes pp. 146-7) ont suggéré que les processus de PPP dans de nombreux pays ont contribué à élargir les systèmes de régulation, ce qui modifie la façon dont les opérateurs publics de l'eau sont perçus.

## Conclusion : TITRE 2

*La mondialisation est loin d'avoir engendré un monde sans frontières, ce qui laisse encore beaucoup de marge à l'interventionnisme de l'État.*<sup>2359</sup> A l'instar des PED, le rôle de l'Etat vietnamien, dans la lutte contre la pauvreté et l'inégalité sociale est déterminant. En ayant conscience que le régime stricte des contrôles et des interdictions n'est plus adapté au contexte de l'ouverture à l'économie de marché, le gouvernement cherche à renouer la confiance avec la société civile. La proclamation de l'Etat de droit ne doit pas être le signe adressé uniquement aux partenaires étrangers, l'Etat de droit est aussi le témoin de la crédibilité de l'Etat dans la relation avec les citoyens. En effet, *le droit apparaît ainsi comme un véritable ciment, qui permet d'intégrer les différents éléments constitutifs dans un ensemble conceptuel unifié et cohérent.*<sup>2360</sup>

Dans ce sens, l'intégration du concept de service public dans les services de réseaux est une piste de réforme pour *améliorer la structure des relations que l'Etat entretient avec la société civile.*<sup>2361</sup> La possibilité de revendiquer un droit qui oblige le pouvoir public à répondre à un besoin considéré comme essentiel pour la vie quotidienne peut être un facteur pour renforcer la conscience juridique de la population.

Le modèle français, critiqué par la politique communautaire européenne en raison de son caractère protectionniste, peut au contraire être source de référence pour la construction de l'Etat de Droit au Vietnam. *C'est la dimension juridique, nulle part ailleurs aussi forte, qui dote la notion française de service public d'une portée singulière ; la dogmatique juridique contribue, par un double processus d'objectivation, à consolider la représentation du service public et à cristalliser la réalité des services publics.*<sup>2362</sup>

Dans les pays développés, l'intervention de l'Etat *cherche à assurer les exigences d'intérêt général sans nuire aux forces de la concurrence,*<sup>2363</sup> indispensables pour

---

<sup>2359</sup> YIN-WAH (C.), « La reconstitution de l'alliance développementaliste en Corée et au Taïwan », *Critiques internationales*, n° 63, avril-juin 2014, pp. 41 et s., p. 42.

<sup>2360</sup> CHEVALLIER (J.), « La place du service public dans l'univers juridique contemporain », in ROUBAN (L.), (sous dir.), *Le service public en devenir*, L'Harmattan, Paris, 2000, pp. 21 et s., p. 21.

<sup>2361</sup> ROUBAN (L.), « Réformer ou recomposer l'Etat : les enjeux sociopolitiques d'une mutation annoncée », *RFAP*, n° 105/106 ; 2003, pp. 153 et s., p. 153.

<sup>2362</sup> CHEVALLIER (J.), « La place du service public dans l'univers juridique contemporain », op.cit., p. 21.

<sup>2363</sup> CHEROT (J.Y.), *Droit public économique*, Paris, Economica, 2002, p. 12.

l'innovation et le développement des activités économiques.<sup>2364</sup> Dans des pays aux structures économiques encore embryonnaires, il eut été plus réaliste d'explorer les voies d'un contrôle garantissant une gestion efficiente des entreprises publiques stratégiques plutôt que d'opter de façon radicale pour le « tout privé ».<sup>2365</sup> Un « droit économique mixte » serait, dans la phase actuelle sans doute plus adapté qu'un « droit économique libéral »<sup>2366</sup>.

La libéralisation des secteurs de réseaux implique la mutation du mode de contrôle étatique. La régulation n'est pas uniquement une fonction technique pour l'objectif de concurrence mais doit tenir compte des besoins des usagers et des citoyens ainsi que de la politique économique du Vietnam. La régulation doit associer une participation de toutes les parties concernées. Ainsi, une *régulation d'acteurs est sans doute plus efficace et démocratique qu'une régulation d'experts.*<sup>2367</sup>

Les expériences politico-administratives et économiques de la France et du Royaume-Uni sont des atouts pour le Vietnam. *Les Etats qui s'engagent dans le passage d'une économie administrée à une économie de marché, cherchent à tirer parti de l'expérience juridique française sur l'ensemble des questions relatives aux rapports entre les autorités publiques centrales ou locales et les entreprises publiques ou privées.*<sup>2368</sup>

---

<sup>2364</sup> MATOUSSI (M.S.), « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », in *Revue internationale de droit économique* 2001/3 (t. XV, 3), p. 251 et s., p. 296.

<sup>2365</sup> Ibidem, p. 296.

<sup>2366</sup> Ces expressions sont empruntées à CHAMPAUD (C), « Droit économique comparé et privatisation des économies administrées, in *Mélanges LOUSSOUARN*, pp. 119 et s.

<sup>2367</sup> BAUBY (P.), « Service public : de la tutelle à la régulation », in *Flux*, n°31-32, 1998. pp. 25 et s., p. 31.

<sup>2368</sup> CONSEIL D'ETAT, *L'influence du droit français dans le monde*, op.cit., 68.

## Conclusion générale

La lutte pour l'indépendance a permis au Parti communiste vietnamien de bâtir sa légitimité sur la capacité de mobiliser la population pour rétablir la souveraineté nationale. Cette légitimité est affectée après la guerre, en raison des difficultés du Parti pour accélérer le développement économique en stagnation du pays.

Le Vietnam s'est engagé dans la voie de la transition, à chaque réforme juridique effectuée, les principes de l'économie libérale s'affirment aux dépens des principes du socialisme, qui se défont avec le temps. Les défis actuels sont doubles, en premier lieu il s'agit des résultats concrets attendus des réformes de la politique de 'l'ouverture à l'économie de marché'. Ensuite, il est question de la *définition d'une nouvelle légitimité politique assise non plus sur les victoires militaires passées mais bien sur la gestion au quotidien des contraintes et opportunités*<sup>2369</sup> de cette politique.

Dans le contexte de la mondialisation, les puissances financières imposent les normes qui sont basées sur leurs systèmes de valeurs et leurs intérêts.<sup>2370</sup> Le Vietnam a besoin d'aides qui lui permettent de construire son propre modèle juridique nécessaire à l'intégration à l'économie de marché. Le nouvel intérêt que les dirigeants socialistes manifestent envers le droit *ne doit pas faire oublier la tradition de ce pays dans laquelle le droit étatique, quelle que soit la forme que revêt le régime en place, ne joue de rôle que de manière ponctuelle et dans un sens bien précis.*<sup>2371</sup> En effet, les autres formes de régulation de la société déterminent la manière dont les normes officielles seront appliquées. Les réformes politiques au Vietnam sont décrites ainsi : *un système d'organisation autoritaire dont les politiques sont contraintes par la nécessité pour l'environnement révolutionnaire d'être sensible aux intérêts et aux demandes populaires.*<sup>2372</sup>

La transition du Vietnam est d'autant plus compliquée que les mouvements de la globalisation ne cessent de changer le rapport entre le secteur financier et les autorités publiques. Pour améliorer les PPP au Vietnam, la démarche de l'analyse comparée ouvre une perspective nouvelle. Il s'agit de la construction d'un système juridique cohérent qui correspond à la culture du pays et qui renforce la légitimité du régime basé sur le concept de l'Etat de droit.

---

<sup>2369</sup> PAPIN (P.), « *Vietnam parcours d'une nation* », Edition Belin, La Documentation Française, Paris, 2003, p. 194.

<sup>2370</sup> HUGON (P.), «Droit, droits et économie du développement, Illustration à propos de l'alimentation », *Mondes en développement*, 2005/1, n° 129, pp. 13 et s., p. 21.

<sup>2371</sup> NGUYEN (N.D.), LEROY (C.E.), *Pluralité des approches juridiques de la pluriculturalité au regard de la conception du patrimoine en droit vietnamien*, disponible sur le site : [http://fr.jurispedia.org/index.php/Pluralit%C3%A9\\_des\\_approches\\_juridiques\\_de\\_la\\_pluriculturalit%C3%A9\\_au\\_regard\\_de\\_la\\_conception\\_du\\_patrimoine\\_en\\_droit\\_vietnamien](http://fr.jurispedia.org/index.php/Pluralit%C3%A9_des_approches_juridiques_de_la_pluriculturalit%C3%A9_au_regard_de_la_conception_du_patrimoine_en_droit_vietnamien), mis en ligne 2005, consulté le 17/12/2015.

<sup>2372</sup> Voir WOMACK (B.), "The party and the people: Revolutionary and postrevolutionary politics in China and Vietnam", *World politics*, n° 4, juillet 1987, p. 485.

L'Etat de droit vietnamien est un modèle unique, élaboré dans la tradition de l'accueil des modèles étrangers sans jamais les imiter de manière intégrale. La force du pays réside dans la capacité d'intégrer les progrès des autres pays en les adaptant au contexte national. Le problème qui se pose dans ce processus est la relation entre la règle de droit et la politique du PCV. La réception des règles de droit étrangères dans le système vietnamien est une question qui est en suspens. Comment le poids de l'idéologie va-t-il peser sur les nouveaux droits intégrés dans le système juridique en construction du Vietnam ? Comment changer les principes fondamentaux sur lesquels est construit le système communiste, notamment la récusation de la propriété privée et de la liberté contractuelle sans changer de régime ?

Les impératifs tels que l'unité nationale, la stabilité politique et sociale, la sécurité et l'ordre public sont prioritaires par rapport à la liberté fondamentale, à la sécurité juridique. Le concept de l'Etat de droit<sup>2373</sup> en cours de construction, intègre les garanties en termes de prédictibilité sans cependant renoncer à l'encadrement socialiste. Cette situation qualifiée « *thin rule of law* »<sup>2374</sup> se préoccupe plus des symboles nécessaires à une légitimation politique au niveau interne et à l'international que d'un réel changement du régime socialiste.<sup>2375</sup>

Les priorités du développement incitent les autorités publiques vietnamiennes à se tourner vers le modèle juridique anglo-saxon, connu pour son efficacité économique. Le droit comparé peut cependant élargir les perspectives de réformes juridiques du pays. En effet, *le droit comparé peut apporter sa pierre à la réflexion sur les régulations complexes du monde globalisé. Y compris d'ailleurs sur un plan normatif : c'est-à-dire en faisant des propositions sur ce que doivent être ces régulations, sur les valeurs dont elles doivent assurer le maintien (qu'il s'agisse des droits fondamentaux, des valeurs attachées à l'Etat de droit ou d'autre chose.)*<sup>2376</sup> Selon le professeur Auby, *dans l'univers de la globalisation, les enjeux tendent à devenir constamment et immédiatement concrets.*<sup>2377</sup> *Les autres systèmes juridiques ne sont plus seulement des modèles envisageables, des sources possibles d'inspiration. Ils sont des partenaires et des concurrents à la fois, dans les brassages juridiques que la globalisation opère.*<sup>2378</sup>

Le modèle étatique français, présente des valeurs identitaires nationales proches de celles recherchées par le Vietnam, notamment en ce qui concerne les rôles d'un Etat fort. En effet, la France présente une originalité, qui reste quasi exceptionnelle dans le monde : il y a *une identité non seulement entre l'Etat et la nation, mais encore une parfaite adéquation entre la nation, le peuple et le territoire.*<sup>2379</sup> Ainsi, la manière d'agencer une administration puissante et d'adopter une forme atténuée de libéralisme en France est une source d'inspiration pour les réformes au Vietnam. Les références du modèle de service public français peuvent ouvrir une nouvelle piste pour une approche qui *consiste à concevoir les services publics et le secteur public comme un levier pour transformer l'ensemble de la société vers plus de justice, de solidarité et d'efficacité.*<sup>2380</sup>

---

<sup>2373</sup> ECO (U.), *Le pendule de Foucault*, Paris, Grasset, Paris, 1990.

<sup>2374</sup> L'expression utilisée par PEERENBOOM (R.) dans son ouvrage *China's long march Toward Rule of Law*, Cambridge University press, 2002 et se réfère à une forme minimale d'une rule of law dépourvue de caractère démocratique qui pourrait donc exister dans des régimes autoritaires de type Singapour.

<sup>2375</sup> CHOUKROUNE (L.), « Droit et économie au Vietnam », op.cit., p. 907.

<sup>2376</sup> AUBY (J.B.), *La globalisation, le droit et l'Etat*, op.cit., p. 193.

<sup>2377</sup> AUBY (J.B.), *La globalisation, le droit et l'Etat*, op.cit., p. 191.

<sup>2378</sup> Ibidem, p. 191.

<sup>2379</sup> DAUBA (M.), RIZZI (M.), *Services publics*, Espères, Paris, 2004, p. 31.

<sup>2380</sup> Ibidem, p. 31.

Cette vision est en adhésion avec la politique de l'économie de marché à orientation socialiste du Vietnam.

En tant que partenaire, la France apporte des solutions complémentaires aux ressources matérielles des APD. En effet, les dispositifs de coopération et de développement de la France visent des résultats significatifs à long terme dans les pays bénéficiaires. *Le Vietnam a été intégré dans la Zone de Solidarité prioritaire (ZSP) et ainsi [peut] bénéficier de crédits de coopérations accrus.*<sup>2381</sup> Des projets de formations des professions judiciaires et des universitaires ont été mis en œuvre dans les années 2000 au Vietnam. Par ailleurs, dans le cadre de l'aide à la réforme de l'administration, de nombreux étudiants sont accueillis à l'Ecole nationale de l'Administration française.<sup>2382</sup> L'expertise française est présente au Vietnam, à travers les actions de l'AFD dans les études qui sont sources d'enseignements utiles pour les réformes du système administratif et juridique au Vietnam.

Par ailleurs, sur le plan international, les actions de la politique de coopération française sont un réel accompagnement pour le Vietnam dans sa transition juridique. En effet, les relations de longue date entre les deux pays traversent des périodes conflictuelles et pourtant elles ne sont jamais rompues de manière définitive.<sup>2383</sup> Dès le début de la période de l'ouverture du Vietnam à l'économie mondiale, la France a répondu présente pour soutenir la politique de *l'intégration vietnamienne dans la sphère financière internationale. Elle a toujours pesé de tout son poids pour faciliter les relations du Vietnam avec les pays donateurs ainsi que les organisations internationales.*<sup>2384</sup> Le réseau Francophonie des pays réunis par le partage de la culture et de la langue française offre au Vietnam un contexte favorable pour son intégration internationale.

Au-delà de l'idée d'un modèle de droit reproductible et qui présente des similitudes avec le système juridique vietnamien, la France est un partenaire qui accompagne le processus de l'évolution juridique et économique du Vietnam par sa vision traditionnelle des aides internationales axée sur le long terme.

---

<sup>2381</sup> CHOUKROUNE (L.), « Droit et économie au Vietnam », op.cit., p. 904.

<sup>2382</sup> Ibidem, p. 905.

<sup>2383</sup> Après des hauts et des bas, selon la période plus ou moins conflictuelle, la France renoue avec son ancienne colonie, à travers des activités dans de multiples domaines, économique mais aussi financier, culturel, juridique, pédagogique.

<sup>2384</sup> Ministère des Plans et des investissements, *Vietnam Scoop*, n.51, 1-14/2/1996.

# Bibliographie

## Ouvrages généraux

ALBIGES (A.), DUMONT-LEFRAND (M.P.), *Droit des sûretés*, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2011.

AUBERT (J.L.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Collin, Paris, 2004

CARBONNIER (J.), *Droit civil - Les biens*, PUF, Paris 1990

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, t. IV, 22<sup>ème</sup> éd. Refondue, PUF, 2000, n° 138

CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2002.

FIOUR (J.), AUBERT (J.L.), *Les Obligations*, tome 1 : *L'acte juridique*, Armand Colin, 7e éd. 1996, n° 101.

FLOUR (J.), AUBERT (J.L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, les obligations, l'acte juridique*, 12<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2006

GAUDEMET (Y.), *Droit administratif des biens*, Traité de droit administratif, tome 2, LGDJ, Paris, 2011

GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960

LARROUMET (C.), *Droit Civil, Tome II, Les biens, Droits réels principaux*, 4<sup>ème</sup> édition, Economica, 2004.

LEPAGE (H.), *Pourquoi la propriété ?* Hachette, Paris, 1985, p. 21

PATAULT (A.M.), *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Paris, 1989

PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 1<sup>er</sup> éd., t.1, 1907.

SALHORGNE (I.), SALBAING (C.), *Un nouveau concept de droit de propriété en Russie ?*

SEUBE (J.B.), *Droit des sûretés*, 4<sup>ème</sup> éd ,Dalloz, Paris, 2008

SIMLER (P.), DELEBECQUE (P.) , *Droit Civil, les sûretés, la publicité foncière*, 6<sup>ème</sup> éd.,Dalloz, Paris, 2012

SKODA (D), *La propriété dans le code civil de la fédération Russie : un système entre deux transitions* , Nouvelle bibliothèque de thèse, 2007, Paris, p. 236

THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, 2002

YOLKA (P.), *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, LGDJ, Paris, 1997

## Ouvrages spécialisés

AUBY (J.B.), *La globalisation, le droit et l'Etat*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 2010

AYNES (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, Paris, 1984

BALDWIN (R.), SCOTT (C.) et HOOD (C.) (éd.), *A Reader on Regulation*, Oxford University Press, 1998

BARTOLI (A.), *Le management des organisations publiques*, Dunod, Paris, 1997

BASTE (M.), *Suivi et évaluation des politiques publiques et des programmes*, Economica, Paris, 2008

BEATSON (J.), FRIEDMANN (D.), *Good faith and Fault in Contract Law*, OUP, 1995

BELLEY (J.G.), *Le contrat entre droit économie et société*, Yvon Blais, Paris, 2006.

BERESFORD (M.), *Viet Nam. Politics, Economics and Society*, Londres et New York, Pinter Publishers, 1988

BERGERE (F.), BEZANCON (X.), DERUY (L.), FISZELSON (R.) et FORNACCIARI (R.), *Le guide opérationnel des PPP*, Editions le Moniteur, Paris, 2007

BESANCON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, Paris, LGDJ, 1999, 2<sup>ème</sup> tirage avec mise à jour 2001

BETTINGER (C.), *La gestion déléguée des services publics dans le monde, concession ou BOT*, Berger-Levrault, 1997

BETTIO (N.), *La circulation des biens entre personnes publiques*, Paris, LGDJ, coll. Biblio. des thèses, t.265, 2011

- BOUCHER (L.) « Construction publique, l'impact des montages innovants », *MTPB* 24 déc. 1993
- BOUKAERT (G.), POLITT (C.), *Public Management Reform, a Comparative Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2000
- BROWNSWORD (R.), *Contract Law, Themes for the twenty-first century*, 2<sup>de</sup> éd. OUP, 2006
- BRUNSSON (N.), OLSEN (J.P.), *The Reforming Organization*. London and New York : Routledge, 1993
- BURLAUD (A.), LAUFER (R.), *Management public*, Paris, Dalloz, 1980
- CABESTAN (J.P.), *L'administration chinoise après Mao, les réformes de l'ère Deng Xiaoping et leurs limites*, Ed. du CNRS, 1992,
- CABILLAC (R.), *les codifications*, PUF, 2002
- CAILLOSSE (J.) et HARDY (J.), « *Droit et modernisation administrative* », La Documentation Française, Collection. 'perspectives', Paris, 2000
- CAMPAGNAC (E.), *Evaluer les partenariats public-privé en Europe*, Presses de l'Ecole nationale des Ponts et chaussées, Paris, 2009
- CHAMPAUD (C.), *Le pouvoir de concentration de la société par action*, Paris, Sirey, 1962
- CHEROT (J.-Y.), *Droit public économique*, Paris, Economica, 2002
- CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), (réunis par), in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Université Montpellier 1, Montpellier, 2006
- CHRISTENSEN (T.), PETERS (B.G.), *Structure, Culture and Governance: A Comparative Analysis of Norway and the United States*, Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1999.
- COASE (R.H.), *The nature of the Firms*, Economica, vol.4, 1937
- COLIBERT (J.), DES ROBERT (J.F.), *Les normes IPSAS et le secteur public*, Dunod, Paris, 2008
- CONDETTE- MARCANT (A.S.), *Bâtir une généralité : le droit des travaux publics dans la généralité d'Amiens au XVIIIe siècle*, Paris, CHEFF, 2001
- DAUBA(M.), RIZZI (M.), *Services publics*, Espère et Temps des cerises, Paris, 2004
- DAVID (R.) PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit Anglais, 2<sup>e</sup> édition*, LGDJ, Paris, 1985
- DAVID (R.) et JAUFFRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis 11 éd, Dalloz, Paris, 2002
- DELANDE (P.), *Vietnam Dragon en puissance, facteurs politiques, économiques, sociaux*, L'harmattan, Paris, 2007

- DENIS-JUDICIS (X.), PETIT (J.P.), *Les privatisations*, Montchrestien, 1998
- DOUENCE (J-CL.), *L'action économique locale : décentralisation ou recentralisation*, Economica, 1988
- ECO (U.), *Le pendule de Foucault*, Paris, Grasset, Paris, 1990
- EMINESCU (Y.), POPESCU (T.), *Les codes civils des pays socialistes-étude comparative*, Bucarest et Paris, Ed. Aca. Répu. Soc. Roumanie et LGDJ, 1980
- ELSTER (J.), *The Cement of Society. A study of Social order*, Cambridge university Press, Cambridge, 1989
- FAUCHER-KING (F.), LE GALES (P.), *Tony Blair (1997- 2007)*, Nouveaux débats, Presses de Sciences Po, 2007
- FERAY (P.R.), *Le Viêt-Nam*, P.U.F. « Que sais-je ? », 2001
- FINLANGER (L.), *Le statut de l'équilibre contractuel*, LGDJ, Paris, 2002
- FURMSTON (M.), CHESHIRE, FIFOOT, *Law of Contract*, 15e éd., Oxford, 2007
- FOULKERS (D.), *Administrative law*, Butterworth & Co Publishers Ltd; 5th Revised edition, 1982
- GIRONDE (C.), MAURER (J.L.), (dir.), *Le Vietnam, à l'aube du XXème siècle, Bilan et perspectives politiques, économiques et sociales*, Paris, Editions Karthala / IUED / CRAM, 2004
- GARAPON (A.), *Le gardien des promesses Justice et démocratie*, éd. Odile Jacob, Paris, 1996.
- GAUDEMET (Y.), *Partenariat public privé en France*, Dalloz, Paris, 2008.
- GAUTHIER (D.), *Morals by Agreement*, Oxford University Press, Oxford, 1986
- GHESTIN (J.), *La formation du contrat*, éd. 1993, n° 8 et 10.
- GINOCCHI (D.), GUINARD (D.), MAFFESOLI (S.M.), ROBBE (S.), *Les modèles juridiques français et américain : influences croisées*, L'Harmattan, Paris, 2009
- HALPERIN(J.-L.), *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, Paris, 2009
- HARDEN (I.), *The contracting state*, Open University Press, coll. Studies in law and politics, Oxford 1992.
- HARRIS (D.), CABBELL (D.), HALSON (R.), *Remedies in Contract & Tort*, 2ème éd., London, Butterworth, 2002
- HAYEK (F.), « Droit, législation et liberté », t.2, « Le mirage de la justice sociale », 1976, trad. par R.AUDOIN, PUF, Paris, 1995
- HOEPFFNER (H.), *La modification du contrat administratif*, Paris, LGDJ, Biblio. De droit public t.260, 2009
- ISODORO (C.), *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire*, Paris, 2006

- JOUANJAN (O.), *L'esprit de l'Ecole historique du droit, Textes inédits en français de F.C. von Savigny et G.F. Puchta*, éd. Etude broché, 2004.
- JIAYOU (S.), *La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 473, Paris, 2006
- JOURNES (C.), *L'Etat Britannique*, Publisud, 1994,
- KERHUEL (A.J.), *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010
- KIRAT (T.), *Economie et contrat administratif*, La documentation française, Paris, 2005
- KORNAI (J.), *The Road to a Free Economy: Shifting from a Socialist System —The Example of Hungary*, W. W. Norton New York, 1990
- KRIEF-SEMITKO (C.), *La valeur en droit civil français*, L'harmattan, Logiques juridiques, 2009
- LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseaux, télécommunications et électricité*, Bruylant, Bruxelles, 2002
- LAITHIER (Y.M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LCDJ, Paris, 2004
- LASCOUMES (P.), LE GALES (P.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004,
- LAURENT (L.), *Les grands courants du libéralisme*, collection Armand Colin, 1998
- LAVIGNE (M.), *Economie du Vietnam : Réforme, ouverture et développement*, coll. "Pays de l'Est", L'Harmattan, Paris, 1999, p. 58.
- LAWSON (F.H.), RUDEN (B.), *The Law of property*, 2ème éd. Oxford, Clarendon Press, 1982
- LEBRETON (J.P.), *Le contrat administratif*, La documentation française, n° 2.11, édition 1993, Paris
- LEVEQUE (F.), *Economie de la réglementation*, La découverte, Paris, 2004
- LICHERE (F.), MARTOR (B.), PEDINI (G.), THOUVENOT (S.), *Pratique des partenariats public privé*, Litec, Paris, 2009
- LIGNIERES (P.), *Partenariats public privé*, Lexis Nexis, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, 2005
- LORENZI (J.H.), BOISSIEU (C.de), MISTRAL (J.), « *Les normes comptables et le monde post-Enron* », Paris, La Documentation Française, 2003.
- LYONNET DU MOUTIER (M.), *Financement de projet et partenariats public-privé*, 2ème édition, Paris, 2012,
- MAC NEIL (I.R.), *The new social contract. An inquiry into Modern Contractual Relation*, Yale University Press, 1980
- MARANGE (C.), *Le communisme vietnamien*, Les presses de Sciences Po, Paris, 2012

- MARCOU (G.), FOLLIOU-LALLIOT (L.), GORDON (D.I.), SCHOONER (S.L.), SCHWARTZ (J.), YUKINS (Ch.), (sous la dir.), *Le Contrôle des marchés publics*, IRJS éditions, Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne –André Tunc, Paris, 2009
- MARTY (F.), VOISIN (A.), TROSA (S.), *Les partenariats public privé* , La découverte, Paris, 2006,
- MASSENET (M.), *La nouvelle gestion publique*, Paris, Editions d'organisation, 1975
- MONTANIER (J.C.), *Le contrat en droit anglais*, Presses universitaires de Grenoble, 1999
- MORAND-DEVILLER (J.), *Droit administratif des biens*, Paris, Montchrestien, 2012
- MULLER (E.), *Les instruments juridiques des PPP*, L'Harmattan, Paris , 2011
- NIMROD (T.R.Y.), *Build, Operated, Transfert, Modalité de Partenariat public-privé, approche laws and economics*, Larcier, Bruxelles, 2013
- NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous la dir.), *Droit comparé des Contrats publics*, Paris, Bruylant, 2010
- NOYES (C.R.), *The institution of Property, A study of the Development, Substance and Arrangement of the system of Property in Modern Anglo-American Law*, New York – Toronto – longmans, Green &Co, 1936
- PAPANDREOU-DETERVILLE (M.F.), *Le droit anglais des biens*, LGDJ, Paris, 2004
- PAPIN (P.), « *Vietnam parcours d'une nation* », Edition Belin, La Documentation Française , Paris, 2003
- PEERENBOOM (R.), *China's long march Toward Rule of Law*, Cambridge University press, 2002
- PIQUET (H.), *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2005
- PLUCHART (J.J.), *L'ingénierie financière de projet*, Editions d'Organisation, Paris, 2000,
- RAMBAUD (R.), *L'institution juridique de régulation*, L'Harmattan, Paris, 2012
- RODIERE (R.) (sous dir.), *Les vices du consentement dans le contrat*, Paris, Institut de droit comparé de Paris, éd. Pedone, 1977
- SACCO (R.), *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991
- SAUSSIER (T.), TIROLE (J.), *Renforcer l'efficacité de la commande publique*, Les notes du Conseil d'analyse économique, n° 22 avril 2015, p. 7 et s.
- SCHWARTZ (G.), CORBACHO (A.), FUNKE (K.), *Public Investment and Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2008

- SCHULTZ (P.), *Eléments du droit des marchés publics*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2002, 2<sup>ème</sup> éd.
- SCMIDT (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Paris, Sirey, 1970
- SPYRIDON (F.), *Administrative Law et droit administratif*, LGDJ, Paris, 1986
- STIGLITZ (J.E.), *La grande désillusion*, Paris, Fayard, 2002,
- STOFFAËS (C.), *Services publics question d'avenir*, Paris, Odile Jacob, La documentation Française, 1995
- TERNEYRE (P.), *Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs*, : Etudes et documents du Conseil d'Etat n° 39, La documentation française, 1988
- TERRIEN (G.), *L'appel d'offres sur performances*, édit. Eka, 2003.
- TESTU (F.X.), *Contrats d'affaires 2010/2011*, Dalloz Référence, 1<sup>es</sup> éditions, Paris, 2010
- THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, 2002,
- TOLEDO (A.M ), LIGNIERES (P.), « *Le financement de projet 2è édition*, LGDJ, Paris,1985.», Paris , Joly, 2002
- TOPHAM, IVAMY, *Company Law*, 15ème éd., London, Butterworth&Co (Pub.) Ltd, 1974
- TREITEL (G.H.), *An Outline of the Law of Contract*, 6e éd., Oxford, 2004
- TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Presses Universitaire d'Aix Marseille, Aix en Provence, 2012
- TIXIER (P.E.), (sous la dir.), *Du monopole au marché, la stratégie de modernisation des entreprises publiques*, La Découverte, Paris, 2002,
- TREITEL (G.H.), *An Outline of the Law of Contract*, 6<sup>e</sup> éd., Oxford, 2004
- VALETTE (J.P.), « *Droit des services publics* », Ellipses, Paris, 2006,
- VANDERLINDEN (J.), *Le concept de Code en Europe occidentale du XIIè au XIXè siècle, Essai de définition*, Edition de l'Institut de Sociologie, Université libre de Bruxelles, 1967
- VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative* , Bruxelles, BRUYLANT, 2005
- VILLAIN-COURRIER (A.E.), *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Dalloz, Paris, 2004
- VINCENT-JONES (P.), *The New Public Contracting : Regulations, Responsiveness, Relationality*, OUP, Oxford, 2006
- VLADIMIR (A.) (dir.), *Analyses économiques de la transition postsocialiste*, Recherches, La Découverte, Paris, 2002

WALDOCK (Sir H.C.M.), *The Law of Mortgages*, 2<sup>nd</sup> éd., Londres, Sweet&Maxwell, 1950.

WEIR (T.), *A Casebook on Tort*, 8<sup>ème</sup> éd., Londres, Sweet&Maxwell, 1996.

WILLIAMSON (O. E.), *Markets and Hierarchies: Analysis and antitrust implications*. The Free Press, New York, 1975

WILLIAMSON (O.E.), *The Economics Institutions of Capitalism*. Free Press New York, 1985

ZIAMI (S.), *Du Service public à l'obligation de service public*, LGDJ, Issy les Moulineaux, 2015

YESCOMBE (E.R.), "Public-Private partnership principles of Policy and Finance", Elsevier, Oxford, 2007, p.

## Articles, chroniques, contributions aux mélanges

ACEMOGLU D., JOHNSON S., ROBINSON J. A., « The Colonial Origins of Comparative Development : An Empirical Investigation », *American Economic Review*, 2001.

ALLISON (G.T.), « Public and Private Management. Are they fundamentally Alike in all Unimportant Respects », in SHAFRITZ (J.M.), HYDE (A.C.), (eds), *Classics of Public Administration*, Homewood Dorsey, 1987

ALPHANDERY (C.), « Un avenir fondé sur les valeurs de l'Economie sociale et solidaire », *ENA hors les murs*, n° 248, janvier-février 2012, pp. 4 et s.

ANCEL. (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Rev. trim. dr. civ.*1999

ANGLES (B.), « Les partenariats public-privé, l'avenir du financement des infrastructures », *Revue d'économie financière*, n° 108, 2012/4, pp.221 et s.

ANTOINE (J.), « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties, analyse entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *RFDA*, 2004, pp. 80 et s.

APPELBAUM (R.), « Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger », *AJDA*, 2004, p. 1759 et s.

ATIAS (C.), « Restaurer le droit de contrat », in *D.* 1998

AUBY (J.B), MAUGUE (C.), « Les contrats de délégation de service public », *La semaine juridique*, Ed. JCP, n°9, mars 1994, p. 114, n° 3743.

AUBY (J.B.), « Intervention », in IGD, *La régulation des services publics locaux*, février 2000

AUBY (J.B.), « Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français », in AUBY (J.B.), FREEDLAND (M.), (dir.), *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, L.G.D.J., Paris, Ed. Panthéon Assas, 2004, pp. 19 et s.

AUBY (J.F.), « Les contrats de partenariats sont-ils nécessaires ? », *RFDA*, 2004, p.1095 et s.

AUBY (J.B.), « Régulation et droit administratif », in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 209 et s.

AUBY (J.B.), BREEN (E.), « Actualité du droit anglais des contrats publics », in *RFDA*, 2006, pp. 1013 et s.

AUBY (J.B.), « Le droit administratif français vu du droit comparé », in *AJDA*, 2013, p. 407 et s.

AUBERT (C.), BONTEMPS (P.), SALANIE (F.), « Le renouvellement périodique des contrats de concession : le cas des services de l'eau », *Annales of Public and Cooperative Economics* 77 : 4, 2006, pp. 495 et s

AUDETTE-CHAPELAINE (M.), TREMBLAY ( B.), DUPRÉ ( J.P.), « Les partenariats public-privé dans le secteur des services d'eau », *Revue française d'administration publique* 2/2009 (n° 130) , p. 233 et s.

BACHIR (M.), « Les aspects pratiques des partenariats public-privé » De la rhétorique néolibérale... aux enjeux, défis et risques de gestion des PPP, *Revue française d'administration publique*, 2009/2 n° 130, p. 215 et s.

BAKKER (K.), « Participation du secteur privé à la gestion des services des eaux : tendances récentes et débats dans les pays en voie de développement », *Espaces et sociétés* 2009/4 (n°139), p. 91 et s.

BALME (S.), « Communisme et schizophrénie », L'individu face au droit dans la société chinoise Postrévolutionnaire », *Raisons politiques*, 2001/3 no 3, p. 67 et s.

BAUBY (P.), « Service public : de la tutelle à la régulation » in *Flux*, n°31-32, 1998. pp. 25 et s.

BAUBY (P.) « L'Europe des services publics : entre libéralisation, modernisation, régulation, évaluation », in *Politiques et management public*, vol. 20 n° 1, 2002

BAUBY (P.), « Les modèles de service public, quels modèles de service public dans les pays de l'OCDE », *Cahiers français*, n°339, juillet-août, 2007 , p. 21 et s.,

BEAUD (O.), « Doctrine » in ALLAND (D.), RIALS (S.), (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003

BECKETT (J.V.), SANCONIE (M.), « La propriété foncière en Angleterre aux XVIIIe et XVIIIe siècles », in *Histoire, économie et société*, 1999, 18e année, n°1. Terre et paysans, pp. 25 et s.

BELL (J.) « Le service public : l'expérience britannique », *AJDA*, n° spécial sur le service public, 20 juin 1997, p. 130 et s.

BELL (J.), BIRKINSHAW (P.), « Le service public britannique », in A.Lyon-Caen Champeil-Desplats (ss dir.de), *Services publics et droits fondamentaux dans la constitution Européenne*, Dalloz, 2001, p.49 et s.

BENCHIKH (L.), « La définition des besoins et le choix du bon contrat », *Contrats publics*, n° 100, juin 2010 pp.100 et s.

BERESFORD (M.), “ Doi Moi in review: The challenges of building market socialism in Vietnam ”, *Journal of Contemporary Asia*, 38:2, pp. 221 et s., 2008.

BERTHELEMY (J.C.), SEBAN (J.), « Dépenses de santé et équité dans l'accès aux services de santé dans les pays en développement », *Revue d'économie du développement* 1/2009 (Vol. 23), p. 33 et s.

BEZES (P.), « État, experts et savoirs néo-managériaux. Les producteurs et diffuseurs du New Public Management en France depuis les années 1970 », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2012/3 n° 193, p. 16 et s.

BIOY (X.), « La propriété éminente de l'Etat », *RFDA*, 2006, p. 963 et s.

BIRKINSHAW (P.), BREEN (E.), « Contrats publics et contractualisation de l'action publique : un point de vue anglais », *RFDA* 2006

BLANKEN (A.), DEWULF (G.), « Evaluer la *value for Money* : vers un cahier d'évaluation? », in CAMPAGNAC (E.), “Evaluer les partenariats public-privé en Europe”, Presses de l'Ecole nationale des Ponts et chaussées, Paris, 2009, pp. 225 et s.

BODIGUEL (M.), BULLER (H.), « Gestion publique ou gestion privée de l'eau ? une réflexion franco-britannique », *Hydrologie dans les pays celtiques*, Rennes, 8-11 juillet 1996, Ed. INRA, Paris, 1996, (Les Colloques n°79), pp. 443 et s.

BOUDET (J.F.), France domaine ou la réforme politique immobilière de l'Etat en marche, pp. 17 et s., in GOFFE (M.), (sous dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur GODFRIN Phillippe, Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique*, collec. Droit public, Paris, 2014

BOUTHINON-DUMAS (H.), « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », in *RIDE*, 2001/3, pp. 339 et s.

BOUTTES (J.P.), « Régulation technique et économique des réseaux électriques », in *Flux*, n°2, 1990, pp. 43 et s.

- BRACONNIER (S.), NOGUELLOU (R.), « L'influence de la crise économique sur les marchés publics et contrats de partenariat », *RDI*, 2010, p. 24 et s
- BRACONNIER (S.) « Financement et passation des marchés publics et contrats de partenariat dans un contexte de crise économique », *RDI*, 2009.
- BRACONNIER (S.), NOGUELLOU (R.), « L'influence de la crise économique sur les marchés publics et contrats de partenariat », *RDI*, 2010
- BRACONNIER (S.), DELELIS (Ph.), « Partenariats public-privé : Guide des mauvaises pratiques », *Contrats et marchés publics*, n°12, décembre 2010, p.46 et s.
- BRECHON-MOULENES (C.), « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 1998, p.643 et s.
- BREEN (E.), « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », in *RFDA*, 2003, p. 1159 et s.
- BRENNER (R.), « Agrarian class structure and economic development in pre-industrial Europe », *Pass and Present*, 70, 1976, pp. 30 et s.
- BRENET (F.), « La théorie du contrat administratif, évolutions récentes », *AJDA*, 2003, p. 919 et s.
- BRENET (F.), « L'argument de droit comparé et les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 », in MELLERAY (F.) (sous dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Coll. Droit administratif, administrative law, 2007, Bruxelles, pp. 111 et s.
- BRENET (F.), MELLERAY (F.), « La loi n° 2008-735 du 28 juillet relative aux contrats de partenariats : une étape décisive du « plan de stimulation du partenariat public privé ? », *RJEP*, nov. 2008, n° 658
- BREUIL (L.), NAKHLA (M.), « Concilier efficacité et service public dans les concessions de service d'eau et d'assainissement dans un environnement institutionnel incertain », in *Revue d'économie industrielle*, Vol. 111, 3e trimestre 2005, pp. 9 et s.
- BREUILLARD (M.), « Le Partenariat public-privé au Royaume-Uni, une autre conception de l'économie mixte ? » in GUERARD (S.), (sous dir.), *Regards croisés sur l'économie mixte, approche pluridisciplinaire, droit public et droit privé*, L'Harmattan, Paris, 2006, pp. 197 et s.
- BREWER (B.), HAYLLAR (M.), « Renforcer la confiance grâce aux partenariats public-privé », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2005/3, vol. 71, p. 543-562
- BRONCKERS (C.E.J.), « Les télécommunications et l'Organisation mondiale du commerce », *AJDA*, 1997

BROUSSEAU (E.), GLACHANT (J.M.), « Introduction : Économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », in *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2e et 3eme trimestre, 2000, pp. 23 et s.

BROUSSEAU (E.), « L'économiste, le juriste et le contrat », in GHESTIN (J.), *Le contrat au début du XXème siècle*, LGDJ, Paris, 2001

BROUSSEAU (E.), FARES (M.), « Règles de droit et inexécution du contrat : l'apport de la théorie économique des contrats au droit comparé », *REP*, 112 (6), nov-déc. 2002, pp. 823 et s

BROUSTAIL (J.), PALAORO (G.), « La formation des élites managériales dans les économies en transition : les exemples du Cambodge, du Laos, du Viêt-Nam et de la Thaïlande », *Entreprises et histoire*, 2005/4 n° 41, pp. 51 et s.

BUREAU (D.), MOUGEOT (M.), « Mesure de la performance et incitations dans la gestion publique », *Rapport Conseil d'Analyse Economique*, La documentation française, Paris, 2007, pp. 7 et s.

BUREAU (D.) *et al.*, « Mesurer la performance de la gestion publique à la lumière de l'analyse économique », *Revue Française des Affaires sociales*, 2010/1 n° 1-2, p. 89 et s.

BURNETT (M.), « Dix ans de PFI au Royaume-Uni », *Contrats publics*, n° 81, octobre 2008, pp. 93 et s.

BURY-LUCAS (E.), « Genèse d'une nouvelle catégorie de contrats dans l'univers français des financements de projets : les partenariats publics-privés », *Gazette du Palais*, 9 juin 2005, n° 160, p.141 et s.

CAMPAGNAC (E.), « De l'équipement au service, la métamorphose des organisations: coopération, gestion du risque et techniques contractuelles dans les nouveaux partenariats publics privés », in AZAN (W.), BARES (F.) et CORNOTI (Ch.) (dir.), *Logiques de création : enjeux théoriques et management*, Paris, L'Harmattan, 2006, pp. 137 et s.

CAMPAGNAC (E.), « Contribution à l'analyse des contrats de partenariat public privé en France et au Royaume-Uni », *RFAP*, n° 130, 2009, pp. 365 et s.

CAMPBELL (S.), « Le secteur des infrastructures en Asie du Sud-est », *Campus International Asie 2014*

CAPRON (M.), « Les enjeux de la mondialisation des normes comptables », *L'Économie politique* 2007/4 (n° 36), p. 81 et s.

CARRERE-D'ENCAUSSE (H.), « Uniformité et diversité : les voies de développement d'une communauté socialiste », *Pouvoirs*, n° 21, 1982

CASAVOLA (H.C.), « Global rules for public procurement », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous la dir.), *Droit comparé des Contrats publics*, Paris, Bruylant, 2010, pp. 27 et s.

CERRUTI (C.), « Bilan de la *Private Finance Initiative* au Royaume-Uni », *La revue du Trésor* Mars avril 2007, p. 222 et s.

CHAIGNEAU (A.), « Le droit de propriété en Russie : l'évolution d'une catégorie juridique au gré des bouleversements politiques et économiques » In: *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 38, 2007, n°2. Les mutations du droit et de la justice en Russie. pp. 77 et s.

CHAMPAUD (C.), « Droit économique comparé et privatisation des économies administrées, in *Mélanges LOUSSOUARN (Y.), L'internalisation du droit*, Dalloz, Paris, 1999, pp. 119 et s.

CHANTIRI-CHAUDEMANCE (R.), « Le cadre conceptuel américain (1978-1985) : un tournant dans la pensée comptable ? », *Normalisation comptable, Actualités et enjeux, Académie des sciences et techniques comptables et financières*, 2014, p.81 et s., spéc., p. 85.

CHESNAIS (F.), «Le capital de placement : accumulation, internationalisation, effets économiques et politiques », in *La France mondialisée, racines sociales et politiques, configuration, conséquence*, édition La saxon Découverte, Paris, 2004, pp. 15 et s.

CHEVALLIER (J.), LOSCHAK (D.), « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *Revue française d'administration publique*, n° 24, octobre-décembre 1982, pp. 679 et s.

CHEVALLIER (J.), «La place du service public dans l'univers juridique contemporain » in ROUBAN (L.), (sous dir.), *Le service public en devenir*, L'Harmattan, Paris, 2000, pp. 21 et s., p. 22

CHEVALLIER (J.), « Les nouvelles frontières du service public », *Regards croisés sur l'économie*, 2007/2 n° 2, p. 14 et s.

CHEVRIER (Y.), « De la révolution à l'Etat par le communisme », *Le Débat*, n° 117, novembre-décembre 2001, p. 92 et s.

CHOUKROUNE (L.), « Droit et économie au Vietnam », in *RIDC*, 4-2004, octobre-décembre, pp. 892 et s.,

CHOURAQUI (G.), « Les privatisations en Grande-Bretagne: les leçons d'une expérience », in *Revue française d'économie*, volume 4, n°2, 1989, pp. 43 et s.,

CHRISTENSEN (T.)et al., « La réforme administrative au sein de l'administration centrale chinoise - L'importance de « l'inspiration occidentale » », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2008/3 Vol. 74, pp. 371 et s.

COMBY (J.), RENARD (V.), ACOSTA (R.), « Russie 1992 : privatisations hors marché », in *Études foncières*, 1992, n°55, pp. 46 et s.

COLSON (A.), « Contrat et négociation », in *Contrats publics mélanges en l'honneur du professeur M.Guilbal*, Presses de l'université de Montpellier, 2006, Montpellier, pp. 13 et s.

CONINCK (B.de), in FONTAINE (M.), (sous la dir.), *Le processus de formation du contrat*, LGDJ, 2002

COX (A.), « La privatisation, l'Etat et l'intérêt national en Europe occidentale : quelques leçons de l'expérience britannique pour la France. In *Politiques et management public*, vol. 5, n° 3, 1987

CRAIG (P.), « Specific powers of public contractor », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 173 et s.

CROME (C.), « Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français », in *Le Code civil 1804-1904 livre du Centenaire*, réédition, Dalloz, 2004, présentation J.L. Halpérin,

CROZET (Y.), « Trente ans de déréglementation : quel bilan ? », *Regards croisés sur l'économie* 2007/2 (n° 2), p. 118 et s.

CUMYN (M.), « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématique du droit », *Les cahiers de droit*, , vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 351 et s.

CUSSET (J.M.), « Expertises étrangères et expertises locales, le cas des villes au Vietnam », *Géocarrefour*, vol 80, 3/2005, pp. 227 et s.

DANET (D.), « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », *RIDE*, 1993, n° 1, pp. 5 et s.

DAOKUI LI (D.), WANG (Y.), « Market Socialism in China and Vietnam : Why has it Worked so Far ? », in KORNAI (J.), QIAN (Y.), *Market and Socialism, in the Light of the Experiences of China and Vietnam*, Palgrave Macmillan; First Edition, 2008, pp. 224 et s.

DAVIES (A.C.L.), COURRIER (A.E.), (traduc.), « Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation ? », *RFDA*, 2006

DAWN (O.), « Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ? », In *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 53 N°2, Avril-juin 2001, pp. 327 et s.

DEAKIN (S.), WILKINSON (F.), « Coopération, droit des contrats et performances économiques », in KIRAT (T.), SERVERIN (E.) (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, pp. 159 et s.

DEBOUZY (O.) « Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public », *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 319 et s.

DEFFAINS (B.), OBIDZINSKI (M.), « Vers de nouveaux questionnements : production, design et évolution des systèmes juridiques », in DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.), (sous dir.), *Analyse économique du droit, principes, méthodes, résultats*, De Boeck, Ouvertures économiques, Bruxelles, 2009, pp. 376 et s.

DEFFAINS (B.), « Pour une théorie économique de l'imprévision en droits des contrats », *RTDCiv.*, 2010, pp. 719 et s.

DEFFONTAINES (G.), « L'évaluation des partenariats public-privé par les acteurs financiers : la commande publique à l'aune des critères de rentabilité financière », in CAMPAGNAC (E.), *Evaluer les partenariats public-privé en Europe*, Presses de l'Ecole nationale des Ponts et chaussées, Paris, 2009, pp. 287 et s.

DEGENNE (V.), « Un nouveau modèle comptable et fiscal pour une nouvelle forme de partenariat », *Cahiers de droit de l'entreprise n°4*, juillet-août 2006, p. 43 et s.

DELELIS (P.), « Partenariats public-privé », in *J-Cl Adm.* Fasc. 670, 2005, n° 1

DELELIS (P.), « Le dialogue compétitif », *La Revue du Trésor*, n° 3-4, 2007, p. 279 et s.

DELMAS MARTY (M.), IZORCHE (M.L.), « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC*, 2000, p. 753 et s.

DELMAS MARTY (M.), « Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun », *Dalloz*, 2001, Chr., p. 1326

DELACOUR (E.) « L'apparition des contrats de partenariat dans le champ de la commande publique », *JCP G 2004*, I, 181

DEMIRAG (I.), DUBNICK (M.J.), KHADAROO (M.I.), « A framework for examining accountability and value for money in the UK's Private Finance Initiative », *JCC*, 15(3), 2004, pp.1 et s.

DEMSETZ (H.), "Toward a theory of Property rights", *American Economic Review*, 57, 1967, pp. 347 et s.

DENIAUD (P.), ROUAST BERTHIER (P.), « Les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006, », *Revue de droit bancaire et financier*, juillet-août 2008, pp. 11 et s

DEVOLVE (P.), « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », in *Revue de droit immobilier*, 2003, p. 481 et s.

DEVOLVE (P.), « Les contrats globaux », in *RFDA*, 2004.1079

DEVOLVE (P.), « Bail réel immobilier administratif », in *RFDA*, 2013 p. 763 et s.

DIRNAR (C.), SOUFFIR (J.), « Approche contractuelle de la dimension financière du contrat de partenariat : un déconcertant ménage à trois », *Revue droit bancaire et financier*, mars-avril 2005, pp. 63 et s.

DO (Q.S.), « Réforme de la gouvernance et de la gestion du système administratif », *Revue Communiste* n° 776, juin 2007

DOAN (H.M.), LESTRANGE (A.), « Politique économique et émergence de groupes industriels au Vietnam », *Revue économique*, V 49, n°1, 1998, p. 291 et s.

DREYFUS (J. D.), « Le contrat de partenariat ne doit pas être banalisé », *AJDA*, 2003, p.1353 et s.

DREYFUS (J.D.), « L'exécution des contrats 'les pouvoirs de contrôle de l'administration en France ' », in MARCOU (G.), FOLLIOT-LALLIOT (L.), GORDON (D.I.), SCHOONER (S.L.), SCHWARTZ (J.), YUKINS (Ch.), (sous la dir.), *Le Contrôle des marchés publics*, op. cit., pp. 235 et s.

DUCHENE (G.), GOUJON (M.), « La dé-dollarisation : les expériences du Vietnam, de l'Ukraine et de la Roumanie », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, Volume 37, 2006, N°1

DUFAU (J.), « Le pouvoir de modification unilatéral de l'administration et les contrats de concession de service public », in *AJDA*, 1955.I, p 65

DU MARAIS (B.), COSSALTER (P.), « Délégations de service public : la leçon britannique », *Les Échos*, 4 septembre 2001.

DU MARAIS (B.), « One size fits all », *AJDA*, 2004, pp. 1273 et s.

DUMEZ (H.), JEUNEMAÎTRE (A.), « Combinaison harmonieuse des vertus du public et du privé, ou mélange des genres ? Les partenariats public/privé, nouveaux venus du management public », in *Politiques et management public*, vol. 21 n° 4, 2003. pp.1 et s.

DUMONT (G.F.), « Les communes en France : petit dictionnaire des idées reçues », *Population & Avenir* 2014/5, n° 720, pp. 3 et s.

DUPAS (N.), GAUBERT (A.), MARTY (F.), VOISIN (A.), « Les nouvelles règles de comptabilisation des partenariats public-privé », *Revue Lamy des Collectivités territoriales*, 2012, 75, janvier 2012, pp. 69 et s.,

DURUPTY (M.), « Les ouvertures de capital des entreprises publiques », *Regards croisés sur l'économie* 2007/2 (n° 2), p. 108 et s.

DURUPTY (M.), « Faut-il réaménager le contrôle de l'État sur les entreprises publiques? », *AJDA*, 20 janvier 1995, p. 3

DYENS (S.), « Le BEA est-il devenu le « droit commun » de la valorisation domaniale ? », *AJ Collectivités Territoriales*, 2013, pp. 79 et s.

EL KAROUNI (M. E.), « Les systèmes juridiques français et américain en perspective : essai de contribution à une nouvelle grille d'analyse »

ELLAND-GOLDSMITH (M.) « Sûretés de droit anglais et financements de projets » *Revue de droit bancaire financier*, mars 2004, chro.

ENCAOUA (D.), KOEBEL (P.), « Réglementation et déréglementation des télécommunications : leçons anglo-saxonnes et perspectives d'évolution en France », in *Revue économique*, volume 38, n°2, 1987. pp. 475 et s.,

ESCUYER (G.), « Le contrat de programme d'EDF », *Cahier juridique de l'électricité et du Gaz (CJEG)*, 1971, p. 31.

FANCHETTE (S.), DAO (T.A.), MOUSTIER (P.), QUERTAMP (F.), SEGARD (J.), « L'extension de Hanoi et les défis des périphéries urbaines », in *Grafigéo*, 2011, pp. 93 et s.

FARJAT (G.), « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation », *RIDE*, 2003, pp.511-531, p.521

FATOME (E.), « L'apport en garantie des équipements publics », in *Rev. Internationale de droit comparé*, 2002

FATOME (E.), TERNEYRE (Ph.), « Le financement privé de la construction d'ouvrages publics, en particulier sur le domaine public », in *AJDA*, 1997

FATOME (E.), « L'apport en garantie des équipements publics », in *Rev. Internationale de droit comparé*, 2002

FAUVARQUE-COSSON (B.), (sous dir.) In *Variation autour d'un droit commun*, UMR de recherche de droit comparé de Paris, éd. Société de législations comparées de Paris, 2001, p. 121 et s.

FENOYL (E.de), « Timide avancée pour le contrat de partenariat, occasion manquée pour le partenariat public-privé », *AJDA*, 2008, pp. 1709 et s.

FERAL (F.), « Contrat public et action publique : au cœur d'une administration régulatrice », CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur du Professeur Guibal, op.cit. pp. 527 et s.

FERMER (G.), « La promotion immobilière », *La Vie française*, 22 juin 1966

FEUCHE (C.), « Rattrapage, transition et décollage, analyse de la croissance vietnamienne (1990-2002) », in GIRONDE (C.), MAURER (J.L.), (SS dir.), *Le Vietnam à l'aube du XXIème siècle*, Paris, pp. 75 et s.

FLOUZAT-OSMONT d'AMILY (D.), « L'Europe et l'évolution du modèle chinois », *Politique étrangère* 2011/2 (Eté), p. 389 et s.

FORT (F.X.), « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », in CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Guibal*, Université Montpellier 1, Montpellier, 2006, pp. 27 et s.

FOUCAULD (J.B. de), « Avant-propos », in Commissariat général du Plan, rapport de la commission présidée par C. STOFFAËS, *Services publics question d'avenir*, Paris, Odile Jacob, La documentation Française, 1995

FREEDLAND (M.), "Government by Contract and Public Law", in *Public Law*, 1994

FROMONT (M.), « L'évolution du droit des contrats », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 263 et s.

GAARNHAM (N.), JOOSTEN (M.), OWEN (J.), CHECCONI (C.), «Le développement du service public dans les télécommunications et la radiodiffusion au Royaume-Uni », in *Réseaux*, 1994, volume 12 n°66. pp. 37 et s.

GAFFNEY (D.), POLLOCK (A.M.), PRICE (D.), SHAOUL (J.), "PFI in the NHS – Is There an Economic Case", *British Medical Journal*, vol. 319 , 1999, pp. 249 et s.  
"NHS Capital Expenditure And The Private Finance Initiative – Expansion or Contract, A policy in search of a Rationale", *British Medical Journal*, vol. 319 , 1999, pp. 48 et s.

GALEY (M.), « Genèse de l'Etat et droits de sol, L'empreinte de la dynamique institutionnelle sur la formalisation juridique de la propriété (à la lumière d'une comparaison franco-anglaise), In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 56 N°3,2004. pp. 685 et s.

GARCIA (S.), « Rendement et efficacité dans les industries en réseau : le cas des services d'eau potable délégués », *Economie et prévision*, n° 154/2002-3,

GEFFRAY (E.), « A quelles conditions la loi nouvelle s'applique-t-elle aux contrats administratifs en cours d'exécution ? », *BJCP* n°65, 2009, pp. 287 et s.

GENOUD (C.), « Libéralisation et la régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence ? », *Revue Internationale de politique comparée*, vol. 11, n°2, 2004, pp. 187 et s.

GENTOT (M.), « L'identification du service public par le juge administratif », *AJDA*, 20 juin 1997

GHESTIN (J.), Le contrat en tant qu'échange économique. *Revue d'économie industrielle*, Vol. 92. 2e et 3eme trimestres 2000, pp. 81 et s.

GIBBON (G.), « Public services – what value ? », *Public Administration*, 1939, pp. 341 et s.

GILLEPSIE (J.), « The emerging role of property rights in land and housing disputes in Hanoi », in *State, society and the market in contemporary Vietnam*, Routledge, New York, 2013

GIRAUD (P.N.), LEFEVRE (B.), AUGUSTIN (M.), RUET (J.) « Le financement des services essentiels dans les villes pauvres », *Revue d'Economie financière*, 2006, pp.285 et s.

GLACHANT (J.M.), « L'électricité en Grande-Bretagne : une industrie privée et un service public partiel », *Sociétés contemporaines*, n° 32, 1998, pp. 97 et s.

GLACHANT (J.M.), « L'approche néo-institutionnelle de la réforme des industries de réseaux » ,*Revue économique*, 2002/3 Vol. 53, p. 425 et s.

GOLDSTEIN (A.), « Privatisations et contrôle des entreprises en France », in *Revue économique*, volume 47, n°6, 1996. pp. 1309 et s

GOUT (O.), « Quel droit commun pour les sûretés réelles », *TDCiv.* , 2013, p. 255 et s.

GOURDOU (J.), PERNEYRE (P.), *Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle*, CJEG, 1999, p. 249 et s.

GHESTIN (J.) « Le contrat en tant qu'échange économique », in *Revue d'économie industrielle*. Vol. 92. 2e et 3eme trimestres 2000, pp. 81 et s.

GRIMALDI (M.), « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *Revue Lamy Droit civil*, 2006, n° 29, pp. 28 et s .

GROSSMAN (S.) et HART (O.), «The Cost and Benefits of Ownership : A Theory of Vertical et lateral Integration » , *Journal of Political Economy* , 1986, 94 (4), pp. 691 et s.

GUASCH (J.L.), LAFFONT (J.J.), STRAUB (S.), « Renegotiation of Concession Contracts in Latin America », *Working Paper*, University of Edinburg, 2003

GUERANGER (D.), « L'intercommunalité, créature de l'état. Analyse socio-historique de la coopération intercommunale. Le cas du bassin chambérien », *Revue française de science politique* 2008/4, Volume 58, p. 595 et s.,

GUESNIER (B.), « L'eau et le développement durable : un couple en rupture sans gouvernance sociétale et coopération décentralisée », *Développement durable et territoires*, vol. 1, n° 1, Mai 2010.

GUGLIELMI (G.), KOUBI (G.), « Les modèles de service public, le service public à la française : une notion en extinction », *Cahiers français, les services publics*, n° 339 juillet-août, 2007, La Documentation Française, pp. 3 et s. p. 3.

- GUILLEMIN (J.F.), « La commande publique et le partenaire public-privé », *Revue de droit immobilier*, 2003, p. 523 et s.
- GUILLOU (Y.R.), « Les contrats publics de financement », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 677 et s.
- HANS-GUNTHER (H.), YAN df(L.), Un nouveau concept de propriété en République populaire de Chine, *RIDC*, vol.49, 1997, n°3, pp. 593 et s.
- HART (O.), “Incomplete Contracts and the Theory of Firm”, *Journal of law, Economics and Organization*, 1988, 4(1), pp. 119 et s.
- HART (O.), MOORE (J.), « Incomplete Contracts and Renegotiation », *Econometrica*, 1988, 56, pp. 755 et s.
- HEALD (D.), « La privatisation des services publics britanniques : leçons ou mises en garde pour les autres pays membres de la CEE ? », in *Politiques et management public*, vol. 9, n° 4, 1991. pp. 51 et s.
- HELLOWELL (M.), « PFI redux ? Assessing a new model for financing hospitals », *Health Policy, forthcoming*, 2013
- HEYSEN (S.), « Dollarisation : le tout est de maîtriser des risques », *Finances& développement*, mars 2005, p. 44 et s.
- HERTZOG (R.), « Les ressources publiques sous tension : victimes ou causes de la crise des finances publiques?», *Revue française d'administration publique*, 2012/4 n° 144, p. 915 et s.
- HOOD (C.), « A Public Management for all Seasons ? », *Public Administration*, 69 Spring, 1991, pp. 3 et s.
- HOURS (B.), SELIM (M.), « La protection sociale au Vietnam : de la fiction égalitaire à la marchandise », *Revue Tiers Monde*, t.XLIV, n 175, juillet septembre 2003, pp. 621 et s.
- HUGON (P.), « Droit, droit et économie du développement, illustration à propos de l'alimentation », *Mondes en développement*, vol. n° 129, 2005/1, pp. 13 et s.
- IDOUX (P.) , « Le droit public économique vu à travers la crise », *Droit administratif*, mars 2010, n°3, étude 5 ;
- IOSSA (E.) *et al.*, « Partenariats public-privé » Quelques réflexions, *Revue économique*, 2008/3 Vol. 59, p. 437 et s.
- JACQUEMIN (A.), « Le droit serviteur de l'économie ? », *RTD com.*, 1972, pp. 283 et s.

JACQUET (P.), « Revisiter l'Aide publique au développement », *Economie internationale*, 108 (2006), pp. 139 et s.

JAGLIN (S.), ZERAH (M.H.), « Eau des villes : repenser des services en mutation. Introduction », *Revue Tiers Monde*, 2010/3 n° 203, p. 7 et s.,

JAMIN (Ch.), « Pour en finir avec la formation du contrat », in *Le contrat. Liberté contractuelle et sécurité juridique, Petites Affiches*, n° spécial ,n° 54, 1998

JARUGA (A.), “Accounting in Poland”, in D. Bailey (Ed.), in *Accounting in socialist countries*, 1988, First edition ed., Vol. Chapter 8, London and New York: Routledge, pp. 122 et s.

JEAN (J.P.), ROYER (J.P.), « Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale, essai d'évaluation sur deux siècles », *Pouvoirs*, n° 107, Seuil, 2003, pp. 127 et s.

JEFFERS (E.), “La place de l'Europe dans la valorisation mondiale des capitaux de placement financier”, in *La France mondialisée, racines sociales et politiques, configuration, conséquence*, édition La Découverte, Paris, 2004, pp. 146 et s.

JEN (S.L.), « Quelle taille pour les fonds souverains en 2015 ? », *Revue d'économie financière*, 2009, vol 9, numéro hors-série, p. 207

JENNY (F.), « Droit des télécommunications : les exemples étrangers : quelles leçons ? », *AJDA*, p. 217 et s.

JOHNSON (J.), « Should Russia adopte the Chinese Model of Economic reform? ” *Comm. Post Comm. Stud.* vol. 22, n°1, 1994,p. 59 et s.

JOLLS (C), “Contracts as Bilateral Commitments : a New Perspective on ContractModification”, *Journal of Legal Studies*, vol. 26, 1997, pp.203 et s.

JOHAN (C.), BRECHT (R.), ROLLE (C.), « Les conséquences des IPSAS sur la réforme des systèmes d'information financière publique : étude comparative. », *Revue Internationale des Sciences Administratives* 3/2010 (Vol. 76), p. 563 et s.

JULIEN (A.), « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties, Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *RFDA*, 2004, p. 80 et s.

KINDA (T.), « Infrastructures et flux de capitaux privés vers les pays en développement », *Revue économique*, vol. 59, n° 3, mai 2008, pp. 537 et s.

KIRAT (T.), « L'allocation des risques dans les contrats « incomplets » à la pratique des contrats administratifs », *Revue international de droit économique*, 2003, pp. 11 et s.

KIRAT (T.) « Contrat de partenariat et économie du contrat », in *Droit et ville*, n° 60, 2005, pp.85 et s.

KIRAT (T.), MARTY (F.), «Les enjeux comptables et budgétaires des PPP», *Pouvoirs Locaux*, N° 74, III/2007, p. 59 et s.

KLEINEN (J.), « La comédie de l'État-parti. Le Viêt Nam depuis la réunification », *Raisons politiques*, 2001/3 no 3, p. 37 et s.

KORNAI (J.), *The Socialist System : The Political Economy of Communism*, Oxford, Oxford University Press, 1992, SACHS (J.), WING (T.W.), "Structural Factors in the Economics Reforms of China, Eastern Europe, and the Former Soviet Union", *Economic Policy*, 9(18), 1992, pp. 101 et s.

KOROBKIN (R.), *Empirical Scholarship in Contract Law : Possibilities and Pitfalls* University of California, Los Angeles School of Law, *Research Paper Series*, Research Paper n° 01-22

KUHLMAN (S.), « Les démarches pour mesurer la performance des administrations européennes locales : une analyse comparative des expériences de réforme en Grande-Bretagne, en France, en Suède et en Allemagne », *RISA*, 2010/2, vol. 76, pp. 367 et s

KURT (L.), « Un juriste anglais dans la Communauté européenne », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol n° 30, n°2, Avril-Juin 1978, pp. 493 et s.

LACHAUME (J.F.), « Brèves remarques sur les services publics à double visage », *RFDA*, 2003

LAMARCHE (T.) « Du service public à la relation clientèle dans les services en réseau », in *Politiques et management public*, vol. 18 n° 3, 2000. pp. 1 et s.

LAMETHE (D.), « L'approche française du « Gouvernement d'entreprise » », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51 N°4, Octobre-décembre 1999, pp. 1075 et s.

LANGROD (G.), « L'entreprise publique en droit administratif comparé », in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 8 N°2, Avril-juin 1956, pp. 213 et s.

LANGROD (R.), « Administrative contracts – A comparative study », *American Journal International Law*, 1995

LAPSLEY (I.), MIDWINTER (A.), « Moderniser l'Etat : les aspects financiers des programmes *Reviews* au Royaume-Uni », *Revue française d'administration publique* 2010/4 (n° 136), p. 821 et s.

LASCOUMES (P.) in ARNAUD (A.J.), *Dictionnaire encyclopédie de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 1993

LASCOUMES (P.), LE GALES (P.), « Introduction : L'action publique saisie par ses instruments », in LASCOUMES (P.), LE GALES (P.), *Gouverner par les instruments*, Presses de Sciences Po « Académique », 2005 p. 11 et s.

LAJOYE (C.), « De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *C.R.D.F.* n° 1, 2002, p. 117 et s.

LASSERE (B.), « L'autorité de régulation des télécommunications (ART) », *AJDA*, 1997, pp. 224 et s

LAUER (S.), « Accord sur un traité de libre échange Trans pacifique entre les Etats-Unis et 11 autres pays » *Le Monde*, 5/10/2005

LE BIHAN (D.C.), « De l'utilisateur au consommateur-citoyen : les mutations du service public à la française », *Le service public ; indispensable mais controversé, comparaison Maroc-France*, Actes de Colloque, L'Harmattan, 1999.

LEFEVRE (C.), « Le gouvernement des métropoles américaines : l'autonomie locale contre les institutions d'agglomération (1960-1992) », *Politique et management public*, 10 (4), 1992, pp. 27 et s

LE GALES (P.), « Aspects idéologiques et politiques du partenariat public-privé », *Revue d'économie financière. Hors-série*, 1995. Partenariat public-privé et développement territorial, pp. 51 et s.,

LEGRAND (P.), « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », in *RIDC*, 4-1999, pp. 1054 et s.

LEMPERT (D.), « Interpreting Vietnam : Ideologies and new speech », *Legal studies forum*, vol.24, 2000, pp. 175 et s

LEPORTE (L.), "Security Interest over receivables: divergent trends in the U.S. and the U.K", *Journal of International Banking Law*, 2002

LEPRON (F.), Quelle place pour le dialogue et la négociation dans l'achat public », *Contrats publics*, n° 100, juin 2010, pp. 59 et s.

LEQUIEN (M.), CUCHE (P.), « La notion de « bancabilité » dans les opérations de financement privé d'équipements publics », *Droit Administratif*, n° 12, Décembre 2004, Etude 22.

LEROY (A.M.), « Les réformes administratives dans les pays de l'OCDE : une tentative de synthèse » in *Etat et gestion publique*, op.cit., pp. 27 et s.

LICHERE (F.), « Le droit anglais des contrats publics comme modèle? », in *Mélange Guibal*, op. cit., p. 449 et s.

LICHERE (F.), « Le projet de loi sur les contrats de partenariats : vers l'extension et la clarification du partenariat public privé ? », *AJDA*, 2008.

LIGNIERES (P.), « Le partenariat public-privé, un nouveau contrat pour réformer l'Etat », CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), (réunis par), in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Tome 2, Presses de la Faculté de Montpellier, Coll. Mélanges, 2006, pp. 575 et s.

LI-KOTOVTCHIKHINE XIAO-YING (M.), « Le pragmatisme juridique dans la Chine post-Mao », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 61, n°4, 2009. pp. 715 et s.

LINDITCH (F.), « Les PPP, vecteurs d'externalisation et de déconsolidation, quelques interrogations de nature financière », *Droit et Ville*, 2006.

LINDITCH (F.), « Bientôt une réforme des partenariats public-privé ? », *Contrats Marchés publics*, 2007, alerte 12

LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX(P.), « L'irrésistible ascension du partenariat public-privé, Contrats et marchés publics, n° 11, novembre 2002

LOISEAU (G.), « Contrats de confiance et contrats conclus intuitu personae », *Dalloz* 2007

LONG (M.), « Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire », *RFDA* 2001, pp. 1161 et s.

LORRAIN (D.), « Capitalismes urbains des modèles européens en compétition », *L'année de la régulation*, n°6, 2002,

LORRAIN (D.) *et al.*, « Grands groupes privés et action publique » *,Entreprises et histoire*, 2002/3 n° 30, p. 153 et s.

LYONNET DU MOUTIER (M.), « Comprendre le montage du financement sur projet d'une autoroute Européenne », *Gérer et comprendre*, n° 70, Décembre 2002, pp. 4 et s.

LYONNET DU MOUTIER (M.), « Financement sur projet et Partenariat public-privé : la relation entre concédant et concessionnaire dans les BOT d'infrastructure », in *Politiques et management public*, Vol. 21, Mars 2003, n°1, pp. 1 et s.

MAINGUY (C.), « L'impact des investissements directs étrangers sur les économies en développement », *Revue Région et Développement*, n°20, 2004, pp. 65 et s.

MALLET-BRICOUT (B.), « Libres propos sur l'efficacité des systèmes de droit civil », *R.I.D.* C4-2004

MARCOU (G.), « Le partenariat public-privé : retrait ou renouveau de l'intervention publique ? », in Colloque de la Caisse des Dépôts et Consignations, *Partenariat public-privé et collectivités territoriales*, éditions La Documentation Française, Paris, 2002

MARCOU (G.), « Introduction », in MARCOU (G.) , MODERNE (F.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, tome 2, Expériences européennes, Logiques juridiques, L'Harmattan, Paris, 2005, pp. 11 et s.,

MARCOU (G.), « Introduction. Le contrôle des marchés publics. Ses buts et ses moyens », in MARCOU (G), FOLLIOU- LALLIOT (L.), SCHOONER (S.L.), SCHWARTZ (J.), YUKINS (Ch.), (sous la dir.) *Le Contrôle des marchés publics*, op.cit., pp. 1 et s.

MARKUS (J.P.), La continuité de l'Etat en droit public interne, *Rev. Droit public*, 1999, n°4

MARSHALL (T.H), « Citizenship and social class», in *Citizenship and social class and other essays*, par MARSHALL (T.H.), BOTTOMORE (T.), Londres : Pluto Press, 1992, pp.38 et s

MARGAIRAZ (D.), « L'invention du « service public »: entre « changement matériel » et « contrainte de nommer » », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2005/3 no 52-3, p. 10 et s.,

Voir MARTIN-CERF (A.), « La mondialisation des instruments juridiques », in *La mondialisation du droit*, pp. 179 et s., p. 179-180

MARTINAND (C.), « Les grands réseaux et l'Europe. Transports, énergie, communications. Pour une approche nouvelle combinant efficacité, concurrence et service public », in *Flux*, n°6, 1991. pp. 54 et s., p. 54.

MARTINAND (C.), « Economie et gouvernance des services essentiels ou services de base », *Revue d'économie financière*, vol. 86, n°5, 2006, pp. 1 et s.

MARTINAND (C.) « Le dialogue compétitif, un partenariat gagnant », *La Tribune*, 18 janvier 2007

MARTINE (G.), « Pierre Legendre, Trésor historique de l'Etat en France. L'administration classique », *Annales, économies, Sociétés, Civilisations*, année 1992, vol. 47, n° 6, p. 1253 et s.

MARTY (F.), VOISIN (A.), TROSA (S.), « La construction des méthodes de comparaison de coûts public-privé : les enseignements des expériences étrangères », *Politiques et Management Public*, volume 22, n°3, septembre, 2004, pp. 43 et s.

MARTY (F.), VOISIN (A.), « Le contrat de partenariat constitue-t-il une Private finance initiative à la Française », *RIDE*, 2006, n°2, pp. 132 et s.

MARTY (F.), VOISIN (A.), TROSA (S.), « Les enjeux liés à l'adoption d'une comptabilité patrimoniale par les administrations centrales », *Revue Internationale des Sciences Administratives* 2006/2 (Vol. 72), pp. 213 et s.,

MARTY (F.), VOISIN (A.), « Financement public, financement privés : quel nouvel équilibre pour les investissements des Etats ? », in *Politiques et management public*, vol. 25, n° 3, 2007

MARTY (F.), SPINDLER (J.), « Bilan et perspectives des contrats de PFI britanniques 1992-2012 », in *Gestion&finances publiques*, n° 6, Juin 2013, pp. 43 et s.

MASTOR (B.), THOUVENOT (S.), « Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public privé à la française », *RDAI*, n° 2, 2004, pp. 111 et s.

MATOUSSI (M.S.), « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », in *Revue internationale de droit économique* 2001/3 (t. XV, 3), p. 251 et s.

MAZOUZ (B.), « Les aspects pratiques des partenariats public-privé » De la rhétorique néolibérale... aux enjeux, défis et risques de gestion des PPP, *Revue française d'administration publique*, 2009/2 n° 130, p. 215 et s.

MC KNIGHT (A.), BRUMARK, "The difference between fixed and floating charge", *Journal of International Banking Law*, 2001

MELLERAY (F.), « La notion judiciaire de service public », *AJDA*, 27 janv. 2003

MELLERAY (F.), « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA*, 2004, pp. 1225 et s

MENARD (C.), « Imprévision et contrats de longue durée », in GHESTIN (J.), *Le contrat au début du XXème siècle*, LGDJ, Paris, 2001, pp. 661 et s.

MENEMENIS (A.), « Nouveau code : la suppression des METP », in *Dr. adm.* juillet 2003

MERRIEN (F.X.), « La nouvelle gestion publique : un concept mythique », *Lien social et politiques/RIAC* , 41, printemps, 1999, pp. 95 et s.

MEYER (M. A.), « Introduction à la comptabilité d'entreprise en Union Soviétique » , *La Revue Française de Comptabilité*, pp. 93 et s

MICHALET (C.A.), « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », in LOQUIN (E.), KESSEDJIAN (C.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000

MILOT (J.P.), « Comment comprendre les comptes de l'Etat et à quoi peuvent-ils servir ? », *Revue Française finances publiques*, février 2006, n°93, pp. 11 et s.

MOINDROT (C.), « L'évolution récente de la propriété foncière et des modes de faire-valoir en Grande-Bretagne », *Annales de géographie*, 1980, t. 89, n° 496, pp. 689 et s.

MONTEL-DUMONT (O.), « Services publics : quel bilan de la libéralisation ? », *Les services publics, Cahiers français* n° 339

MORAND-DEVILLER, « La valorisation économique du patrimoine public », in *Mélanges en hommage à R. Drago*, Economica, 1996

MORIN (F.), « Privatisation et dévolution des pouvoirs : le modèle français du gouvernement d'entreprise », in *Revue économique*, volume 47, n°6, 1996. pp. 1253 et s.

MUIR-WATT (H.), « Du contrat relationnel », in *La relativité du contrat*, Travaux Association. H. Capitain, LGDJ, 1999

MUIR-WATT (H.), « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, p. 503 et s.

NAUGHTON (B.), « Market Economy, Hierarchy and Single-Party Rule » in KORNAL (J.), QIAN (Y.), *Market and Socialism, in the Light of the Experiences of China and Vietnam*, Palgrave Macmillan; First Edition, 2008, pp. 135 et s.

NGANG (T.H.), « L'impact de la crise financière sur l'économie vietnamienne et les mesures du gouvernement vietnamien », in LE (V.) et MAZIER (J.) (Éds), *L'économie vietnamienne et la crise asiatique*, L'harmattan, Paris, 1999.

NGUYEN (D.T.), « Etat de droit au Vietnam et Economie de marché », in ALBAGLI(C.), *La transition chaotique, Travaux et recherches Panthéon A ssas*, Paris II, LGDJ, 1994, pp 67 et s.

NGUYEN (C.T.), « Le Code des Le et le Code des Nguyen étaient-ils des codes nationaux ? », in *L'histoire de la codification juridique au Vietnam* », pp. 184 et s.

NGUYEN (M.H.), « L'histoire et la philosophie du droit vietnamien des contrats », *Revue droit administratif international*, n°4, 2010, pp. 346 et s.

NGUYEN MINH (T.), POPKIN (B.), « Evolution des revenus et du système de santé au Viet Nam : réduction de la pauvreté et augmentation des inégalités de prise en charge », *Population*, 2003/2, p. 279 et s.

NGUYEN (T.A.), « Etat et Rituel : la conception de la Monarchie divine dans le Vietnam traditionnel », *Bulletin de l'EFEO*, n° 84, p. 148. Paris, 1987

NGUYEN (N.D.), « Pluralité des approches juridiques de la pluriculturalité au regard de la conception du patrimoine en droit vietnamien », in DECKER (P. de), FABERON (J.) (sous dir.), *L'Etat pluriculturel et les droits aux différences*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 71 et s.

NGUYEN (N.D.), « Le code civil vietnamien comme exemple de l'adaptation du Code Napoléon dans le système de la propriété publique des sols », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, 2005, p. 253 et s.

NGUYEN (N.D.), « La nature juridique du droit d'usage du sol en droit vietnamien à la lumière du droit français », *RIDC*, vol 58, 2006, pp. 1203 et s.

NGUYEN (N.D.), « Droit d'usage du sol en droit vietnamien », *RIDC*, 2006., p. 1203 et s.

NICINSKI (S.), « Le domaine public : de la crise à la reconstruction », *Confluences, Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2007, pp. 690 et s.

NIVAUULT (S.), « Retour sur une année de régulation dans le secteur des télécommunications », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2005

NOGUELLOU (R.), « L'imprévision en droit public », in colloque *Les imprévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique*, *RDC*, 2010, pp. 494 et s.

NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), « Propos introductif, introduction », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 1 et s

NOGUELLOU (R.), « France », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous dir.), *Droit comparé des contrats publics*, op.cit., pp. 675 et s.

OLIVIER (F.), « La place de la négociation dans le code des marchés publics », in *Contrats et marchés publics*, novembre 2004, p. 32 et s.

ORLEAN (A.), “Vers un modèle général de la coordination économique par les conventions”, in ORLEANS (A.) (sous la direc.), *Analyse économique des conventions*, Paris, PUF, 1994, pp. 9 et s.

ORTEGA (O.), Les évolutions récentes de la pratique des contrats de la commande publique », *Contrats publics*, n° 100, juin 2010 pp.65 et s.

OUDOT (J.M.), MENARD (C.), « L'évaluation préalable dans les contrats partenariats », *RFAP*, pp. 349 et s.,

PARKER (S.), « Vietnam's Road to International Economic Integration with a Socialist Orientation : Are WTO Accession and Market Socialism Compatible? », in KORNAI (J.), QIAN (Y.), (Ed.), *Market and Socialism- In the Light of the Experiences of China and Vietnam*, Great Britain, IEA, 2009, pp. 199 et s.

PAIRAULT (T.) « Économie chinoise : un compte de faits », In *Outre-Terre* 2/ 2006 (no 15), p. 209 et s.

PEAUCELLE (T.), « Un encouragement à l'innovation », *ENA hors les murs, dossier les partenariats public-privé*, hors-série, juillet août, 2012, p. 11 et s.

PFESRMAN (O.), « Droit comparé- interprétation », in DELMAS-MARTY (M.), DIJON (X.), FAUVARQUE-COSSON (B.), (sous dir.) , *Variation autour d'un droit commun*, UMR de recherche de droit comparé de Paris, éd. Société de législations comparées de Paris, 2001, p. 121 et s. spéc. 133 et s.

PERBET (M.), « Retour sur les expériences d'évaluation en France », *Revue Française des Affaires sociales*, 2010/1 n° 1-2, pp. 101 et s.

PERROT (A.), « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », in *Revue française d'économie*, volume 16, n°4, 2002, pp. 81 et s.

PETITET (S.) et al., « La concession, levier de développement ? », *Entreprises et histoire*, décembre 2002, n° 31, pp. 120 et s.

PEYRICAL (J.M.), « Régime de passation des contrats publics : le droit des délégations comme modèle ? », in *AJDA*, 2004, p.2136 et s

PICARD (E.) « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental », *AJDA*, n°6, 1998, pp.651 et s.

- PIERPONT (G.de ), « La codification en droit économique », *Revue de droit international et de droit comparé*, 84<sup>ème</sup> année, 3<sup>ème</sup> trimestre, 2007, pp. 352 et s.
- PIGNON (S.), « Le dialogue compétitif, une opportunité pour les acteurs de la commande publique », *AJDA*, 2004, p. 1521 et s.
- PIMONT (S.), « Peut-on réduire le droit en théorie ? », *RTD civ.* 2009, p. 417 et s.
- PIQUET (H.), *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2005
- PIRON (V.), « Les données actuelles des partenariat public privé », *La revue du Trésor*, pp.319 et s.
- PISANI (C.) « Partenariat public-privé : l'environnement juridique », *RDI*, 2003, p. 501 et s
- PISANI (C.), BOSGIRAUD (C.), « Premières réflexions de la pratique sur le code général des propriétés publiques », *A.J.D.A.*, 2006, pp. 1098 et s.
- POLLAUD-DULIAN (F.), « Le patrimoine et les biens qui le composent » in PERINET-MARQUET (H.),(sous dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Litec, pp. 15 et s.
- PONS (J.F.), « Marché commun, marché unique et la politique européenne de la concurrence de 1957 à 2007 », *Revue d'Economie financière* p. 171 et s.
- PONTIER (J.M.), « Sur la conception française du service public », *Recueil Dalloz Sirey* n° 2, Paris, Dalloz, 1996, pp. 9 et s.
- PONTIER (J.M.), « Des PPP aux PPP, remarques sur une apparente insignifiance », *Droit Administratif*, n° 2, février 2014, étude 3
- POSNER (E.A.), *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades : Success or Failure?*, *The Yale Journal* Vol 112, January 2003.
- POULET-GIBOT LECLERC (N.), « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », in *RFDA*, 1999, p. 551 et s.
- PROSSER (T.), « Constitutions and Political Economy: The Privatisation of Public Enterprise in France and Great Britain », *M.L.R.*, 1990, pp. 304 et s.
- QUERTAMP (F.), « La périurbanisation de Hanoi. Dynamiques de la transition urbaine vietnamienne et métropolisation », *Annales de géographie*, 2010/1 n° 671-672, p. 93 et s.
- RAPP (L.), « Aux origines du Contrat de partenariat », in *Droit et ville*, n° 60/2005, pp.29 et s.

RAPP (L.), « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », *Contrats et Marchés publics*, n°7, Juillet 2008, Etude 7

REGNIER (P.), « Histoire de l'industrialisation et succès asiatiques de développement : une rétrospective de la littérature scientifique francophone », *Monde en développement* 2007/3, n° 139, p. 73 et s., p. 77.

RENARD (V.), « Quelques aspects économiques », in *Partenariat Public Privé et Collectivités territoriales*, La Documentation Française, Paris, 2002, pp. 91 et s.

RICHER (L.) , « Le contrat de partenariat, le droit et l'économie », *Annales de la régulation*, Bibliothèque de l'institut André Tunc, LGDJ, 2006, pp. 113 et s.

ROSANVALLON (P.), « L'Etat au tournant », in LENOIR (R.) et LESOURNE (J.), *Où va l'Etat*, Le Monde Editions, Paris, 1992, pp. 62 et s.

ROUBAN (L.) et ZILLER (J.), « De la modernisation de l'administration à la réforme de l'État », *RFAP*, n° 75, juillet-septembre 1995, 345 et s

ROUBAN (L.), « Réformer ou recomposer l'Etat ? Les enjeux sociopolitiques d'une mutation annoncée », in *Revue française d'administration publique* 2003/1 (no105-106), p. 153 et s.

ROUBAN(L.), « Les paradoxes de l'Etat postmoderne », *Cités* , PUF, 2004/2, n°18

ROUGIER BRIERRE (G.), « Spécificité de la négociation et de la pratique contractuelle en Chine », *RDAL*, n° 2, 2007, pp. 151 et s.

SACHS ( J.D.), « Reforms in Eastern Europe and the Former Soviet Union in light of the East Asian experiences », *NBER Working Paper*, 5404, janvier 1996

SAGUAN (M.), SAUTEL (O.), "L'ouverture à la concurrence du secteur électrique : rôle et gains du client", *Flux*, 2011/2 n°84, pp. 8 et s.

SALLES (J.M.), INGLES (J.), « Régulation de l'activité des délégataires de services de l'eau et de l'assainissement, Qu'avons-nous appris ? Peut-on faire mieux ? », in *Flux* n°31-32, 1998. pp. 35 et s

SALOMON (M.), « Les arcanes de la démocratie socialiste vietnamienne, Evolution des assemblées populaires et du système juridique depuis le lancement du Doi Moi », *Les Etudes du CERI*, n° 104, 2004

SALVAT (O.), « Etude de publicité foncière comparée : l'influence de la connaissance des droits non publiés sur leur inopposabilité dans les jurisprudences anglaises et françaises », *RIDC* 4-1998, pp. 1125 et s.

SAMARATUNGE (R.) et al., « Les réformes du nouveau management public en Asie : comparaison entre plusieurs pays d'Asie du Sud et du Sud-Est », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2008/1 Vol. 74, p. 27 et s.

SAMUEL (G.), « Entre les mots et les choses : les raisonnements et les méthodes en tant que source du droit », *R.I.D.C.* 1995,p 510 et s.

SAUSSIÉ (S.), M'HAND (F.), « Coûts de transaction et contrat incomplet », in *Revue Française d'économie*, n°3, vol. XVI, 2002

SAUVIAT (C.) « Les fonds de pension et les fonds mutuels : acteurs majeurs de la finance mondialisée et du nouveau pouvoir actionnarial », in *La finance mondialisée, La découverte*, Paris, 2004, pp. 99 et s.

SCHMIDT VIVIEN (A.), BOUYSSOU (R.), « Les beaux restes du capitalisme d'État à la française », in *Critique internationale*, vol. 8. 2000. pp. 163 et s,

SESTIER (J.F.), « La collaboration public-privé à travers le modèle des contrats de partenariat », *Droit international et développement, Colloque de Lyon*, Ed. A. Pedone, Paris, 2005, pp. 121 et s.

SEUBE (J.B.), « Contrats privés- contrats administratifs : point de convergence », in CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), *Contrats publics, mélanges en l'honneur du professeur Guibal*, pp. 367 et s.

SHAOUL (J.), « L'expérience britannique des PFI et ses implications sur les dépenses publiques du secteur hospitalier au métro de Londres » in CAMPAGNAC (E.), (sous dir.), *Evaluer les partenariats public-privé en Europe*, Paris, Presses des écoles nationales des Ponts et chaussées, 2009, pp. 247 et s.

STOFFAËS (C.), « Le contrat de gestion comme moyen de modernisation de l'Etat », *R.F.A.P.*, n° 61, 1992

STOFFAËS (C.), « Avant-propos », in C. STOFFAËS (sous la dir.), *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, ASPE Europe, coll. « ISUPE », Paris, 1994

TALLON (D.), Rapport sur le droit français, in « Remèdes », in *Le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise*, LGDJ, 1987

TERNEYRE (Ph.), « Les montages contractuels complexes », in *AJDA*, 1994, n° spéc.

TERNEYRE (P.), « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, pp.667 et s.

TERNEYRE (P.), « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, pp. 43 et s.

TERRE (F.), et OUTIN –ADAM (A.) , « l'année d'un bicentenaire » in *D.*, 2004, n °1

TERRE (F.), FITOUSSI (L.), « Prolégomènes » in TERRE (F.), *Pour une réforme du droit des contrats* (sous la dir.), Dalloz, Thèses commentaires, Paris, 2009, pp. 37 et s.

TEULET (M.), « Intervention », in IGD, *La régulation des services publics locaux*, février 2000

THEURILLAT (T.), « La ville négociée : entre financiarisation et durabilité », *Géographie, économie, société*, 2011/3 Vol. 13, p. 225 et s.

THEVENET (M.), « Finance et management » Domination ou soumission, *Revue française de gestion*, 2009/8 n° 198-199, p. 173 et s.

THIRION (N.), « Privatisations d'entreprises publiques, économie de marché et transformation des systèmes juridiques étatiques : un processus inéluctable ? », *Pyramides*, 2- 2000, pp. 85 et s

THONIER (A.), « Dix ans de réforme des télécommunications au Royaume-Uni : échec du pilotage de la structure de marché et libéralisation complète », *Économie & prévision*, n°119, 1995-3. pp. 107 et s.

TORRES (L), PINA (V), "Public private partnership and private finance initiatives in the eu and spanish local governments", in *The European Accounting Review*, 10(3), 2001, pp. 601 et s.

TURLEY (W.), WOMACK (B.), « Asian Socialism's Open Doors: Guangzhou and Ho Chi Minh City », *China Journal*, n°40, 1998, p. 95 et s.

UBAUD BERGERON (M.), « Le juge, les parties et le tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.), in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur du Professeur Guibal, op.cit., pp. 575 et s.

TESSIER (A.), "La refonte des directives communautaires sur la coordination des procédures de passation des marchés publics", *BJDCP*, n° 27

TORICELLI (S.), « Les limites à l'utilisation des instruments contractuels dans l'activité administrative », in NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.), (sous la dir.), *Droit comparé des Contrats publics*, Paris, Bruylant, 2010, pp. 125 et s.

TOUMANOV (V. A.), « Évolution du droit de propriété dans les anciens pays socialistes » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 49 N°3, Juillet-septembre 1997, pp. 531 et s.

TOURETTE (F.), « Le principe d'égalité, la tarification des services publics et les ressources des usagers », *Gazette du Palais*, 10-11 novembre 1999, p. 15 et s.

VINCELLES (C.A de) « Les principes généraux relatifs au droit des contrats ? », in TERRE (F.), *Pour une réforme du droit des contrats* (sous la dir.), Dalloz, Thèses commentaires, Paris, 2009, pp.113 et s.

VALERO (V.), « Les écarts de prix de l'eau en France entre les secteurs privé et public », *Revue économique*, 2014/0 Prépublication, p. I et s., p. II

VARONE (F.), GENOUD (C.), « Libéralisation des services de réseau et responsabilité publique : le cas de l'électricité », in *Politiques et management public*, vol. 19, n° 3, 2001. Les nouvelles exigences de la responsabilité publique. Actes du dixième colloque international - Paris, jeudi 9 et vendredi 10 mars 2000 - Tome 2. pp. 191 et s.

VASAVAKUL (T.), « Vietnam : From Revolutionary Heroes to Red Entrepreneurs », in MUTHIAH (A.) (ed.), *Coercion and Governance: The Declining Political Role of the Military in Asia*, Stanford University Press, Stanford, 2001, p. 336 et s.

VIANDIER (V.A.), « La complaisance », JCP 1980, 1. 2987, n° 16 et s.

VIAU (J.), « Pratiques relationnelles et commande publique : enjeux et perspectives », *ESKA, Market management*, Vol. 3, 2003/2, pp. 3 et s.

VIDAL (L.), « La tension entre l'impératif économique d'adaptation du contrat et sa réglementation : l'encadrement récent des avenants et des décisions de poursuivre », in KIRAT (T.), MARTY (F.), VIDAL (L.), *Economie et droit du contrat administratif*, La documentation française, 2005. pp. 251 et s.

VU (T.M.T.), « Etat, parti et renouveau culturel : renaissance de la tradition et formation d'un nouveau rapport entre l'administration et la population », in DOVERT (S.), TREGLODE (B. de), (dir.), *Vietnam contemporain*, op.cit., pp. 375 et s.

WILLIAMSON (O. E.) *Economic organization*, Wheatsheafbooks, 1986, "Strategizing, economizing and economic organization", *Strategic Management Journal*, vol 12, p. 75 et s., "Transaction cost economics and organization theory", *Industrial and Corporate Change*, vol. 2, pp. 107 et s., "Hierarchies, market and power in the economy, an economic perspective", *Industrial and Corporate Change*, vol. 1 n° 1, pp. 21 et s.

WILLIAMSON (O. E.) "Transaction cost economics: The governance of contractual relations", *J.L.E.*, n°2, 1979

WITZ (C.) « contrat ou acte juridique ? », in TERRE (F.), *Pour une réforme du droit des contrats* (sous la dir.) , Dalloz, Thèses commentaires, Paris, 2009 , pp. 31 et s.

WOMACK (B.) "The party and the people: Revolutionary and postrevolutionary politics in China and Vietnam" *World politics*, n° 4, juillet 1987, p. 485

WOMACK (B.), « Moderniser le parti-État en Chine et au Vietnam », *Revue internationale politique comparée*, vol 18, 2011/1, pp. 69 et s.

WYMEERSCH (E.), « Le gouvernement d'entreprise : faits et perspectives », *Act. Dr.*, 1999, pp. 167 et s.

YANG (J.), « Essai sur l'introduction du contrat dans le droit administratif », in *Science juridique chinoise*, 2002-2

YANN (B.A.), DE TREGLODE (B.) « Dõi mói et mutations politiques », in DE TREGLODE (B.), DOVERT (B.), (dir.), *Vietnam contemporain*, Les Indes Savantes, Paris, 2008, pp. 119 et s.

YIN-WAH (C.), « Le reconstitution de l'alliance développementaliste en Corée et au Taïwan », *Critiques internationales*, n° 63, avril -juin 2014, pp. 41 et s.

ZECEVIC (S.), « Le contrat de Common law, forces et faiblesses », in *La semaine juridique notariale et immobilière* n° 38, 17 Septembre 2004, pp. 1438 et s.

ZEGHBIB (H.) « Le contrat dans l'action publique », *Contrats publics Mélanges Guibal*, Presse université Montpellier, 2006, pp. 605 et .

ZEFALI (Z.), « Droit des financements structurés, Ed *Revue Banque*, 2004 , p. 80 et s.

ZENATI (F.), Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1993

ZENG (R.), « Etude comparée des sûretés réelles en droit français et en droit chinois », in *R.I.D.C.* avril-juin 2011, n°2, pp. 433 et s.

ZERBATO (M.), « Une finance insoutenable, Marchés financiers et capital fictif », in DUMENIL (G.), LEVY (D.) (sous la dir. de), *Le triangle infernal, Crise, mondialisation, financiarisation*, PUF, Actuel Marx Confrontation, Paris, 1999, pp. 73 et s.

ZILLER (J.) , « Mondialisation et interventions publiques dans le marché : Du contrôle juridictionnel de l'intervention publique à l'encadrement juridique par l'intégration économique régionale ou globale : aides publiques et fiscalité – quelques pistes pour un programme de recherche », in *RIDE*, 2002, pp. 313 et s.

## Thèses

ANDORNO (A.), «*Les techniques de gestion des biens, en droit privé et public comparé* », Thèse en sciences juridiques, Université de Toulouse, 2012

BOTTON (S.), *Privatisation des services urbains et desserte des quartiers défavorisés : Une responsabilité sociale en partage (Le cas des services d'eau et d'assainissement, d'électricité et de télécommunications dans les quartiers 'carenciados' de l'agglomération de Buenos Aires (Argentine) de 1991 à 2004)*, thèse de doctorat en Sociologie, Université de Marne la vallée, 2005

HOANG(A.T.), *Pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ trả nợ trong hoạt động cho vay của ngân hàng thương mại ở Việt Nam - Những vấn đề lý luận và thực tiễn (Les problèmes en théorie et dans la mise en œuvre du système juridique de la garantie des créances bancaires au Vietnam)*, Mémoire droit de la faculté de droit, Université nationale Hanoi, 2006

HUET (F.), *Partenariats public-privé et performances, théories et application au secteur de l'approvisionnement d'eau potable en France*, Thèse en sciences économiques, Universités de Paris I, Panthéon, Sorbonne

LE LANNIER (A.), *Renégociations et difficultés d'exécution de la concurrence par comparaison, une application au secteur de l'eau en Angleterre et au Pays de Galles*, thèse en Sciences Economiques, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2010

LE (N. T.), *Evolution des formes comptables en contexte de transition économique, le cas du Vietnam*, Thèse en Science sociale, HEC Paris, 2008

LEROY (C. E.), *Le sens et l'avenir des réformes de l'appareil de l'Etat entreprises au Vietnam sous le signe de renouveau*, Thèse de droit public, Université Paris 2, 1998.

LIU (K.) « *Procédures et acteurs de l'utilisation du foncier chinois dans un contexte de mutation socio économique, le cas de : Beijing, Shanghai, Xi an* », Thèse de doctorat nouveau régime, en urbanisme, aménagement et politiques urbaines, Université Paris Est, 4 décembre 2008

LIWEI (Q.), « *L'interprétation du contrat : étude comparative du droit français et droit chinois*, thèse de doctorat en Science juridique, Université Paris Panthéon Assas, 2012

NGUYEN (H.A), « *La juridiction administrative au Vietnam* », thèse en cotutelle Université Toulouse 1 et Université de Hanoi, soutenue le 20 janvier 2008

NGUYEN (V.H.), *Stratégie d'industrialisation et compétitivité de l'économie vietnamienne*, Thèse en Science Economique, Université d'Orléans, 2011,

PANDOLFI (L.), *Une terre sans prix, réformes foncière et urbanisation au Vietnam 1986-2000*, Thèse de doctorat, Université de Paris 8, Institut français d'urbanisme, Paris, 2001

PHAM (P.L.), « *La réforme de l'Etat et des entreprises au Vietnam : le cas des infrastructures de transport* », Thèse de cotutelle de l'Ecole Nationale des Ponts et Chaussée et l'Ecole Supérieure de transport et communication de Hanoi, 2007

PHAM (V.TH.H), *Financement bancaire des PME, étude de cas du Vietnam*, Thèse de la faculté des sciences de l'administration de l'Université de Laval, 2010

POYET (M.), *Le contrôle de l'entreprise publique, Essai sur le cas français*, Thèse en science juridique, Université Jean-Monnet, Saint-Etienne, 2001

SABART (G.), *Les services publics de réseau, Essai de comparaison entre les Etats-Unis, la France et la Grande Bretagne*, Thèse en Droit, Université Aix-Marseille, 2003

SALAH ELDIN CAMAL (C.), *Le partenariat public privé et le mécanisme de l'équilibre contractuel en droit interne et international*, Thèse doctorat science juridique Aix en Provence, 2010

SAUGEZ (H.), *L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public*, Thèse de doctorat en droit, Université d'Orléans, 2012

TISSEYRE (S.), *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, thèse en droit et en Science politique, Université d'Aix Marseille, 2012

TOLEDO (A.M.), *Les sûretés réelles dans le droit du commerce international*, Thèse Paris 1, 1997

UBAUD-BERGERON (M.), *La mutabilité du contrat administratif*, thèse en sciences juridique Université Montpellier, 2004

VAN DIJK (P.), « Flux financiers et marchés émergents en Asie », *Revue d'économie financière*, Vol. 44, n° 44, 1997, pp. 159 et s.

VIDAL (L.), « L'économie de la répartition des risques dans les contrats : les liens entre droit et économie », in VIDAL (L.), AUBY (J.B.), KIRAT (T.), MARTY (F.), *Economie et droit du contrat administratif*, LDF, 2005, pp. 59 et s.

VO (P.L), *Formulation d'une approche intégrale de la gestion durable de l'eau à HCMV, Vietnam*, Université Adelaide, 2011

ZENATI, V. *La nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse en science juridique Lyon, 1981

## **Rapport, Actes de colloques et autres ouvrages collectifs**

ACHS (J.D.), « Reforms in Eastern Europe and the Former Soviet Union in light of the East Asian experiences », *NBER Working Paper*, 5404, janvier 1996

ARKWRIGHT (E.), BOISSIEUX (C.de), LORENZI (J.H.), SAMSON (J.), *Economie politique de la LOLF*, Rapport pour le Conseil de l'Analyse Economique, La Documentation française, Paris, avril, 2007

BAUMEL (J.) , « Moins d'Etat, mieux d'Etat » : *colloque du 14 octobre 1985 à l'assemblée nationale*, Fondation du futur, 1986.

BELLOCQ (F.X), *Le risque systémique bancaire au Vietnam : Tendances récentes et évolutions possibles*, Forum économique et financier de l'ADETEF, 2008, Hanoi

BEN JELLOUL (M.), *Réforme financière de Bâle III: chemin parcouru et enjeux futurs*, Centre d'analyse stratégique, La Note d'Analyse, n° 209, Janvier, 2011.

BERGERE (F.), *Les conséquences de la crise financière sur le financement des PPP*, Séminaire sur les Partenariats public-privé, Beyrouth, 26 octobre 2011

BERGERET ( P.), *Quelles organisations sociales pour la gestion des biens et des services collectifs ?*, Compte rendu de la conférence FPM du 24 janvier 2001

BLUM (R.), *Mondialisation : chance et risque*, Rapport de la Commission des Affaires étrangères de l'Assemblée Nationale, n° 1963, 1999

BODIGUEL (M.), BULLER (H.), « Gestion publique ou gestion privée de l'eau ? une réflexion franco-britannique », *Hydrologie dans les pays celtiques*, Rennes, 8-11 juillet 1996, Ed. INRA, Paris, 1996, (Les Colloques n°79), pp. 443 et s.

- BRENAC (E.), « La grande technologie entre l'État et le marché », *Actes du séminaire international des 8-9 novembre 1990*, Université Pierre Mendès-France, Grenoble, 1991.
- BURKHARDT (G), GRILLOT (C.), NGUYEN (N.T.), *Guide répertoire sur l'environnement au Vietnam*, Mission Economique de Hanoi, 2006
- CAO (H.T.), SWIERCZEK (F.W.), "Critical success factors in project management: implication from Vietnam", *Asia Pacific Business Review*, Vol. 16, n° 4, October 2010, pp. 567 et s.
- CHASSAGNARD –PINET (S.), HIEZ (D.), *Le système juridique à l'ère de la contractualisation*, Synthèse, 2008, Mission de Recherche droit et justice.
- COLASSE (B.), « L'évolution récente du droit comptable », *L'actualité comptable 2004*, Conférence organisée par l'Association Française de Comptabilité à l'ENS de Cachan, Sep 2004, Cachan
- COSSALTER (P.), *Les concessions et le principe de rentabilité limitée*, Intervention le 26/10/2006, ATOM, Groupe de travail « Service public, organisations et contrats »
- COSSE (P.Y.), *Les entreprises vietnamiennes, Services publics et responsabilité de l'Etat*, Atelier de travail du forum économique et financier, Hanoi, 10 et 11 novembre 2005,
- CROZET (P.), DESMARAIS (C.), « L'encadrement des organisations publiques face à la modernisation managériale : concilier l'inconciliable ? », *6e Conférence de l'AGRH - Paris Dauphine*- 15 et 16 septembre 2005
- DE SOTO (H.), *International Herald Tribune*, 5 January 2001
- DIAZ PEDREGAL (V.), VU (T.B), « Vers une gestion durable de l'eau potable dans le nord Vietnam », *Actes des JSIRAUF*, 6-9 novembre 2007
- JACQUET (P.), CHARNOZ (O.), *Infrastructures, croissances et la réduction de la pauvreté*. Article pour le forum Franco-vietnamien, 6-13 septembre 2003, version du 18 août 2003
- KIRAT (T.) AUBY (J.B.), VIDAL (L.), MARTY (F.), *Le contenu et la portée économique des règles de droit, application à la répartition des risques dans les contrats administratifs*, GIP Mission de recherche et justice, 2003
- KIRAT (T.), Vidal (L.), *Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées*, Annales de l'Institut André TUNC – Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005
- KIRAT (T.), « *De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics* », Etude réalisée dans le cadre du programme « Attractivité du droit » de la Mission de recherche Droit et Justice, Juin 2007
- LASSERE (R.), KIBLER (L.), PAUTRAT (M.H.), (sous la dir.) *Modernisation des services publics et management social en France et en Allemagne*, CIRAC, Université de Cergy Pontoise, 2007

LAWSON (F.H.), *The Law of Absolute Ownership and Division of Ownership*, International academy of comparative law, 5e congrès, 4-9 août, 1958, United Kingdom Committee

LE BIHAN (D.C.), « De l'usager au consommateur-citoyen : les mutations du service public à la française », *Le service public ; indispensable mais controversé, comparaison Maroc-France*, Actes de Colloque, L'Harmattan, 1999

MARCOU (G.), « Le partenariat public-privé : retrait ou renouveau de l'intervention publique ? », in Colloque de la Caisse des Dépôts et Consignations, *Partenariat public-privé et collectivités territoriales*, La Documentation Française, Paris, 2002,p

MARTINAND (C.), in « *Le bon usage des partenariats public privé* », Compte rendu de la réunion du 21 septembre 2005, du Club Penser&Agir en partenariat avec l'Institut de l'entreprise, l'Institut de l'ENS et IDRH.

MARTY (F.), KIRAT (T.), « Règles de comptabilité publique, droit des marchés publics et management public : Réflexions sur les dimensions économiques et juridiques du contrôle de la dépense publique », *17<sup>ème</sup> conférence de la Society for the Advancement of Socio-Economics*, Budapest, 30 juin-2 juillet 2005, Réseau MATRICE (Management de l'Administration, Transformation des Règles de l'Information Comptable de l'Etat)

MARTY (F.), « Enjeux et risques de l'adoption d'une comptabilité patrimoniale dans la sphère publique », *Colloque : comptabilité unique, contrôle de gestion dans les services publics, changements et rapports sociaux*, Université de Provence, Marseille, 2006.

MARTY (F.), VOISIN (A.), « Public : nouvelles figures ? Nouvelles frontières ? », *Actes du seizième Colloque international Florence*, 15 et 16 mars 2007 organisé en collaboration avec l'Université Paris X (Laboratoires CEROS et CRDP) - Tome 1. pp. 19 et s.

MARTY (F.), VOISIN (A.), « La comptabilisation des contrats de Private Finance Initiative au Royaume-Uni », *Cahier de recherche GIREF*, n° 02-2009, ESG – UQAM, mars 2009

MARTY (F.), *L'évolution des conditions de financement des contrats de Partenariats public-privé : quels impacts de la crise financière*, Document de travail GREDEG, n° 2013-42 oct, 2013

MARTY (F.), *L'évolution des conditions de financement des contrats de PPP*, Chaire Economie des PPP DP N° 2014-08, septembre 2014.

NASSE (P.), *Redistribution et croissance dans une économie en transition*, quatrième session du forum franco-vietnamien, HCMV, 10/11 septembre 2003.

SACO (R.), « La codification, forme dépassée de législation » in *Rapports Nationaux Italiens au Xième congrès International de droit comparé*, Caracas, 1982, Milan

SAUVE (J.M.), *L'avenir du modèle français de droit public en Europe*, Colloque organisé par la chaire Mutations de l'action et du droit public de Sciences Po, sous le

patronage du Conseil d'Etat avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice, 2011

SENTENAC (P.), « Le panorama de l'eau potable dans les pays émergents d'Asie-Pacifique », *Mission Economique*, n° 133, 2006.

SACHWALD (F.), PAULMIER (T.), *Quelle politique d'innovation pour le Vietnam ?* Forum Franco-vietnamien, 20-21 mars 2002

SUEUR (J.P.), PORTELLI (H.), *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?*, Rapport d'information, Commission des Lois du Sénat, n° 733, juillet 2014.

VU (T.T.A.), « Vietnam-The long March to Equitization », Policy brief n°33, The William Davidson Institute, University of Michigan,

Table ronde n°3, « Jusqu'où la comptabilité locale doit-elle s'intégrer dans la convergence des normes comptables ? », Colloque sur la comptabilité des collectivités locales organisé par la DGCP, du 21 septembre 2006. *La revue du Trésor*, n°2, février 2007, pp. 107 et s.

WEBSTER (L.), AMIN (R.), *Equitization of State Enterprises in Vietnam*, Mekong Project Development Facility, Hanoi, 1998,

## Articles sur Internet

AMBROISE (L.), MAQUE (I.), PRIM-ALLAZ (I.), *Ian Macneil et la théorie du contrat social : Proposition d'un outil d'analyse des relations pour l'ensemble des domaines de gestion*, p. 2, disponible sur le site <http://www.strategie-aims.com/events/conferences/3-xviiieme-conference-de-l-aims/communications/298-ian-macneil-et-la-theorie-du-contrat-social-proposition-dun-outil-danalyse-des-relations-pour-lensemble-des-domaines-de-gestion/download>, consulté le 16/3/2015

APE, *L'Etat actionnaire*, 2014-2015, voir site, consulté le 15/12/2015. [http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/agence-participations-etat/Rapport\\_APE.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/agence-participations-etat/Rapport_APE.pdf)

BABIN (J.), *Ce qu'il faut savoir sur la loi Florange*, A la Une, politique économique, disponible sur le site : <http://www.challenges.fr/economie/20150414.CHA4911/ce-qu-il-faut-savoir-sur-la-loi-florange.html>, consulté le 12/11/2015.

BAO ANH, *Tư hữu đất đai, nên hay không*, (*Le pour et le contre de la propriété privée dans le domaine foncier*) disponible sur le site : <http://www.khoahocphaply.vn/tu-huu-dat-dai-nen-hay-khong/#more-707>, consulté le 13 juin 2013

BENSAID (J.), MARTY (F.), Pertinence et limites des partenariats public-privé : une analyse économique, Centre Cournot, 2013, disponible sur le site <http://www.centre-cournot.org/pertinence-et-limites-des-partenariats-public-privé-une-analyse-economique?lang=fr.>, consulté le 15/8/2015

BERGERE (F.), *L'expérience française : crise et financement des PPP*, MAPPP, Astana Economic Forum, 1-2 July, 2010, disponible sur le site <http://forum-astana.org/ru/history/aef2010/presentation/ppp/Bergere.ppt>, consulté le 24/4/2015

BOITEUX (M.), « Entreprises publiques et monopoles », disponible sur le site : <http://www.asmp.fr/travaux/colloqus/entreprisespubl/boiteux.pdf>, consulté le 23/11/2015

CHEVALLIER (J.), « Les orientations nouvelles des politiques de réforme administrative en France », *Pyramides*, 19, | 2010, mis en ligne le 10 janvier 2012, consulté le 07 décembre 2015

CHAMSAUR (P.), IGPDE (Institut de la gestion publique et du développement économique du Ministère de l'Economie, des finances et de l'industrie), « Du monopole à la concurrence », *Discours*, 11 juin 2004, p. 291. Disponible sur le site : <http://www.arcep.fr/> consulté le 12/11/2015

DELALANDE (P.), « Vietnam : le régime de parti unique communiste peut-il durer ? », disponible sur le site <http://www.aafv.org/Vietnam-le-regime-de-parti-unique>, consulté le 22 novembre 2013

GORE (M.), *L'évolution et la diversification du droit de propriété*, disponible sur le site : [http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/table\\_ronde\\_2.pdf](http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/table_ronde_2.pdf), consulté le 1/8/2014.

GRIMALDI (M.), « Présentation générale des sûretés en droit français, disponible sur le site : [http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/table\\_ronde\\_4.pdf](http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/table_ronde_4.pdf)

HAAS (J.), NECHELIS (D.), Les nouveaux enjeux de la comptabilité : du droit comptable à la régulation économique et financière, *Autorités des normes comptables*, juin 2013, disponible sur le site : [http://www.anc.gouv.fr/files/live/sites/anc/files/contributed/A\\_Recherche/D\\_Etats%20generaux/2015/PP\\_SubstanceOverform\\_Y%20Muller%20VF.pdf](http://www.anc.gouv.fr/files/live/sites/anc/files/contributed/A_Recherche/D_Etats%20generaux/2015/PP_SubstanceOverform_Y%20Muller%20VF.pdf), consulté le 2/12/2015.

IRD, *Regards croisés sur Hanoi, transition, spécificité urbaine, et choix de développement*, Actes du séminaire, 12-14 novembre 2002, disponible sur le site, consulté le 13/10/2015.  
[http://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins\\_textes/divers10-09/010033931.pdf](http://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/divers10-09/010033931.pdf)

LABBE (D.), MUSIL (C.), « L'extension des limites administratives de Hanoi : un exercice de recomposition territoriale en tension », *Cybergeo : European Journal of Geography* [Online], Regional and Urban Planning, document 546, disponible sur le site <http://cybergeo.revues.org/24179>, met en ligne 14/10/2011, consulté 30/7/2015

LACHMANN (J.), « Management privé et management public : la fin des frontières », *Etats généraux du management*, Strasbourg, 15/1/ 2012. Disponible sur le site : <http://www.etatsgenerauxdumangement.fr/egm2012/ddoc-312-S21-JLACHMANN.pdf>, consulté le 17/9/2015

LE (H.N.) : *L'actionnariat des entreprises publiques au Vietnam* , disponible sur le site : <http://thongtinphapluatdansu.wordpress.com/> 2009/06/07/3037/, consulté le 10/11/2015.

LE (N. T.), « Liens entre comptabilité et système économique : la transition vietnamienne, La place de la dimension européenne dans la comptabilité », *Contrôle Audit*, Mai, 2009 , Strasbourg, pp.CD ROM. <halshs-00460227>

LE (N.T.), BOURMONT (M.), VIDAL (O.), *La perception des changements comptables par les acteurs : le cas du Vietnam*, Comptabilités, économie et société, 2011, Montpellier, disponible sur le site <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00650545>, consulté le 26 août 2015

MARTY (F.), VOISIN (A.) *Les partenariats public-privé dans les pays en développement : Les enjeux contractuels*, 2006, p. 17, disponible sur le site <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00010365>, consulté le 30/10/2014

MARTY (F.), *Les enjeux économiques et industriels liés au recours aux partenariats public-privé dans le domaine spatial, une application : le contrat de Privat finance Initiative britannique Skynet V*, disponible sur le site, [http:// halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/21/61/43/pdf/skynet\\_CNES\\_Toulouse.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/21/61/43/pdf/skynet_CNES_Toulouse.pdf), consulté le 20/1/2014

MELLAC (M.), FORTUNEL (F.), TRAN (D.D.), La réforme foncière au Vietnam, analyse des jeux d'acteurs et du processus de transformation des institutions aux échelons central et provincial, AFD, 2010, p. 17, disponible sur le site : <http://www.foncier-developpement.org/vie-des-reseaux/le-projet-appui-a-lelaboration-despolitiques-cfoncieres/volet-recherche>

MOREAU (M.), *A propos de l'influence internationale du droit français*, pp. 359 et s., p. 367, disponible sur le site : [http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/Moreau\\_2003.pdf](http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/Moreau_2003.pdf), consulté le 10/11/2014.

MURPHY (T.), XU (T.), La ville comme laboratoire et le fossé entre l'urbain et le rural : le retour de la propriété privée et ses limites dans la Chine post-maoïste *Perspectives chinoises* , 2008/4, 2008, disponible sur le site <http://perspectiveschinoises.revues.org/5134>, mis en ligne le 01 octobre 2011, consulté le 28 décembre 2015.

MULLER (Y.), *Enjeux de la normalisation comptable internationale : quand la régulation remplace la loi*, disponible sur le site : <http://convention-s.fr/notes/les-enjeux-de-la-normalisation-comptable-internationale-quand-la-regulation-remplace-la-loi/>, mis en ligne le 17/5/2013, consulté le 20/8/2015.

NGUYEN (N.D.), LEROY (C.E.), *Pluralité des approches juridiques de la pluriculturalité au regard de la conception du patrimoine en droit vietnamien*, disponible sur le site :

[http://fr.jurispedia.org/index.php/Pluralit%C3%A9\\_des\\_approches\\_juridiques\\_de\\_la\\_pluriculturalit%C3%A9\\_au\\_regard\\_de\\_la\\_conception\\_du\\_patrimoine\\_en\\_droit\\_vietnami](http://fr.jurispedia.org/index.php/Pluralit%C3%A9_des_approches_juridiques_de_la_pluriculturalit%C3%A9_au_regard_de_la_conception_du_patrimoine_en_droit_vietnami) en, mis en ligne 2005 , consulté le 17/12/2015

NUSSBAUMER (M.), « Le chaos des chemins de fer britanniques », *Le Monde diplomatique*, avril 2002, disponible sur le site <http://www.monde-diplomatique.fr/2002/04/NUSSBAUMER/16381>, consulté le 10/11/2014.

PESQUEUX (Y.), *New public management*, p. 6, disponible sur le site : <https://hal.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/510878/filename/Lenouveaumanagementpublic.doc>, consulté le 22/9/2015.

PROUZET (M.), *L'obscur clarté de l'aménagement foncier au Vietnam, à l'heure de l'économie de marché à orientation socialiste*, disponible sur le site <http://droitfrancechine.org/content/download/1016/6742/file/Vietnam%20/Article%20Prouzet%208%20%C3%A9vrier%202013.pdf>, consulté le 27/2/2015

SARMET (M.), « Le financement de projet appliqué aux équipements collectifs », *Colloque l'expérience française de financement privé des Equipements publics*, disponible sur le site : <http://www.urbanisme.equipement.gouv.fr/cdu/datas/docs/ouvr18/part4.htm>

SAUSSIÉ (S.), PIRON (V.), BRUX (J. de), *Une analyse économique des partenariats public-privé*, 2011, disponible sur le site [www.ipp.org/docu/analyse\\_2011](http://www.ipp.org/docu/analyse_2011), consulté le 19/3/2015

THANH HA, *La loi sur l'investissement public, garante d'efficacité*, disponible sur le site : <http://vovworld.vn/fr-ch/Economie-Vietnamienne/La-loi-sur-linvestissement-public-garante-defficacite/264007.vov> , publié le 19/8/2014, consulté le 28/3/2015.

TRUONG (D.L.), LANJOUW (G.), LENSINK (R.), « The impact of Privatisation on Firm Performance in a Transition Economy : the Case of Vietnam », p.5, disponible sur le site : <http://som.eldoc.ub.rug.nl/FILES/reports/themeC/2004/04C31/04C31.pdf>, consulté le 15/12/2015.

VERON (J.B), « Le Vietnam : une nouvelle réussite du modèle de développement asiatique » in *la Revue Jaune et la Rouge*, Magazine n°609, avril 2005, disponible sur le site : <http://www.lajauneetlarouge.com/article/le-vietnam-une-nouvelle-reussite-du-modele-de-developpement-asiatique#.VI291eN5PLo>, consulté le 1/12/2015.

VOISIN (A.), MARTY (F.), *Les partenariats public-privé dans les pays en développement : déterminants, risques, difficultés d'exécution*, p. 30, disponible sur le site <https://http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers/WP-anciens/WP-Gredeg-2005-09.pdf>, consulté le 30/10/2014

## Ouvrages en vietnamien

DINH (T.M.P.), *L'unification du droit de contrat vietnamien, (Thống nhất luật hợp đồng ở Việt Nam)*, Edition juridique, Ha noi, 2005

HOANG (T.L.) « Sửa đổi, bổ sung BLDS Việt Nam, một yêu cầu bức xúc trước thêm của thế kỷ XXI », (La réforme du Code civil vietnamien, une exigence pressante à la veille du XXIème siècle), *Revue Information sur les sciences juridiques - Institut des Sciences juridiques*, Ministère de la Justice, N° 11+12/2001,

LE (K.G.), *Contrat civil et les conflits usuels (Hợp đồng dân sự và các tranh chấp thương pháp)*, nhà xuất bản Tu pháp, Ha noi, 2011

NGUYEN (V.T.), N (H.D.), *Des problèmes actuels de la propriété dans notre pays, (Một số vấn đề về sở hữu ở nước ta hiện nay)*, Nhà xuất bản chính trị quốc gia, Hà nội, 2004

NGUYEN (T.C.), PHAM (V.D.), HO (Q.S.), *Tìm hiểu giá trị văn hóa truyền thống trong quá trình công nghiệp hoá hiện đại hoá, (Etude des valeurs culturelles traditionnelles dans le processus d'industrialisation et de modernization)*, Edition Chính trị quốc gia, Hanoi, 2000,

PHAM (T.M.C.), *La capitalisation de la rente foncière dans l'économie de marché à orientation socialiste (vốn hóa đất đai trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa)*, Hanoi, 2013

PHAM (N.Q.), NGUYEN (V.T.), *Góp phần tìm hiểu sự phát triển tư duy lãnh đạo của đảng ta trong cuộc đổi mới trên các lĩnh vực chủ yếu, (Quelques réflexions sur l'évolution de notre parti dans l'affirmation de son rôle directeur dans l'œuvre de renouveau dans les principaux domaines)*, Edition Chính trị quốc gia, Hanoi, 2000

TUONG (D.L.), *Le droit civil et la pratique judiciaire, (Pháp luật Dân sự và thực tiễn xét xử)*, Nhà xuất bản chính trị quốc gia, 2009

*Cuộc đời và sự nghiệp Hồ Chí Minh (Ho Chi Minh, Sa vie et son œuvre)*, Edition The Gioi, Hanoi, 1988,

## Articles en vietnamien

BUI (H.), *Luật đầu tư sửa đổi năm 2014 (La réformation de la loi sur les investissements en 2014)*. Disponible sur le site <http://moj.gov.vn/ct/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=6390>, consulté le 4/4/2015.

BUI (S.L.), « Giải pháp giảm nghèo bền vững ở Việt Nam » (Les mesures pour une réduction durable de la pauvreté au Vietnam), *Tạp chí lao động xã hội (Revue sociale et travail)*, n° 402, 1-15/3/2011, p.37 et s.

HOANG (T.L.), "Sửa đổi, bổ sung BLDS Việt Nam, một yêu cầu bức xúc trước thềm của thế kỷ XXI", (La réforme du Code civil vietnamien, une exigence pressante à la veille du XXIème siècle), *Revue Information sur les sciences juridiques- Institut des Sciences juridiques*, Ministère de la Justice, N° 11+12/2001

NGUYEN (N.D.) « Lợi ích của việc xây dựng chế định vật quyền đối với việc hoàn thiện hệ thống pháp luật tài sản » (L'utilité de la notion de droit réel dans l'amélioration du système de droit des biens), *Nghiên cứu lập pháp, (Etudes législatives)*, n° 2, 3 (187-188), 2011 pp. 92 et s.

NGUYEN (T.L.), « Các hạn chế trong quy định về trình tự ký kết hợp đồng BOT theo nghị định 78 » ( Les limites des dispositions relatives de la mise en œuvre du contrat B.O.T dans le décret 78), *Tạp chí nghiên cứu lập pháp, (Revue d'étude législative)*, n° 3, 120, mars 2008, disponible sur le site [http:// www.nclp.org.vn/](http://www.nclp.org.vn/).

NGUYEN (T.T.), "Pháp luật cạnh tranh trong WTO và kinh nghiệm cho Việt Nam", (Le droit de concurrence à l'OMC et les expériences pour le Vietnam), disponible sur le site : [http://thongtinphapluatdansu.wordpress.com/ 2008/04/20/54356/](http://thongtinphapluatdansu.wordpress.com/2008/04/20/54356/), mis en ligne le 6/07/2009, consulté le 15/11/2015.

NGUYEN (M.D.), « Le régime de la propriété au Vietnam »(Chế độ sở hữu tại Việt Nam), *Nghiên cứu lập pháp, (Etudes législatives)*, n° 2005, pp.253 et s

PHAM (T.H.), « Des expériences de la réalité d'application : les 'erreurs' juridiques du droit de contrat », (*Từ thực tiễn cuộc sống 'bất lỗi' pháp luật về hợp đồng*), *Tạp chí pháp lý, (Revue juridique)* tháng 9/2013, p. 46 et s.

PHAM (N.L.), « Doanh nghiệp nhà nước và những vấn đề sau cổ phần hóa » (Les entreprises publiques et les problèmes de la phase post-actionnarisation), *Tạp chí kinh tế (Revue économique)*, n° 11(451), juin 2009

NGUYEN (H.H.), *L'évolution de la suppression du monopole de l'EVN, (Nhìn lại tiến trình phá thế độc quyền của EVN)*, disponible sur le site : <http://tapchitaichinh.vn/co-che-chinh-sach/binh-luan-chinh-sach/nhin-lai-tien-trinh-pha-the-doc-quyen-cua-evn-29676.html>, mis en ligne le 14/08/2013, consulté le 15/11/2015.

NGUYEN (A.H.), *Một vài vấn đề cần được nghiên cứu để xây dựng Bộ luật dân sự, (Quelques réflexions sur l'élaboration du code civil)*, Intervention au séminaire "Les orientations de la réforme du code civil", organisé le 2 mars 2011 à Hanoi par le Ministère de la Justice en collaboration avec JICA, disponible sur le site <http://www.thongtinphapluat.wordpress.com>.

THAI (V.T.), « Văn hóa pháp luật Pháp và những ảnh hưởng tới pháp luật ở Việt Nam »(La culture juridique française et son influence sur le droit vietnamien),*Revue Etudes législatives*, Cabinet de l'Assemblée nationale, N° 3 (212) 2/2012 (212) , disponible sur le site internet :[http://www.nclp.org.vn/nha\\_nuoc\\_va\\_phap\\_luat/van-hoa-phap-luat-phap-va-nhung-anh-huong-toi-phap-luat-o-viet-nam/?searchterm=t%E1%BB%91%20t%E1%BB%A5ng](http://www.nclp.org.vn/nha_nuoc_va_phap_luat/van-hoa-phap-luat-phap-va-nhung-anh-huong-toi-phap-luat-o-viet-nam/?searchterm=t%E1%BB%91%20t%E1%BB%A5ng), consulté le 20/1/2015

TRAN (K.C.), « *Tiếp cận vấn đề quyền sở hữu đất đai của nước ta hiện nay* » (*Une approche du problème du droit d'usage du sol actuellement au Vietnam*) disponible sur le site : <http://www.tapchiconsan.org.vn/Home/Nghiencuu-Traodoi/2013/24845/Tiep-can-giai-quyet-van-de-quyen-so-huu-dat-dai-o.aspx> mis en ligne le 6/12/2013, consulté le 6/2/2014

VO (N.G.), Rapport au Congrès du Parti : les critiques de l'affaire PMU18, disponible sur le site <http://tuoitre.vn/Chinh-tri-Xa-hoi/132423/Kiem-diem-vu-PMU18-va-bao-cao-Dai-hoi-X.html>, mis en ligne le 13/4/2006, consulté le 8/8/2011

VIETBAO ( Journal Vietnamien)« *Tái cơ cấu doanh nghiệp nhà nước, Giải bài toán chất lượng , hiệu quả* », (*Restructuration des entreprises étatiques, résoudre le problème de qualité, d'efficacité*), disponible sur le site : <http://www.baomoi.com/Tai-co-caudoanh-nghiep-nha-nuoc--Giai-bai-toan-chat-luong-hieuqua/45/72284787228478>, epi, consulté le 2/11/2015

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Một số vấn đề về pháp luật dân sự Việt Nam từ thế kỷ XV đến thời Pháp thuộc*(*Le droit civil vietnamien du Xvème siècle jusqu'à l'époque coloniale française* ), Ed. la Politique Nationale, Hanoi, 1998.

## Sites officiels

ACCOUNTING STANDARD BOARD, *Financial Reporting Standard n° 5 – Reporting the Substance of Transaction*, Application Note,1994

BANQUE ASIATIQUE DE DEVELOPPEMENT (BAD), « *La contractualisation : une clé pour la gestion durable des services essentiels* », *Rapport du groupe de travail*, 2008,

AMBASSADE DE FRANCE AU VIETNAM, service économique, 2014, *Evolutions des investissements indirects étrangers au Vietnam en 2013*, disponible sur le site : [http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/VIETNAM\\_Les\\_investissements\\_directs\\_et\\_rangiers\\_cle091\\_df4.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/VIETNAM_Les_investissements_directs_et_rangiers_cle091_df4.pdf)

AGENCE FRANCAISE DE DEVELOPPEMENT (AFD)

- JACQUET (P.), *Infrastructure, croissance et réduction de la pauvreté*, Forum franco-vietnamien, HCM ville, septembre 2003

- *Financement d'une ligne de transport d'électricité de haute tension entre le centre et le sud du Vietnam*, Note de communication publique d'opération

AYMERIC (B.), « *Une approche sociologique et politique des contrats de partenariat public-privé* », *La lettre des Economistes de l'AFD*, n° 21, 2008

- *Vietnam : les vulnérabilités macro-financières associées au processus d'émergence* , Document de travail, janvier 2006

- *La contractualisation : une clé pour la gestion durable des services essentiels* , Rapport du groupe de travail, 2008
- *Les acteurs publics locaux au cœur du développement urbain vietnamien*, Focales, 2010
- *Les acteurs publics locaux au cœur du développement urbain vietnamien*, ALBRECHT (D.), HOCQUARD (H.), PAPIN (P.), Focales 05, Octobre 2010,
- *Service d'eau et secteur privé dans les pays en développement*, 2010
- *Penser la complémentarité entre secteurs formel et informel : la régulation des POP de la distribution d'eau à Ho chi Minh ville (Vietnam)*, BOTTON (S.) in BOTTON (S.), BLANC (A.), (sous la dir.), *Services d'eau et secteur privé dans les pays en développement, perceptions croisées et dynamique des réflexions*. 2010, pp. 351 et s.,
- BREUIL (L.), PEZON (C.), *Le PPP pour développer les services d'eau potable : quelques leçons de l'expérience française pour les PED*, in *Services d'eau et secteur privé dans les pays en développement, perceptions croisées et dynamique des réflexions*, 2011.

#### BANQUE DE FRANCE

- CARDONA (M.),2011), *Bâle III et nouvelles règles prudentielles Processus du G20* , Sommet bancaire francophone 2011, Autorité de contrôle prudentiel, 4 mars,2011
- *L'essor des fonds souverains : quelle implication pour l'Afrique ?* », *Rapport annuel de la zone franc*, 2012.

#### BANQUE MONDIALE

- *Infrastructure for Development* , World development Report, 1994.
- *Toolkits for Private Participation in Water and sanitation*, World development Report 1994
- IRWIN (T.), *Accounting for public-private partnership. How should government report guarantee and long-term purchase contracts?* , Document de Travail, August 2003.
- *Vietnam Harmonization Procedures*, Report of the joint Harmonization Initiatives of the ADB, JBIC and the World Bank, January 2003
- GUASH (J.L), *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions : Doing it Right* , WBI Development Studies, 2004.
- *Doing Business 2004, 2005, 2006 et 2007*, Rapport, Oxford University Press

-DELMON (J.), *Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures, guide pratique à l'intention des décideurs publics*, 2010

- ESTACHE (A.), FAY (M.), *Current Debates on Infrastructure Policy*, Working Paper, n° 49, Washington D.C., 2009

-*Land transparency study: synthesis report Hanoi, Vietnam*, World development Report 2014

#### COMMISSION EUROPEENNE

- DELORS (J.), *Croissance, Compétitivité, Emploi, les défis et les pistes pour entrer dans le XXIe siècle*, livre blanc de la Commission européenne du 8 déc. 1993, *OPOCE*, 1993

#### CONSEIL D'ANALYSE ECONOMIQUE,

-BUREAU (D.), MOUGEOT (M.), « Mesure de la performance et incitations dans la gestion publique », *Rapport*, La documentation française, Paris, 2007

CENTRE D'EXPERTISE POUR L'OBSERVATION DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE (CEF-O-PPP), (2011), *Le marché des contrats globaux, contrats de partenariat et assimilables*, rapport statistique semestriel, 9ème édition

#### COMITE DES NATIONS-UNIS POUR LE COMMERCE ET DEVELOPPEMENT (CNUCED)

- CHANDRASEKHAR (C.P.), *Politiques financières*, Département des Affaires Economiques et sociales des Nations-Unies, 2007,

- *L'abus de position dominante*, Rapport du secrétariat de la CNUCED, TD/B/COM.2/CLP/66, 21/5/2008,

- *L'indépendance et la responsabilité des autorités chargées des questions de concurrence*, TD/B/COM.2/CLP/67, 2008

#### CONSEIL D'ETAT (<http://www.conseil-etat.fr>)

- *L'intérêt général*, *Rapport public 1999*, EDCE, n° 50, Paris, La Documentation française, 1999

- *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, *Rapport public 2008*, La Documentation française, Paris, 2008

- *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, Les entretiens du Conseil d'Etat en droit public économique, 6/7/2011, disponible sur le site : [http://www.conseil-etat.fr/content/download/2622/7894/version/1/file/la\\_valorisation\\_eco\\_des\\_proprietes\\_publices.pdf](http://www.conseil-etat.fr/content/download/2622/7894/version/1/file/la_valorisation_eco_des_proprietes_publices.pdf),

- *L'influence internationale du droit français*, Coll. Etudes et documents du Conseil d'Etat, La Documentation, 2011

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- CHEVALLIER (J.), « Loi et contrat dans l'action publique », *Etudes et doctrine, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17*
- *Cahier des charges et règlements de service*, La Documentation française, coll. « Décentralisation », Paris, 1986

CONSEIL D'ANALYSE ECONOMIQUE, BUREAU (D.), MOUGEOT (M.), « Mesure de la performance et incitations dans la gestion publique », *Rapport Conseil d'Analyse Economique*, La documentation française, Paris, 2007, pp. 7 et s.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Les bonnes pratiques en matière de relations entre les collectivités locales/régionales et le secteur privé (partenariats public-privé)*, disponible sur le site : <https://wcd.coe.int/com.intranet.InstraServlet?command=om.intranet.CmdBlobGet&IntranetImage=2566582&SecMode=1&DocId=1423644&Usage=2>, consulté le 30/6/2105.

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL, MARTINAND (C.), *La maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux*, collection journal officiel de la République française, avis et rapports, 2011

CONTROLE GENERAL ECONOMIQUE ET FINANCIER (CGEFI), L'ouverture à la concurrence des monopoles d'Etat, n° 1, avril 2001

FOND MONETAIRE INTERNATIONAL, (FMI), AKITOBİ (B.), HEMMING (R.), SCHWARTZ (G.), *Investissement public et partenariats public privé*, Dossier économique n° 40, 2007

GEMDEV, ISTED (<http://www.gewdev.org/>)  
*Les consultants internationaux et leur rapports à l'ingénierie locale dans les infrastructures urbaines au Vietnam*, *Rapport final*, janvier 2004

HM-TREASURY (<http://.hm-treasury.gov.uk/>)

- *The Government has now made clear that it wants deals, not rules*, Breaking New Ground, Private Finance Panel, 1993
- *Learning the lessons of the past*, 2000.
- *PFI : Meeting the Investment challenge*, Londres, juillet 2003.
- *Standardisation of PFI Contracts*, Version 4, March 2007
- *Standardisation of PF2 contracts : Draft*
- *A new approach to public-private partnerships*

INSTITUT DE GESTION DELEGUEE (IGD) ([www.fondation\\_igd.org/](http://www.fondation_igd.org/))

- *Les problèmes actuels des concessions d'infrastructures*, Rapport du groupe de travail, Paris, 1999
- LORRAIN (D.), « Faut-il un régulateur pour les réseaux techniques urbains ? », *La régulation des services publics locaux*, 2000, pp. 81 et s.
- COSSALTER (P.), MARAIS (B. de), *La Private finance initiative*, 2001
- TETART (J.M.), LE BRIS (C.), *La contractualisation : une clé pour la gestion des Valorisation des propriétés publiques*, Rapport de travail, 2003
- *Aspects économiques et comptables des investissements dans les PPP, lisibilité, comparabilité*, La documentation française, Paris, 2006
- *Gouvernance, partenariat et financement pour les services essentiels*, Comité pour la Charte des services essentiels, mars 2006
- *Partenariats public-privé : Mode d'emploi juridique et approche économique*, La documentation française, Paris, 2006
- *Charte du dialogue compétitif*, 18 janvier 2007
- SALUSTRO (E.), GAUTIER (A.), VAN DE VYVER (P.), *Aspects économiques et comptables des investissements dans les PPP*, commission de réflexion, juin 2011
- SAUSSIÉ (S.), PIRON (V.), DE BRUX (J.), *Une analyse économique des Partenariats public-privé*, 2011
- CHABANNE (P.E.), BATOT (S.), *Gouvernance contractuelle des services de bases en réseaux*, 2012

#### INSEE

- CHABANAS (N.), VERGEAU (E.), « Nationalisations et privatisations depuis 50 ans », n° 440, avril 1996.
- LOISEAU (H.), « 1985-2000 : quinze années de mutation du secteur public d'entreprises », n° 186, juillet 2002

ISTED ,BAMPOKI (L.), DAGMEY (C.), *Décentralisation, pouvoirs locaux et société civile au VN*, 2005.

MINISTERE DES PLANS ET DES INVESTISSEMENTS, *Vietnam Scoop*, n-51, 1-14/2/1996

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Contribution scientifique, les problèmes fondamentaux du code civil (Bình luận khoa học, một số vấn đề cơ bản của bộ luật dân sự)*, Edition Politique nationale, l'Etude juridique scientifique (*Nhà xuất bản chính trị quốc gia, bộ tư pháp, viện nghiên cứu khoa học pháp lý*)

MINISTERE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE (MOCI)

<http://www.lemoci.com/>

*Vietnam, un pays prometteur, en attendant le libre-échange*

MIQCP, WEIL (S.), BIAU (V.), *Evaluation de la politique PFI concernant les bâtiments publics en Grande Bretagne*, Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques, complément d'enquête, 2006

NATIONAL AUDIT OFFICE, (1999), *The PFI Contract for the New Dartford and Gravesham Hospital*, House of Commons, n° 423, session 1998-1999

FAULKNER (D.), CROUCHE (C.), FREEDLAND (M.), KING (D.), *Memorandum for the Report of the role of the civil service*, Auditions Treasury and civil Service committee, HC 199361994, 27-III, p. 83

#### ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES (OCDE)

- WINSLOW (T.), *Recommandations de l'OCDE en matière de concurrence, pays en développement, et éventuelles règles de concurrence de l'OMC*, Vol 2, 2000
- *Etudes économiques de l'OCDE : Le Royaume-Uni*, 2000
- *Examen de l'OCDE sur la réforme de la réglementation dans le secteur des télécommunications en France*, 2004
- *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 6, n° 4, 2004/4
- *Perspectives de l'investissement international*, Edition 2005
- *Les dossiers du CAD*, vol. 6, n°2, 2005
- KOEN (V.), VAN DEN NORD (P.) "*Fiscal Gimmickry in Europe : one-Off Measures and Creative Accounting*", Economic Department Working Paper n° 417, February, 2005
- JAMET (S.), *Faire face aux défis de la décentralisation en France*, Document de travail n° 571, ECO/WKP(2007) 31, 2007

TREASURY TASK FORCE, *Standardisation of PFI contracts Terms*, HMSO, London, 2003.

#### OBSERVATOIRE FRANÇAIS DES CONJONTURES ECONOMIQUE (OFCE)

- MARTY (F.) *Partenariats public-privé, règles de discipline budgétaire, comptabilité patrimoniale et stratégies de hors bilan*, Document de travail OFCE, n° 2007-29 oct, 2007
- KIRAT (T.), MARTY (F.), *Système d'information comptable de l'Etat et contrôle de l'exécution des contrats publics*, Document de travail OFCE, 14 avril 2009
- PLANE (M.), PUJALS (G.), *Les banques dans la crise*, Revue de l'OFCE, 110, juillet 2009, pp.180 et s.

ORGANISATION DE COMMERCE INTERNATIONAL (OMC)

- *Document du groupe de travail de l'accèsion du Vietnam*, WT/ACC/VNM/48 du 27 octobre 2006.
- *Examen des politiques commerciales, rapport du Vietnam*, WT/TPR/G/287, du 13 août 2013

OPOCE ,DELORS (J.), *Croissance, Compétitivité, Emploi, les défis et les pistes pour entrer dans le XXIe siècle*, livre blanc de la Commission européenne du 8 déc. 1993.

INSTITUT DE RECHERCHE POUR LE DEVELOPPEMENT (IRD), PRUD, ISTED , GEMDEV, *Transitions nationales, gouvernance urbaine et gestion de l'eau potable Maroc, Vietnam*, 2004. (<http://gemdev.org/>)

REVUE DE DROIT HENRI CAPTANT, *La distinction droit public-droit privé en France*, R.David », n° 5, décembre 2012 (<http://www.henricapitantlawreview.fr/>)

Livre du Centenaire de la Société de législation comparée, Paris, LGDJ, 1969 ; « La circulation du modèle juridique français », *Journées franco-italiennes de l'association H.Capitant*, tome XLIV, 1993.

## Jurisprudences

CAA Douai, 16 novembre 2006, syndicat mixte d'exploitation des transports en commun de la communauté urbaine de Lille, n° 05DA00233, inédit au Lebon, *BJCP* 51/2007p.106

CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Lebon p. 125 ; D. 1916. 25, concl. P. Chardenet ; RD publ. 1916. 206 et 388, concl. P. Chardenet, note G. Jèze ; S. 1916. 3, p. 17, concl. P. Chardenet, note M. Hauriou.

CE 10 avril 1923 Société d'éclairage d'Oloron, Lebon, p. 682

CE 25 juin, 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, Rec. P.379, CE 20 mai 1966, *Hautbois*, Rec : p.346

CE 6 juillet, 1977. Syndicat national des ingénieurs et techniciens agréés : Rec. CE 1977 ; *ADJA* 1978, p. 105 ; RD public 1984, p. 212, note J.M. AUBRY

CE, 10 janvier 1978 Syndicat national de l'enseignement technique agricole public, *Lebon*, p. 22, *AJDA*, 1979, n° 1, p. 37, Concl. Denoix de Saint Marc.

CE, 18/01/85, arrêt association Le relais culturel d'Aix-en-provence

CE 20 janvier 1989 Sté GPA, Berry-Loire : juris-Data n° 1989-641148 ; Rec. CE 1989

CE 6 mars 1989, Union des transports en commun de voyageurs des Bouches du Rhône : Juris-Data n° 1989-641785, Rec. CE 1989

CE 8 mars 1996, *Commune de Petit-Bourg*, req. n° 165075

CE Ass, 10 juillet 1996, Cayzeele » : *Lebon* p. 274, *AJDA* 1996, p. 732, chron. CHAUVAUX (D.) et GIRARDOT (T.X.)

CE 28 janvier 1998, Sté Borg Warner : Juris – Data n° 1998-050011 ; Rec. CE 1998

CE 27 avril 1998, Cornette St Cyr : juris data n° 1998-050173, *AJDA* 1998, p. 831, concl. Chr. Mauguë ; CE 2 octobre 2002, n° 231228, SARL Even Media : Juris-Data n° 2002-064571

CE, 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de La Ciotat*, *Lebon* p. 19 ; *AJDA* 1999, p. 364, concl. C. Bergeal et note D. Chabanol ; *RFDA* 1999, p. 1172, obs. S. Braconnier ; *RTD com.* 1999, p. 661, obs. G. Orsoni.

CE , 20 mars 2000, Mayer, Richer : Juris-Data n° 2000-060247 ; *AJDA*, 2000

CE Ass. 16 juillet 2007, Sté Tropic Travaux signalisation, *AJDA*, 2007, p. 1577, chron. LENICA (F.), BOUCHER (J.), *RFDA* 2007, p. 696, concl. CASAS (D.), et p. 917 et s., études MODERNE (F.), POUYAUD (D.) et CANEDO-PARIS (M.)

*CE 15 décembre 2008, req. N° 310380*

TA Grenoble 13 octobre 2000, *Préfet de Haute-Savoie*, req. n° 00774,

## Table des matières

REMERCIEMENTS .....	3
SOMMAIRE.....	5
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS .....	7
INTRODUCTION .....	11
I) La complexité des notions PPP.....	11
II) Les contradictions de la transition du Vietnam .....	14
III) Les défis de l'intégration à l'économie de marché .....	19
IV) Les objectifs de l'étude .....	23
<b>PREMIERE PARTIE : LA RECHERCHE D'UN CONTEXTE JURIDIQUE FAVORABLE POUR LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE : L'INTERET DE LA DUALITE DU DROIT FRANÇAIS.....</b>	<b>28</b>
TITRE I) LES REFERENCES FRANÇAISES POUR FACILITER LA TRANSITION ECONOMIQUE AU VIETNAM.....	31
<i>Chapitre I) La reconnaissance du droit des biens privés .....</i>	<i>33</i>
Section 1 : les lacunes du droit de propriété privée au Vietnam .....	33
Sous-section 1 : Un droit de propriété privée en émergence .....	33
Paragraphe 1) Les particularités de l'histoire vietnamienne .....	34
I) <b>la préservation des legs du concept de propriété socialiste .....</b>	<b>34</b>
II) <b>Le rejet de la voie privatisation systématique de la russie .....</b>	<b>35</b>
III) <b>Les nombreuses adaptations constitutionnelles .....</b>	<b>36</b>
Paragraphe 2) Un droit de propriété privée inadapté à l'économie de marché .....	38
I) <b>La prédominance de la propriété publique.....</b>	<b>38</b>
II) <b>Le flou juridique du droit de propriété privée.....</b>	<b>40</b>
Sous-section 2 : Un droit de sûreté inefficace au Vietnam.....	42
Paragraphe 1) Les lacunes normatives concernant les mesures de garantie de paiement .....	42
I) <b>L'imprécision de la qualification des mesures de garantie de paiement.....</b>	<b>42</b>
II) <b>Les dysfonctionnements des hypothèques.....</b>	<b>44</b>
Paragraphe 2) Les difficultés pour le financement des projets BOT .....	46
I) <b>Les garanties spéciales exigées par les créanciers.....</b>	<b>46</b>
II) <b>Un cadre juridique inadapté à la garantie des paiements dans les projets BOT .....</b>	<b>47</b>
Section 2) Les références du droit comparé : l'intérêt du modèle français de droit des biens.....	48
Sous-section 1 : Les éléments du droit anglais des biens incompatibles avec le droit vietnamien .....	48
Paragraphe 1) Les particularités de la classification juridique du droit anglais des biens .....	49
Paragraphe 2) La souplesse du droit anglais des sûretés .....	50
I) <b>Le dynamisme juridique du droit anglais des sûretés .....</b>	<b>50</b>
II) <b>Une sûreté générale pour le financement des projets .....</b>	<b>51</b>
III) <b>Les éléments inadaptés des sûretés anglaises au projet BOT vietnamien .....</b>	<b>53</b>
Sous-section 2 : Les références françaises pour l'amélioration du droit vietnamien des biens.....	54
Paragraphe 1) L'inspiration de la codification française.....	54
Paragraphe 2) L'intérêt du concept de droit réel pour le droit vietnamien des biens.....	56
Paragraphe 3) L'intérêt du concept français de droit réel pour le droit des sûretés vietnamien.....	58
I) <b>Une structuration rationnelle du droit des sûretés.....</b>	<b>58</b>
II) <b>Une mise en œuvre efficace des hypothèques en droit vietnamien.....</b>	<b>59</b>
<i>Chapitre II) l'émergence du droit des contrats privés.....</i>	<i>63</i>
Section 1) Les lacunes du droit vietnamien des contrats .....	63
Sous-section 1) Un droit des contrats « multicouche ».....	63
Paragraphe 1) Les influences de la tradition .....	63
I) <b>La prédominance des relations sociales sur le droit.....</b>	<b>64</b>
II) <b>La vision souple dans les relations contractuelles.....</b>	<b>65</b>
III) <b>La préférence de la médiation pour le règlement des conflits .....</b>	<b>65</b>
Paragraphe 2) L'influence des droits étrangers .....	66
I) <b>L'influence du droit chinois .....</b>	<b>66</b>
II) <b>L'influence du droit français.....</b>	<b>67</b>

III) L'influence du droit soviétique.....	67
Paragraphe 3) L'influence de la politique de transition .....	68
Sous-section 2) Les dysfonctionnements du droit vietnamien des contrats.....	70
Paragraphe 1) Le flou juridique du droit des contrats.....	70
I) La diversité des sources normatives applicables.....	70
II) les lacunes du régime général des contrats .....	72
III) Les nombreux contrats spéciaux .....	73
Paragraphe 2) L'intervention étatique au dépens de la liberté contractuelle .....	74
Paragraphe 3) Les impacts de la politique paradoxale sur le droit vietnamien des contrats .....	76
I) L'influence de la politique d'ouverture économique .....	76
II) Les références des modèles étrangers.....	76
Section 2) Les références du droit comparé : l'intérêt du droit français des contrats privés.....	78
Sous-section 1) Les aspects du droit anglais des contrats difficilement conciliables avec le système vietnamien .....	79
Paragraphe 1) L'absence d'un corps de règles structurées du droit anglais des contrats .....	79
I) Le caractère jurisprudentiel du droit anglais des contrats .....	79
II) Un corps autonome du droit anglais des contrats .....	81
Paragraphe 2) La primauté de la logique économique du contrat.....	82
I) La sécurité juridique basée sur la force obligatoire du contrat.....	82
II) La prédominance des termes du contrat sur l'intention des parties .....	84
III) La liberté des négociations précontractuelles.....	85
IV) La notion de <i>consideration</i> pour la validation du contrat .....	86
V) L'efficacité économique des sanctions de l'inexécution du contrat .....	86
Paragraphe 3) Le rôle des juges et les avocats dans l'organisation judiciaire.....	88
Sous-section 2) L'apport des expériences du modèle français pour les réformes du droit vietnamien des contrats.....	90
Paragraphe 1) La rationalité de la structure du droit vietnamien des contrats .....	90
I) La clarification des normes en droit vietnamien des contrats .....	90
II) La théorisation du droit des contrats.....	92
Paragraphe 2) L'intégration des valeurs collectives dans le droit des contrats .....	94
I) La justice distributive du droit des contrats.....	94
II) Le choix des sanctions de l'inexécution du contrat.....	95
III) Les limites de la liberté contractuelle des parties .....	97
IV) Le principe de bonne foi dans l'interprétation de contrat.....	98
CONCLUSION : TITRE 1 .....	100
TITRE II) LES REFERENCES FRANÇAISES ET LEUR COHERENCE AVEC LE NOUVEL ETAT DE DROIT AU VIETNAM.....	101
Chapitre I) Le cadre juridique pour la gestion foncière.....	103
Section 1) Les lacunes du droit foncier au Vietnam .....	103
Sous-section 1) Des réformes chaotiques du système foncier .....	104
Paragraphe 1) L'absence d'une vision claire de la politique foncière .....	104
I) Des pressions de la société civile.....	104
II) Une accumulation de réformes normatives.....	106
Paragraphe 2) Les rapports de force opposés au pouvoir étatique .....	109
I) La dualité des prix du sol.....	109
II) La compétence de fait des pouvoirs régionaux.....	110
Sous-section 2) Les problèmes irrésolus du système foncier au Vietnam .....	112
Paragraphe 1) Les défaillances du processus de régularisation des propriétés concernant les habitations.....	112
I) L'imprécision du contenu du droit de propriété du sol .....	112
II) L'insécurité juridique des titres fonciers.....	115
Paragraphe 2) La libération des terrains dans les projets d'investissement.....	117
Section 2) Les références du droit comparé : l'intérêt du droit français pour la gestion foncière au Vietnam .....	119
Sous-section 1) les caractéristiques spécifiques du système foncier britannique.....	119
Paragraphe 1) Les influences historiques du capitalisme anglais .....	119
I) La continuité d'un modèle foncier archaïque .....	119
II) L'absence d'un régime spécial de la propriété foncière publique.....	121
Paragraphe 2) Le libéralisme marqué du système foncier .....	122
I) Un concept de propriétaire linéaire .....	122
II) L'effectivité des titres fonciers .....	124
Sous-section 2) Les références de la gestion des domaines publics en France.....	125
Paragraphe 1) Les réformes de la gestion de la propriété publique .....	125
I) L'approche de protection du domaine public .....	125

II) <b>l'approche économique de la propriété publique</b> .....	126
Paragraphe 2) La valorisation de la propriété publique par investissement privé.....	128
I) <b>le droit réel administratif</b> .....	128
II) <b>Les instruments juridiques pour la valorisation du domaine public</b> .....	130
Paragraphe 3) L'intérêt pour la gestion publique au Vietnam.....	132
<i>Chapitre II) Le cadre juridique des contrats publics</i> .....	134
Section 1) Les références du droit comparé : l'intérêt du droit français des contrats publics.....	135
Sous-section 1) Les éléments inadaptés du droit anglais des contrats par rapport aux besoins juridiques du Vietnam.....	135
Paragraphe 1) La nécessité d'un cadre juridique pour les contrats avec l'administration au Vietnam.....	135
I) <b>Des contraintes imposées par les institutions financières internationales</b> .....	136
II) <b>Les lacunes juridiques de la gestion des projets publics</b> .....	137
Paragraphe 2) L'application du droit commun aux contrats de l'administration anglaise.....	138
I) <b>L'absence de corpus de règles spécifiques des contrats publics</b> .....	138
II) <b>Les lacunes du droit commun pour la gestion des contrats publics</b> .....	140
A) Le défaut des mécanismes de protection des intérêts du cocontractant privé.....	140
B) Les contraintes du droit des contrats privés dans la phase de l'exécution.....	142
Sous-section 2) Les références du modèle français des contrats publics.....	144
Paragraphe 1) La sécurité juridique des contrats publics.....	144
I) <b>Un cadre juridique strict de la gestion publique</b> .....	144
II) <b>L'encadrement de la liberté contractuelle des personnes publiques</b> .....	146
Paragraphe 2) La prise en compte de l'intérêt public dans les contrats avec le secteur privé.....	147
Paragraphe 3) Le contrôle par le juge administratif.....	150
Paragraphe 4) Le contrat : mode de modernisation de la gouvernance administrative.....	152
I) <b>L'amélioration de la gestion publique</b> .....	152
II) <b>L'amélioration de la relation entre l'Etat et les collectivités locales</b> .....	154
Section 2) Les références du droit comparé : la tradition française du partenariat dans les contrats relationnels.....	155
Sous-section 1) Une coopération indispensable entre les partenaires des PPP.....	156
Paragraphe 1) L'appréhension par la science économique des blocages dans les PPP.....	156
I) <b>Les apports de la science économique au droit des contrats</b> .....	156
II) <b>Les obstacles majeurs à la coopération dans les ppp</b> .....	158
A) Des coûts de transactions importants.....	158
B) Des comportements opportunistes des parties.....	159
Paragraphe 2) La transcription en droit des solutions de la science économique.....	161
I) <b>La normalisation des contrats PPP au Royaume-Uni</b> .....	161
II) <b>La coopération en droit français des contrats publics</b> .....	163
Sous-section 2) La stabilité dans les contrats PPP.....	165
Paragraphe 1) Des mécanismes pour remédier à la rigidité des contrats.....	165
I) <b>L'approche relationnelle des contrats PPP</b> .....	165
II) <b>L'intégration des clauses de renégociation dans les contrats PPP</b> .....	167
Paragraphe 2) Des techniques de gestion des ruptures éventuelles du contrat.....	169
I) <b>La recherche de l'efficacité économique du droit anglais</b> .....	170
II) <b>La continuité du contrat dans l'objectif de l'intérêt public en droit français</b> .....	172
<i>Conclusion titre 2</i> .....	174
<i>Conclusion : Première partie</i> .....	175

## **DEUXIEME PARTIE : L'INTERVENTION DE L'ETAT DANS LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE : LES APPORTS DU MODELE ETATIQUE FRANÇAIS..... 176**

TITRE I) L'IMPACT DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVEE SUR LE MANAGEMENT PUBLIC : LES REFERENCES FRANÇAISES POUR LE DYNAMISME DE L'ACTION PUBLIQUE VIETNAMIENNE.....	179
<i>Chapitre I) La prédominance du financement privé dans les PPP</i> .....	181
Section 1) Le blocage des projets BOT au Vietnam : le contrôle étatique des flux financiers.....	181
Sous-section 1) Le dirigisme dans le domaine des investissements étrangers.....	182
Paragraphe 1) Le maintien de la politique protectionniste.....	182
I) <b>Un régime discriminatoire envers les investisseurs étrangers</b> .....	183
II) <b>Des dispositions en faveur des entreprises publiques</b> .....	185
Paragraphe 2) Les obstacles à l'attraction des investissements étrangers.....	187
I) <b>La lenteur et l'inefficacité des réformes de l'ouverture économique</b> .....	187
II) <b>La diminution des aides publiques de développement</b> .....	189
Sous-section 2) Le dirigisme dans le domaine financier.....	190

Paragraphe 1) Les lacunes du système financier vietnamien .....	191
I) Une libéralisation limitée du domaine financier .....	191
II) Les lacunes du système bancaire.....	192
III) Un marché boursier en émergence .....	195
Paragraphe 2) L'adaptation du système de comptabilité socialiste à l'économie de marché .....	196
I) Le changement des objectifs du système de comptabilité .....	196
II) Le changement des concepts clés du système de comptabilité.....	198
Section 2) L'analyse comparée de l'impact des PPP sur les finances publiques au Royaume-Uni et en France .....	200
Sous-section 1) Le phénomène de la financiarisation des commandes publiques.....	200
Paragraphe 1) Les innovations financières dans les projets de partenariat public-privé.....	201
I) La participation dynamique des acteurs financiers dans les PPP.....	201
II) une structure basée sur une ingénierie financière sophistiquée .....	203
Paragraphe 2) Les conséquences de la crise financière sur l'essor des projets PPP.....	204
I) La disparition des conditions favorables aux financements des PPP .....	205
II) Le renforcement des engagements publics dans les PPP .....	207
Sous-section 2) Les défis de la comptabilisation des PPP.....	209
Paragraphe 1) Les conséquences négatives pour le budget public.....	210
I) Le recours opportuniste dans le cadre de la stratégie budgétaire .....	210
II) La soutenabilité des budgets publics .....	213
Paragraphe 2) La complexité de la comptabilisation des PPP.....	215
I) Les différentes sources de comptabilités.....	215
II) La diversité des pratiques de comptabilisation PPP .....	217
III) Les références de la mutation du système français de comptabilité .....	218
<i>Chapitre II) La prédominance du management privé dans les partenariats public-privé .....</i>	<i>221</i>
Section 1) les lacunes institutionnelles au Vietnam.....	221
Sous-section 1) Le cadre rigide de l'organisation administrative .....	222
Paragraphe 1) L'enchevêtrement de l'appareil étatique et de l'organisation politique.....	222
I) Le principe de centralisme démocratique.....	222
II) Le principe de consensus des décisions politiques.....	224
Paragraphe 2) Les limites de l'organisation centralisée .....	225
I) Une tutelle hiérarchique inadaptée au dynamisme des régions .....	225
II) la gestion centrale des projets BOT dans les régions .....	227
Sous-section 2) Un cadre juridico administratif défavorable aux BOT .....	228
Paragraphe 1) Un environnement juridique en évolution constante.....	229
I) L'instabilité des normes en matière BOT .....	229
II) LES DEFAILLANCES DES PROCEDURES DES APPELS D'OFFRE .....	231
Paragraphe 2) Un environnement institutionnel défaillant en matière de gestion .....	232
I) L'absence de la culture de gestion publique .....	233
II) Les limites des expertises publiques au Vietnam.....	234
III) Les conséquences sur la mise en œuvre des projets BOT au Vietnam .....	235
Section 2) Les références comparées des réformes de la gestion publique : l'intérêt du modèle français.....	237
Sous-section 1) Les réformes du modèle néo libéral au Royaume-Uni .....	238
Paragraphe 1) Les influences du NPM sur la réforme administrative au Royaume-Uni.....	238
I) La logique de performance dans la gestion publique .....	238
II) Les instruments techniques privés dans la gestion publique.....	239
Paragraphe 2) La prédominance managériale dans les projets PFI/PPP .....	240
I) Une généralisation des PPP au Royaume-Uni.....	241
II) Les critères du gain de l'efficacité .....	242
III) La souplesse du cadre normatif concernant les PPP .....	244
Sous-section 2) La modernisation du cadre juridique de la gestion publique en France.....	245
Paragraphe 1) La rigueur de contrôle juridique de la gestion publique française.....	246
I) La mutation récente de la gestion publique en France .....	246
II) Une adaptation de l'efficacité managériale aux particularismes de la gestion publique française.....	248
Paragraphe 2) L'évolution du partenariat public privé en France.....	250
I) La création du contrat de partenariat.....	250
II) La rationalité des choix publics .....	251
III) La nouveauté de la procédure de l'appel d'offre dans les PPP .....	253
<i>CONCLUSION : TITRE 1 .....</i>	<i>256</i>
TITRE II) LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE ET LE DEVELOPPEMENT DES SERVICES DE RESEAUX : LES REFERENCES FRANÇAISES POUR LA MUTATION DES TUTELLES AU VIETNAM .....	257
<i>Chapitre I) La légitimité de l'intervention étatique : les missions d'intérêt général .....</i>	<i>259</i>

Section 1) L'élaboration d'un cadre juridique de services publics .....	259
Sous-section 1) Le concept de service public dans les réformes sociales au Vietnam.....	260
Paragraphe 1) Les lacunes de la politique sociale au Vietnam .....	260
I) <b>La priorité des actions économiques sur le développement social</b> .....	260
II) <b>Les déficits des offres publiques en matière de service de base</b> .....	262
Paragraphe 2) la nécessité de définir des missions de services publics dans les secteurs de réseau .....	264
Sous-section 2) Les références du droit comparé : le mode d'intervention étatique dans les services de réseaux.....	266
Paragraphe 1) Le modèle anglais : l'Etat prestataire de service .....	266
I) <b>La logique fonctionnelle du service public anglais</b> .....	266
II) <b>La relation marchande dans les services publics</b> .....	267
III) <b>La mise en œuvre des services publics dans les secteurs de réseau : rôle du juge et du régulateur</b> .....	269
Paragraphe 2) Le modèle français : l'Etat garant de l'intérêt général .....	270
I) <b>Le fondement du service public : une cohésion état-société</b> .....	270
II) <b>La mise en œuvre des services publics : un régime juridique spécifique</b> .....	271
III) <b>Le principe de solidarité du financement des services publics de réseaux</b> .....	273
Section 2) La gestion locale du secteur de l'eau .....	275
Sous-section 1) Les défaillances des services de l'eau au Vietnam.....	275
Paragraphe 1) Les enjeux multiples de la gestion de l'eau au Vietnam.....	275
I) <b>Le déficit de l'offre publique</b> .....	276
II) <b>L'absence d'une approche globale de la gestion de l'eau</b> .....	277
Paragraphe 2) Les limites des réformes des services d'eau.....	279
I) <b>La disparité des services de l'eau entre les régions</b> .....	279
II) <b>Les blocages politiques des tarifs de l'eau au niveau local</b> .....	281
III) <b>Les obstacles à la mise en œuvre des PPP dans le domaine de l'eau</b> .....	282
Sous Section 2) Les références de droit comparé : l'intérêt du modèle français pour la politique d'externalisation de l'eau au Vietnam .....	284
Paragraphe 1) La libéralisation radicale dans les secteurs de l'eau du modèle anglais .....	284
I) <b>La politique de privatisation des entreprises de l'eau</b> .....	284
II) <b>La mise en place d'une régulation forte dans les services de l'eau</b> .....	285
Paragraphe 2) Les références françaises du modèle PPP dans la gestion locale de l'eau.....	287
I) <b>Les apports du modèle de gestion déléguée dans les services de l'eau en France</b> .....	287
II) <b>Les apports de l'instrument de l'intercommunalité</b> .....	289
<i>Chapitre 2) Le nouveau mode contrôle étatique : la régulation</i> .....	292
Section 1) La réorganisation de la tutelle des entreprises publiques au Vietnam.....	292
Sous-section 1) Les défaillances des entreprises publiques au Vietnam .....	293
Paragraphe 1) La politique de développement basée sur les entreprises étatiques .....	293
I) <b>Le monopole étatique dans les secteurs stratégiques</b> .....	293
II) <b>L'échec des compagnies générales</b> .....	295
Paragraphe 2) L'insuffisance des réformes des entreprises publiques .....	296
I) <b>L'échec de l'ouverture du capital des entreprises publiques</b> .....	297
II) <b>L'absence d'un cadre juridique adapté</b> .....	299
Sous-section 2) Les références du droit comparé : l'intérêt du modèle français de l'Etat actionnaire dans les entreprises à participation publique.....	301
Paragraphe 1) La privatisation généralisée des entreprises publiques au Royaume-Uni .....	301
I) <b>La priorité de rentabilité des privatisations au Royaume-Uni</b> .....	301
II) <b>La gouvernance des entreprises cotées au Royaume-Uni</b> .....	303
Paragraphe 2) La professionnalisation du rôle de l'Etat actionnaire dans les entreprises françaises à participation publique .....	304
I) <b>La politique d'accompagnement du gouvernement des entreprises françaises</b> .....	305
II) <b>La défense du capital des entreprises françaises</b> .....	307
Section 2) La libéralisation des secteurs de réseaux.....	310
Sous-section 1) Les défaillances des industries de réseaux au Vietnam.....	310
Paragraphe 1) Le défaut d'un marché concurrentiel au Vietnam.....	311
I) <b>L'absence de culture de la concurrence</b> .....	311
II) <b>L'inefficacité du droit de la concurrence</b> .....	312
III) <b>Les faiblesses des organisations de la concurrence</b> .....	314
Paragraphe 2) Les difficultés pour la libéralisation des secteurs de réseaux au Vietnam.....	315
I) <b>Le changement du mode d'intervention publique dans les secteurs de réseaux</b> .....	315
II) <b>L'urgence des besoins en énergie</b> .....	316
III) <b>La concurrence imposée au niveau international en matière de télécommunication</b> ..	318

Sous-section 2) Les références du droit comparé : le modèle français de la construction d'un cadre de règles et d'action des secteurs de réseaux.....	320
Paragraphe 1) Le modèle de libéralisation des secteurs de réseaux au Royaume-Uni .....	321
I) <b>La séparation radicale des opérateurs de réseaux et pouvoir public</b> .....	<b>321</b>
A) La mise en place d'un duopole dans le secteur des télécommunications .....	321
B) Le démantèlement du monopole historique dans le secteur électrique .....	322
II) <b>La nécessité d'une autorité de régulation puissante</b> .....	<b>324</b>
Paragraphe 2) Les apports de la modernisation des industries de réseaux en France .....	325
I) <b>La tradition de l'industrie colbertiste en france</b> .....	<b>326</b>
II) <b>Le soutien politique des activités des secteurs de réseaux</b> .....	<b>327</b>
A) Le Colbertisme <i>hig-tech</i> dans les télécommunications .....	328
B) Le renforcement de l'opérateur historique dans le secteur de l'électricité.....	329
III) <b>L'intervention de l'état dans la régulation</b> .....	<b>330</b>
Conclusion : TITRE 2.....	332
Conclusion générale .....	334

## **BIBLIOGRAPHIE ..... 337**

Ouvrages généraux.....	337
Ouvrages spécialisés.....	338
Articles, chroniques, contributions aux mélanges .....	344
Thèses.....	370
Rapport, Actes de colloques et autres ouvrages collectifs .....	372
Articles sur Internet.....	375
Ouvrages en vietnamien .....	379
Articles en vietnamien .....	379
Sites officiels .....	381
Jurisprudences .....	387

## **INDEX ..... 394**

### **INDEX**

#### **A**

Aide publique au développement · 8, 13, 18, 135, 136, 189, 190, 191, 233, 279, 337

#### **B**

Bail emphytéotique administratif · 9, 127, 128, 131, 354

*Best value for money* · 9, 243, 244

Build, Operate, Transfert · 9, 11, 14, 22, 23, 29, 43, 46, 47, 48, 49, 51, 54, 117, 118, 133, 137, 163, 175, 177, 181, 182, 184, 185, 186, 190, 193, 195, 197, 200, 222, 223, 226, 228, 229, 230, 231, 233, 234, 235, 236, 237, 274, 283, 284, 318, 339, 361, 381

#### **C**

Cahier des charges · 385

Code civil · 24, 41, 42, 45, 46, 56, 59, 68, 70, 71, 88, 91, 93, 351, 380

Code général de la propriété de la personne publique · 8, 10, 126, 128

Collectivités locales · 163

Comité populaire · 118, 187, 228

Common Law · 21, 49, 50, 51, 52, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 87, 88, 89, 90, 91, 95, 97, 121, 122, 124, 135, 138, 139, 142, 170, 171

Concession · 160, 168, 356

Concurrence · 8, 327, 331, 364

Contrat

liberté contractuelle · 146, 165, 348, 358

Contrat de partenariat · 254, 256

*Corporate governance* · 304

#### **D**

Décentralisation · 163, 226, 385, 386

Délégation de service public · 164, 173, 274

*Đổi mới* · 14, 15, 370

Dollarisation · 195, 357

Droit civil · 57, 58, 62, 70, 98, 125, 167, 338, 356

Droit d'usage du sol · 10, 109, 110

Droit foncier · 106, 133, 338

---

**E**

Economie de marché · 364  
*Equity* · 50, 51, 52, 53, 80, 83, 84, 88, 124  
Etat

Etat actionnaire · 300, 302, 305, 308, 309, 310, 376  
Etat de droit · 5, 14, 21, 27, 29, 31, 101, 175, 333, 335, 336, 364  
Etat providence · 239, 262  
Etat régulateur · 150, 327

---

**G**

globalisation · 11  
Gouvernance · 266, 274, 276, 386

---

**I**

Industrie de réseau  
Télécommunications · 320, 327, 331  
Industrie de réseaux  
Electricité · 8, 317, 330  
Infrastructure · 26, 161, 183, 209, 212, 284, 343, 382, 383, 384  
*International Accounting Standards Board* · 9, 211, 216, 217  
Investissements directs étrangers · 10, 183, 187, 188, 190, 191, 196  
*IPSAS* · 217, 340, 358

---

**L**

Libéralisation · 311, 316, 317, 328, 355, 369  
Loi organique relative aux lois de finances · 10, 126, 214, 219, 248, 373

---

**N**

*New Public Management* · 10, 222, 234, 238, 239, 240, 241, 242, 246, 247, 248, 249, 250, 251

---

**O**

opérateur privé · 11  
Organisation mondiale de commerce · 9, 49, 64, 187, 188, 231, 232, 297, 313, 317, 318, 319, 321, 381, 387

---

---

**P**

Partenariat public-privé · 5, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 33, 53, 54, 101, 117, 129, 132, 134, 145, 146, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170, 173, 174, 175, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 185, 190, 191, 195, 196, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 222, 231, 232, 235, 238, 239, 241, 242, 243, 245, 251, 252, 254, 256, 259, 260, 266, 274, 280, 283, 284, 285, 288, 289, 290, 293, 294, 333, 335, 339, 343, 345, 346, 359, 361, 363, 366, 373, 375, 377, 383, 384, 386  
Parti Communiste Vietnamien · 15, 16, 17, 18, 76, 105, 183, 186, 224, 225, 226, 296, 336  
PPP · 11  
Privat Finance Initiative · 10, 11, 13, 21, 24, 139, 148, 159, 162, 166, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 211, 212, 213, 215, 239, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 251, 252, 349, 355, 357, 362, 368, 385, 387  
Privatisation · 264, 299, 303, 304, 307, 308, 363, 366, 371, 379  
Privé  
Opérateur privé · 154, 213, 367  
Public  
Comptabilité publique · 197, 216, 363, 374  
Droit public · 126, 128, 154, 311, 334, 340, 347, 361  
Entreprise publique · 186, 323, 377  
Gestion publique · 241, 286, 347, 373  
Service public · 204, 272, 330, 331, 334, 345, 346, 361, 374

---

**R**

Régulation · 287, 288, 324, 326, 331, 346, 347, 367

---

**S**

Services publics industriels et commerciaux · 9, 288  
Socialisation · 263  
Système foncier  
Droit d'usage du sol · 10, 111, 117, 118, 364  
Propriété foncière · 103

---

**T**

Transition · 299, 379

---

**U**

Unités de gestion des projets · 9, 137, 186